# REVISTA CRÍTICA

DE

# DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

Año LXXXIII • Marzo-Abril 2007 • Núm. 700

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 Gálligo**
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 Gálligo**
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 Gálligo**
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

# S U M A R I O

*Págs.*

**ESTUDIOS**

«Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea», por ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ ..... 443
«Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: en particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO ..... 477
«Obligaciones convertibles y exclusión del derecho de suscripción preferente», por JUAN LUIS IGLESIAS y CÁNDIDO PAZ-ARES ..... 533
«Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ ..... 571

**DICTÁMENES Y NOTAS**

«Apuntes para una historia del modo de expresar la representación en las escrituras públicas», por JESÚS MARÍA MARTÍNEZ ROJO ..... 619
«La custodia compartida como alternativa legal», por SILVIA TAMAYO HAYA ..... 667

**DERECHO COMPARADO**

«La Ley de la Garantía Mobiliaria peruana y sus aspectos registrales», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA ..... 713
«Las fuentes del Derecho en Nicaragua», por IVÁN ESCOBAR FORNOS. 737

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL**

Resoluciones publicadas en el *BOE,* por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 785

*Págs.*

## ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA


1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Próxima reforma de la adquisición de la nacionalidad, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 801

1.2. Derecho de familia:

— Los esponsales en la actualidad, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE ..... 809

1.3. Derechos reales:

— Hipoteca sometida a condición suspensiva, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ..... 817

1.4. Sucesiones:

— Preterición por omisión del legitimario, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL ..... 824

1.5. Obligaciones y contratos:

— En el comodato y en el simple préstamo o mutuo se entrega un bien que debe ser restituido posteriormente, por ISABEL MORATILLA GALÁN ..... 827

— La subrogación *mortis causa* del arrendatario en el arrendamiento de vivienda en base al artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por SUSANA PÉREZ GURREA ..... 833

1.6. Responsabilidad civil:

— Algunas consideraciones en torno a la reparación de los daños por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ ..... 839

— La aplicación de responsabilidad objetiva en los servicios sanitarios, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ ..... 847

2. MERCANTIL

— La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006, por FRANCISCO REDONDO TRIGO ..... 853

*Págs.*

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

— Matizaciones a la constancia de la reversión en la inscripción de las expropiaciones urbanísticas, por VICENTE LASO BAEZA ..... 874

**ACTUALIDAD JURÍDICA**

Información legislativa y de actividades ..... 885

**INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA**

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil», de ANA SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, por LUIS CARLOS MARTÍN OSANTE ..... 907

**REVISTA DE REVISTAS** ..... 913

# ESTUDIOS

# Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea

por

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
*Catedrático de Derecho Internacional Privado*
*en la Universidad Carlos III de Madrid (España)*
*Vocal Permanente en la Sección Civil*
*de la Comisión General de Codificación*
y
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado*
*en la Universidad de Murcia (España)*

*SUMARIO*

I. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.
II. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS DERECHOS MATERIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS.
III. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA:
1. Celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en los Estados miembros.
2. Ley aplicable a los matrimonios entre personas del mismo sexo: la «tendencia *pro Lex Fori*».
3. Efectos en los Estados miembros de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados miembros.

## I. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

1. El presente estudio afronta el tratamiento jurídico de los matrimonios entre personas del mismo sexo en los casos «internacionales» desde una

perspectiva comunitaria. Su objetivo es profundizar en el régimen jurídico de los matrimonios entre personas del mismo sexo en los casos «internacionales», en línea con anteriores trabajos de los autores (1).

La regulación legal del matrimonio en los Derechos de todos los Estados Miembros de la Comunidad Europea se halla presidida por un principio jurídico de extrema importancia, que es, también, un «derecho fundamental». Se trata del *jus connubii*, en cuya virtud toda persona goza del derecho a contraer matrimonio y del derecho a fundar una familia (2). El *jus connubii* significa que toda persona es titular del derecho subjetivo a contraer matrimonio de manera libre con la persona que desee, dentro de los límites marcados por la Ley, límites que, en este punto, son relativamente escasos (= limitación de matrimonios entre parientes muy cercanos, imposibilidad de matrimonio poligámico, limitaciones por razón de edad, imposibilidad de matrimonios sin auténtico consentimiento matrimonial, etc.).

2. Este derecho subjetivo (= *jus connubii*) está recogido y protegido por multitud de textos legales: artículo 32 de la Constitución Española de 27 de

---

(1) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español», en *Diario La Ley*, núm. 6.391 de 2 de enero de 2006, págs. 1-11; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, núm. 2.007, 15 de febrero de 2006, págs. 5-51.

(2) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6.ª ed., Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 24-28; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional,* 3.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, págs. 60-67; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 6.ª ed., Ed. Comares, Granada, 2005, págs. 39-65; ID., *Matrimonio y elección de Ley (Estudio de Derecho Internacional Privado)*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 69-71; L. ROUSSEL, «Mariages et divorces: contribution à un analyse systematique des modèles matrimoniaux», en *Population*, noviembre-diciembre de 1980, págs. 1025-1040; ID., «La famille en Europe Occidentale: Divergences et convergences», en *Population*, núm. 1, 1992, págs. 133-152; A. TORRES DEL MORAL, *Principos de Derecho Constitucional español*, Universidad Complutense, Madrid, 3.ª ed., 1992, págs. 396-399, 574-576; W. WENGLER, «Les principes généraux du droit international privé et leur conflits», en *RCDIP*, 1952, págs. 595-613; 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, Cuartas Jornadas de DIPr,* Ed. Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1995, págs. 17-33; B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois)», en *RCADI*, 1984, vol. 186, 1984, págs. 219-398, esp. págs. 272-278 y 290-300; G. KEGEL, «Story and Savigny», en *AJCL*, 1989, núm. 37, págs. 39-66; P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement a caractere substantiel*, Ginebra, Georg, 1985, págs. 200-209; D. MAYER, «Evolution du statut de la famille en droit international privé», en *JDI Clunet*, 1977, vol. 104, págs. 447-469; C. LABRUSSE, «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomene de l'immigration étrangere», en *TCFDIP*, 1975/1977, págs. 111-144.

diciembre de 1978, artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, celebrado en el marco del Consejo de Europa (3). Todos estos textos legales utilizan el término «matrimonio». Ahora bien: parece claro que el concepto de «matrimonio», empleado por estos textos, se circunscribe a la «unión entre varón y mujer». En efecto: aunque dichos textos no especifican que la diferencia de sexo entre los contrayentes sea una característica propia del matrimonio, sin la cual, lógicamente, no es posible hablar de «matrimonio», en la época en la que tales textos fueron elaborados no era necesario realizar dicha precisión, pues el matrimonio entre personas del mismo sexo no existía en ningún país del mundo y tal posibilidad no se había planteado en el debate social y jurídico. Basta cotejar la fecha de redacción de los textos jurídicos citados. El matrimonio al que se refieren dichos instrumentos legales era, pues, el matrimonio «entre varón y mujer», porque, en tal época, para poder hablar de «matrimonio» debía existir una unión entre personas de sexo distinto. Y como cualquier otra cosa era inconcebible, los textos legales citados no se molestaron en especificar que el «matrimonio» era una unión entre «varón y mujer»: eso se daba por descontado y no era preciso dejarlo por escrito en ninguna parte, ni en las Constituciones ni en los instrumentos jurídicos internacionales.

3. Sin embargo, una evolución muy importante se aprecia en algunos instrumentos legales internacionales más recientes del Derecho Comunitario europeo.

En primer lugar, debe recordarse la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, en

(3) El artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de 10 de diciembre de 1948, indica que: «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». El artículo 23.2 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, precisa que: «2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello». El artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, concluido en el marco del Consejo de Europa, y hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 *(BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979), señala que «[a] partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

*DOCE* de 28 de febrero de 1994). En esta Resolución, el Parlamento Europeo pide a la Comisión de la Comunidad Europea que «*presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales*» que debería, como mínimo, tratar de poner fin, entre otras cosas, «*a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales*», de modo que «*la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia*», y se solicita de la Comisión de la Comunidad Europea, también, que se ponga fin «*a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños*». Sea cual fuere el valor jurídico de esta Resolución en Derecho Comunitario y en el Derecho de los Estados miembros, la Resolución citada produjo efectos explosivos en los ambientes jurídicos europeos. Por vez primera, un instrumento jurídico internacional afrontaba directamente y sin ambages, la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En segundo lugar, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DOUE C-364 de 18 de diciembre de 2000), un texto de mayor calado jurídico que la anterior Resolución, reviste gran importancia. Su texto indica que «*[s]e garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*». De la letra de este precepto se pueden extraer varios datos. Primero: se deja en manos de cada Estado miembro la decisión de configurar el matrimonio como una unión entre personas del mismo y/o de diferente sexo. Segundo: ningún Estado miembro está obligado a «reservar» la institución del matrimonio a las personas de sexo distinto. Por eso, un Estado miembro puede llamar «matrimonio» a la unión jurídica entre personas del mismo sexo. Tercero: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no contiene criterios para determinar la «legislación aplicable» al matrimonio en los «casos internacionales». En efecto: en los «casos internacionales» o casos en los que se generan «conflictos de Leyes» (= ejemplo: matrimonio entre ciudadano francés y ciudadano español celebrado en Berlín), el Derecho Comunitario no precisa cuál es la «Ley aplicable» a dichos supuestos ni impone una solución concreta de este «conflicto de Leyes» a los Estados miembros. La determinación de la «Ley aplicable» a estos «casos internacionales de matrimonio» se lleva a cabo, por tanto, a través de las normas de Derecho internacional privado contenidas en los sistemas nacionales de «conflictos de Leyes» (= normas de DIPr. de cada Estado miembro). Cuarto: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tampoco contiene criterios para determinar los «efectos jurídicos» que los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en un Estado miembro surten en los demás Estados miembros.

## II. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN LOS DERECHOS MATERIALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS

4. A la fecha presente, marzo de 2006, la mayor parte de los sistemas jurídicos de los diferentes países del mundo no contemplan ni permiten el matrimonio entre personas del mismo. En tales Estados, el concepto de matrimonio se circunscribe a una «unión entre varón y mujer». La diferencia de sexos en los cónyuges es una cuestión tan arraigada en los sistemas jurídicos estatales, que la mayor parte de ellos ni siquiera la mencionan expresamente, pues se da por descontada, obvia y evidente. Ello ha sido recordado por la Exposición de Motivos (I) de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio *(BOE* núm. 157 de 2 de julio de 2005). Pero como se ha avanzado, varios Estados miembros admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo en sus correspondientes legislaciones civiles. En este sentido, cabe distinguir diversos modos de aproximación a la cuestión (4).

5. Primero. En algunos Estados miembros se admiten determinados efectos jurídicos, limitados, a ciertas uniones entre personas del mismo sexo. Sin embargo, estas «uniones» no se consideran «matrimonios» (= no llevan el «nombre legal» de «matrimonio»), y no surten todos los efectos jurídicos que produce un «matrimonio». Francia, Italia y Portugal, por ejemplo, son Estados miembros que siguen esta vía jurídica. Así, por ejemplo, los convivientes unidos en virtud de un PaCS francés no disponen de derechos hereditarios recíprocos, mientras que los «cónyuges» unidos en virtud de un «matrimonio» sí disponen de tales derechos (5). En Italia no existe legislación global sobre las «uniones civiles» ni por supuesto, tampoco existe el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero ciertas disposiciones legales sectoriales otorgan algunos efectos jurídicos a las uniones entre personas del mismo sexo, por ejemplo, a efectos de subrogación en el arrendamiento de la vivienda habitual.

6. Segundo. Otros Estados conceden a las uniones civiles entre personas del mismo sexo los mismos efectos jurídicos que al matrimonio o efectos jurídicos muy similares. No obstante, tales «uniones civiles» no son designadas con el nombre de «matrimonio». La diferencia es, en este «segundo modelo», se quiera o no, una mera «cuestión terminológica» o de «etiqueta legal». Una cuestión de «nombre». La diferencia entre «matrimonio» (= re-

---

(4) F. CALVO BABÍO, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado», en *Juris,* 2004, núm. 52, págs. 52-54.

(5) Francia: Loi núm. 99-944, du 15 de novembre de 1999, relative au pacte civil de solidarité; Portugal: Lei núm. 135/99, de 28 de agosto, que adopta medidas de protecção da união de facto, y Lei núm. 7/2001, de 11 de mayo, que adopta medidas de protecção das uniões de facto.

servado exclusivamente a la «unión entre varón y mujer») y «uniones civiles» (= abiertas a personas del mismo sexo) se mantiene como consecuencia de razones históricas ya aludidas (= el concepto de matrimonio como «unión entre varón y mujer» tiene un importante peso específico en determinados Estados y sociedades y es difícil de superar), y por motivos políticos (= pues sería impopular, en ciertos países y sociedades, llamar «matrimonio» a la unión entre personas del mismo sexo: el partido político que hiciera un cambio tan impopular, podría perder las elecciones y ése es un riesgo que pocos políticos están dispuestos a afrontar). Pero si los efectos de un «matrimonio» y los efectos de una «unión civil entre personas del mismo sexo» son los mismos, es fácil percibir que la diferencia es una cuestión de cosmética jurídica. En esta situación se pueden encuadrar las legislaciones civiles de Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania, Reino Unido e Islandia, entre otros Estados (6). La diferencia más notable entre los efectos del matrimonio y los de estas «uniones civiles» o «uniones registradas» se había centrado en la imposibilidad para los convivientes vinculados por estas uniones de adoptar menores. Pero esta diferencia está desapareciendo con rapidez. A fecha de marzo de 2006, la adopción de menores por parte de convivientes del mismo sexo vinculados por estas uniones está aceptada en Suecia e Inglaterra-Gales, además de por los Estados que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, como Bélgica, Holanda y España. Por otra parte, países como Islandia, Noruega, Dinamarca y Alemania admiten la adopción del hijo biológico de un *partner* por el otro *same-sex partner* (= *stepchild-adoption),* adopción permitida igualmente también por Estados no europeos, como ciertos territorios de Canadá y Australia, ciertos *States* de los Estados Unidos de América, e Israel. Este «desfase de nomenclatura legal» entre el nombre de la institución (= *civil partnership*, *civil union* y similares) y los efectos jurídicos que produce (= prácticamente idénticos a los del matrimonio tradicional entre varón y mujer), ha sido criticado por ciertos sectores de la opinión pública (7).

7. Tercero. Un tercer grupo de Estados miembros, los más audaces, admite sin ambages los matrimonios entre personas del mismo sexo con los

---

(6) Islandia: Ley núm. 87, de 12 de junio de 1996, sobre la *partnership* reconocida; Reino Unido: Civil Partnership Act 2004 (Royal Assent on 18 November 2004 Published on 25 November 2004); Dinamarca: Ley sobre la unión registrada, núm. 372, de 7 de junio de 1989), modificada por la Ley núm. 360, de 2 de junio de 1999); Noruega: Ley núm. 40, de 30 de abril de 1993, relativa al *partnership* registrado; Suecia: Ley sueca sobre la convivencia registrada de 23 de junio de 1994; Alemania: *Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften,* de 16 de febrero de 2001, modificada por *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG)* de 31 de diciembre de 2004.

(7) Diario *El País* de 4 de diciembre de 2005, pág. 32: «Elton John podrá casarse... o casi».

mismos efectos que el matrimonio entre personas de diferente sexo y con el mismo nombre: «matrimonio». Es el caso de Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003), de Holanda (Ley de 2 abril de 2001) y de España (art. 44.II del Código Civil, añadido por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en *BOE* núm. 157 de 2 de julio de 2005). Más allá de la UE, el matrimonio entre personas del mismo sexo está también admitido en Canadá, en el *State* norteamericano de Massachussetts, y en Sudáfrica.

8. El movimiento en favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una tendencia *in crescendo*. En varios Estados miembros se estudia actualmente la posibilidad de «abrir» el matrimonio a personas del mismo sexo o, al menos, de elaborar normativas legales que regulen una «unión civil» entre personas del mismo sexo que produzca los mismos efectos que el tradicional matrimonio, aunque se le atribuya un nombre distinto al de «matrimonio». Esta evolución jurídica parece tan imparable como lo fue, en su momento, la extensión del divorcio por todos los países del mundo.

## III. MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA

9. El panorama legal tan dispar que se aprecia en los diferentes Estados en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo provoca, necesariamente, problemas de «conflictos de Leyes» (8). A mayor diferencia entre el Derecho material de cada Estado, mayores «conflictos de Leyes», porque, como es evidente, las personas circulan, se trasladan de un país a otro, cambian de país de residencia, o acuden a un país durante un cierto tiempo por razones laborales, y esta situación de «movilidad personal» provoca una «indeterminación de la Ley aplicable» al matrimonio en los «casos internacionales». Este fenómeno suscita, al menos, las siguientes cuestiones:

Primero: el problema de la «competencia internacional» para la celebración de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ejemplo: dos varones de nacionalidad maltesa y con residencia habitual en Londres se trasladan a Alicante (España) con la intención de contraer matrimonio entre sí ante las autoridades civiles españolas. Pero, ¿disponen las autoridades ci-

(8) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6.ª ed., Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 24-28; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional,* 3.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, págs. 60-67; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005, 1172-1187; ID., «Espagne: Marriage entre personnes du même sexe. Loi applicable», en *RCDIP*, 2005, págs. 855-858.

viles españolas de «competencia internacional» para celebrar este matrimonio en España?

Segundo: el problema de la «Ley aplicable» a los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ejemplo: ¿qué Ley estatal se aplica a la celebración del matrimonio, en España, que pretenden contraer un varón español que reside habitualmente en Madrid y un varón italiano que reside habitualmente en Milán? Con otras palabras: ¿qué Ley estatal determina los requisitos de fondo y forma de este matrimonio que se pretende celebrar en España?

Tercero: el problema de los «efectos internacionales» de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Ejemplo: ¿qué efectos produce en Italia el matrimonio celebrado en Holanda entre un varón venezolano y un varón italiano, ambos con residencia habitual en Holanda? Si los varones se trasladan a Francia, ¿serán considerados «cónyuges» en dicho país? ¿Y si se trasladan a España? Con otras palabras: los «cónyuges» del mismo sexo que han contraído matrimonio en Holanda, ¿dejan de ser «cónyuges» si se trasladan a vivir a Francia o a Italia o a España o si, simplemente se hallan ocasionalmente en dichos países?

10. Pues bien, en principio, puede afirmarse que el Derecho comunitario carece de normas específicas que regulen estos tres aspectos. Es decir: no existen normas de Derecho Comunitario que establezcan criterios de competencia internacional para la celebración de los matrimonios entre personas del mismo sexo, criterios de determinación de la Ley aplicable a los matrimonios entre personas del mismo sexo, y los efectos en los Estados miembros de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otro Estado miembro. Estos tres aspectos, que constituyen la clave de bóveda del Derecho Internacional Privado quedan, por tanto, en manos de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Y si esto es así, la pregunta surge espontánea: ¿comporta esta situación legal perjuicios para la «libre circulación» de los ciudadanos comunitarios en la UE, libertad recogida en el artículo 18.1 TCE? (9).

## 1. Celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo en los Estados miembros

11. En general, los Estados miembros en cuyas legislaciones civiles se contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo no impiden que los contrayentes accedan al matrimonio por el mero hecho de que uno de los

(9) Artículo 18.1 TCE: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

contrayentes sea «extranjero». El criterio de competencia internacional más ampliamente utilizado, si bien con matices y particularidades propias en cada Derecho nacional, es el «domicilio de los contrayentes» en el país de celebración del matrimonio. Se trata de un criterio neutro y no discriminatorio que puede apreciarse en Derecho español, en Derecho holandés, y en Derecho belga:

*a)* En Derecho español, para que el matrimonio pueda celebrarse en España ante autoridades civiles españolas, es necesario que al menos uno de los futuros esposos tenga su domicilio en España. En efecto: para instruir el expediente matrimonial es preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España (art. 238 RRC) y para celebrar el matrimonio es también preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España (art. 57 del Código Civil).

*b)* En Derecho belga, el artículo 44 de la Ley belga de DIPr exige, para poder celebrar el matrimonio en Bélgica ante autoridades civiles belgas, que al menos uno de los contrayentes sea belga o esté domiciliado en Bélgica o lleve residiendo en Bélgica al menos tres meses.

*c)* En Derecho holandés, la situación es similar: como ha recordado F. CALVO BABÍO, sólo se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en Holanda si al menos uno de los contrayentes tiene su residencia habitual en Holanda (10).

El objetivo de estas regulaciones es muy claro: evitar que personas que no residen en los países que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, se trasladen a dichos países con el solo objetivo de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo que, con una alta probabilidad, serán matrimonios nulos o inexistentes en los países de origen de los contrayentes. Estas regulaciones operan como «filtros de seguridad» contra los matrimonios entre personas del mismo sexo que son claramente «claudicantes» y desincentivan el «turismo matrimonial» y el «*Forum Shopping* matrimonial». No está de más recordar que el «*Forum Shopping* matrimonial» ha existido siempre. Son casos célebres los «matrimonios en *Gretna Green»:* los ingleses mayores de dieciséis años, que por ello no podían contraer matrimonio en Inglaterra, acudían a la localidad escocesa de Gretna Green, donde podían celebrar un matrimonio válido con sólo veintiún días de previa residencia en dicha ciudad y prestando su consentimiento ante el herrero del pueblo. Los contrayentes perseguían, naturalmente, celebrar un matrimonio en Escocia para importarlo seguidamente a Inglaterra, de donde procedían. El matrimonio no tenía vínculo real ni

(10) F. CALVO BABÍO, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado», en *Juris*, 2004, núm. 52, págs. 52-54.

sustancial alguno con Escocia. Por ello, no tenía sentido aplicar a estos casos las Leyes escocesas. Pero como las autoridades escocesas no estaban por la labor de frenar el generoso caudal de turistas matrimoniales que enriquecían la bella localidad de Gretna Green, el Parlamento inglés aprobó en 1856 una Ley para frenar estas «migraciones matrimoniales». Una regla racional de DIPr hubiera prohibido directamente la celebración de estos enlaces en Escocia. Y hay más casos: el gran jurista holandés U. HUBER ya percibió los problemas suscitados por los holandeses que se trasladaban de Frisia a Brabante para contraer un matrimonio entre parientes, prohibido en Holanda.

12. Los Estados miembros que admiten uniones civiles con efectos muy similares al matrimonio no impiden a los extranjeros acceder a estas uniones y registrarlas en el Estado miembro. Con carácter general puede afirmarse que estos Estados miembros permiten constituir una «unión civil» a todo sujeto que manifieste una «vinculación clara» con el Estado en el que se registra la pareja. Suele exigirse para constituir esta «unión civil» que uno de sus miembros tenga nacionalidad y/o residencia o domicilio en el Estado en el que se registra la pareja del que se trate. Esta «limitación espacial» de acceso a la unión civil (= no cualquier persona de cualquier país del mundo puede acceder a la unión civil) presenta una clara finalidad: evitar el «turismo internacional» de las parejas de hecho y eliminar así las «uniones civiles claramente claudicantes». En efecto: dos personas «no conectadas» de ningún modo relevante con un concreto Estado, no podrán inscribir su «pareja de hecho» o «unión civil» en dicho Estado (11). Si tales personas no están vinculadas de algún modo relevante con el Estado en el que se pretende constituir e inscribir la «unión civil», carece de sentido permitir que dichas personas constituyan, pese a ello, su «unión civil» en tal Estado: sería una unión civil destinada a producir efectos, no en el Estado en el que se constituye tal unión civil (= los *partners* no residen habitualmente en dicho Estado), sino en los Estados de origen de los *partners*, Estados en los que dicha unión puede carecer de toda relevancia legal. Ejemplo: en Derecho inglés, la *Civil Partnership Act 2004* permite registrar «*same-sex unions*», cuyos efectos legales son prácticamente iguales a los de un matrimonio tradicional, siempre que ambos contrayentes hayan residido en Inglaterra o Gales al menos durante siete días antes de advertir de su intención de registrar la *civil partnership*. El registro de la unión civil será posible tras un período de espera de al menos quince días y dentro de un plazo nunca superior a doce meses tras la fecha de advertencia de los contrayentes (*notice*). Por tanto, la posibilidad de registrar una unión civil en Inglaterra está estrechamente vin-

(11) A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 6.ª ed., Granada, Ed. Comares, 2005, págs. 64-67; A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional,* 3.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2005, págs. 80-84.

culada al domicilio de ambos contrayentes en Inglaterra (12). Una excepción muy notable está constituida por el Derecho alemán: en Alemania, cualquier persona puede constituir una *«eingetragene Lebenpartnerschaft»*. No es relevante el hecho de que ninguno de los integrantes de la unión civil tenga o no tenga nacionalidad alemana y resida o no resida en Alemania (13).

## 2. Ley aplicable a los matrimonios entre personas del mismo sexo: la «tendencia *pro Lex Fori*»

13. El planteamiento tradicional de DIPr sobre la cuestión de la Ley aplicable al matrimonio era considerar que la posibilidad de contraer matrimonio con una determinada persona se trataba de un aspecto de «capacidad nupcial» (= calificación de la identidad sexual de los contrayentes como cuestión de «capacidad matrimonial»). Pues bien, la Ley aplicable a la capacidad nupcial en DIPr era la Ley nacional de cada cónyuge (= por ejemplo,

---

(12) D. McClean & K. Beevers, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 212.

(13) B. L. Carrillo Carrillo, «Ley aplicable a las parejas de hecho en DIPr español», en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, págs. 385-451; A. Devers, «Le concubinage en droit international privé», en *LGDJ,* París, 2004; J. M. Fontanellas Morell, «Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol», en AA.VV., *Uniones de hecho,* Lleida, 1998, págs. 233-245; H. Fulchiron, «Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé», en *JDI Clunet*, 2000, págs. 889-913; P. Y. Gautier, «Les couples internationaux de concubins», en *RCDIP,* 1991, págs. 524-539; C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2004; N. Goñi Urriza, «La Ley navarra para la igualdad jurídica de las parejas estables», en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, págs. 375-384; E. Jayme, «Dänisches Partnerschaftsgesetz und IPR», en *IPrax*, 1990, pág. 197; H. U. Jessurun D'Oliveira, «Registered Partnerships, Pacses and Private International Law. Some Reflections», en *RDIPP*, 2000, págs. 293-322; G. Khairallah, «Les "partenariats organisés" en droit international privé», en *RCDIP*, 2000, págs. 317-330; I. Lázaro González, *Las uniones de hecho en el DIPr español*, Tecnos, 1999; D. Martiny, «Internationales Privatrecht [der nichtehelichen Lebensgemeinschaft]», en Hausssmann/Hohloch (Hrsg.), *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Handbuch*, 1999, págs. 562-585; F. Mosconi, «Le nuove tipologie di convivenza nel diritto europeo e comunitario», en *RDIPP*, 2005, págs. 305-314; E. Pérez Vera, «Las parejas de hecho desde la perspectiva del DIPr español», en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, págs. 131-138; G. Rossolillo, «*Registered Partnerships* e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano», en *RDIPP,* 2003, págs. 353-362; A. Röthel, «Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht», en *IPRax,* 2000, págs. 74-78; S. Sánchez Lorenzo, «Las parejas no casadas ante el DIPr», en *REDI,* 1989, págs. 487-531; K. Schümann, *Nichteheliche Lebensgeminschaften und ihre Einordnung im Internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, P. Lang, 2001; R. Wagner, «Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft», en *IPRax*, 2001-4, págs. 281 y sigs.

en DIPr español y belga), o la Ley del domicilio de cada cónyuge (= así ocurría en Inglaterra en virtud de la *Dual Domicile Doctrine*).

14. Pero estas reglas tradicionales de DIPr comportaban un problema evidente: si una de las Leyes estatales que debían aplicarse impedía el matrimonio entre personas del mismo sexo, éste no sería posible aunque el matrimonio pretendiera celebrarse en un Estado miembro cuyo Derecho sustantivo sí permitiera tal matrimonio entre personas del mismo sexo. Ejemplo: con arreglo al planteamiento tradicional de DIPr, dos varones portugueses no podrían contraer matrimonio entre sí ni en Bélgica, ni en España ni en Holanda. Y eso que los Códigos Civiles de estos tres países admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta consecuencia «anti-matrimonio entre personas del mismo sexo» es el resultado del tradicional tratamiento legal en DIPr de los «impedimentos bilaterales» (*empêchements bilatéraux*). Cuando surge un impedimento matrimonial «bilateral» en DIPr, se ha sostenido tradicionalmente que el matrimonio sólo es posible si ambas Leyes nacionales de ambos cónyuges permiten el matrimonio. Por ello, basta que una de las dos Leyes nacionales no lo permita para que el matrimonio no sea posible (14). Este modo «tradicional» de resolver el tratamiento jurídico de los impedimentos bilaterales en DIPr es injusto, ya que perjudica el *jus connubii* y comporta consecuencias discriminatorias.

15. Pues bien: en la actualidad la cuestión de la «Ley aplicable» a la posibilidad de contraer matrimonio con persona del mismo sexo se aborda, actualmente, de manera completamente diferente en los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo. En efecto: en Derecho holandés, belga y español, se aprecia con meridiana claridad una tendencia muy fuerte a aplicar a los requisitos de fondo de los matrimonios entre personas del mismo sexo (= *Essential Validity of the Marriage*), que son aspectos que afectan a la misma posibilidad de celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, el Derecho del país ante cuyas autoridades se celebra el matrimonio (= *Lex Fori* o *Lex Loci Celebrationis*). Ejemplo: dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio en Bélgica con arreglo al Derecho material belga, en España con arreglo al Derecho español, y en Holanda con arreglo al Derecho material holandés.

16. Esta tendencia en favor de la *Lex Materialis Fori* se explica por una razón clara. Las normas relativas a la competencia internacional para poder celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo aseguran que, en el

---

(14) P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr español*, Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 68-71; P. Mayer/V. Heuzé, *Droit international privé,* París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, págs. 399-400; Y. Loussouarn/P. Bourel/P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8.ª ed., París, Dalloz, 2004, págs. 402-404; B. Audit, *Droit international privé,* Economica, París, 3.ª ed., 2000, págs. 538-541.

caso de que tal matrimonio sea posible, ello es porque el matrimonio entre personas del mismo sexo en cuestión está «suficientemente vinculado» con el país en el que se celebra el enlace. Con otras palabras: el matrimonio entre personas del mismo sexo en cuestión producirá «efectos sustanciales» en el país de su celebración, razón por la que la aplicación de la Ley del país de su celebración está plenamente justificada. Es una Ley de previsible aplicación para las partes y su aplicación dará lugar a una situación jurídica «no claudicante», precisamente porque tal situación «repercute sustancialmente» en el país de celebración del matrimonio, cuya Ley rige la formación de dicho matrimonio. Los legisladores de los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo permiten que tales enlaces sean posibles en sus países porque los matrimonios «repercuten» en dichos Estados: los contrayentes están suficientemente vinculados con el país de celebración del matrimonio, ya que normalmente, residen habitualmente en dicho Estado. Esta tendencia en favor de la *Lex Fori* puede explicarse también a la inversa: los legisladores de los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, no permiten «viajes de ida y vuelta» de contrayentes «no vinculados» con dichos Estados miembros, por la simple razón de que el matrimonio de tales contrayentes no está destinado a producir efectos sustanciales en el Estado miembro en el que se pretende celebrar, sino en otros Estados. Al impedir dichos enlaces, se cierra la puerta y se impiden matrimonios entre personas del mismo sexo «intrínsecamente claudicantes», válidos en el Estado miembro en el que se han celebrado, pero inexistentes o nulos en los países con los que los contrayentes están vinculados sustancialmente. Pues bien: los legisladores de los Estados miembros, cuyas legislaciones civiles admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo, han optado por «abrir» tales matrimonios en las situaciones «conectadas» con los Estados que admiten estos matrimonios, a toda persona, de modo que ningún individuo se vea legalmente «bloqueado» y no pueda acceder a un matrimonio entre personas del mismo sexo por el hecho de que su Ley nacional o su Ley del país de su domicilio no permiten ni contemplan ni regulan los matrimonios entre personas del mismo sexo. La *Lex Fori*, con su manto protector, cobija a los contrayentes del mismo sexo, siempre que el futuro matrimonio produzca efectos sustanciales en el Estado miembro de celebración.

17. Algún autor ha señalado que la regla *Lex Fori* provoca una catarata de matrimonios entre personas del mismo sexo «claudicantes». Esta crítica es injusta e inexacta. Para explicar por qué, basta distinguir tres situaciones:

*a)* En las situaciones «estrechamente vinculadas» con el Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, es claro que éste producirá efectos sustanciales en el Estado miembro de celebración del enlace.

Por tanto, dar aplicación a la *Lex Fori* no conduce a un matrimonio entre personas del mismo sexo «claudicante», ya que dicho enlace no surtirá «efectos sustanciales» en otros Estados. Ejemplo: un varón español desea contraer matrimonio con varón japonés en España y ambos residen habitualmente en España. El matrimonio es posible y su formación se rige por la Ley española (= *Lex Fori*). Poco importará que este matrimonio no sea válido o existente en Japón, porque el país donde el matrimonio va a instalar su «base» es España (= *the country of the intended home*). Los cónyuges quieren vivir en España como cónyuges. Este matrimonio, por tanto, no es «claudicante». En definitiva, cuando los contrayentes tienen la intención de instalar la «base de su matrimonio» en Holanda, Bélgica y España, la Ley aplicable a la formación del matrimonio entre personas del mismo sexo es la Ley del Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, la *Lex Fori* (= la Ley del país donde el matrimonio tiene la intención de instalar su sede o su base, «*the Law of the country where the marriage is to be based*») (15). Explicación: el matrimonio producirá sus «efectos principales» en dicho Estado miembro de celebración del enlace. Si en el futuro los cónyuges se trasladan a otro país, los demás países deberían reconocer la validez y efectos de dicho enlace, práctica, por cierto, habitual en muchos Estados miembros en relación con los matrimonios poligámicos celebrados en países que permiten tales enlaces.

*b)* En las situaciones «escasamente vinculadas» con el Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, la *Lex Fori* no es aplicable, porque las normas de competencia internacional impiden que el matrimonio entre personas del mismo sexo se celebre en el Estado miembro de que se trate. Por tanto, tampoco nace ningún matrimonio entre personas del mismo sexo «claudicante». Ejemplo: dos varones venezolanos viajan a España con la intención de contraer matrimonio entre sí ante juez español. Este matrimonio no puede celebrarse: artículo 57 del Código Civil. Y por tanto no hay ningún matrimonio claudicante.

*c)* En las situaciones «suficientemente conectadas» con el Estado miembro en el que se celebra el matrimonio, pero que también están relevantemente conectadas con otros Estados, la solución es más compleja. El matrimonio entre personas del mismo sexo producirá «efectos sustanciales» tanto en el Estado miembro de celebración del matrimonio como en otros Estados. En estos casos, no aparece claro

(15) CH. M. V. CLARKSON/J. HILL/A. J. E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws,* 2.ª ed., London, Butterworths, 2002, págs. 354-355.

y definido cuál es el país en el que los cónyuges van a instalar la «base de su matrimonio». Precisamente por ello, la solución que el DIPr holandés, belga y español ofrecen al asunto es la siguiente: el matrimonio es posible en el Estado miembro de que se trate y se regirá por la *Lex Fori/Lex Loci Celebrationis* (= porque este matrimonio entre personas del mismo sexo repercute sustancialmente en el Estado miembro de celebración), y el riesgo de que tal matrimonio sea claudicante en otros países (= en los que también el matrimonio producirá «efectos sustanciales»), lo asumen los cónyuges. Esta tesis la han seguido expresamente las autoridades belgas y españolas. Así, en Bélgica, la *«Circulaire remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil»* de fecha 23 de enero de 2004, indica que: *«Des situations apparaîtront ainsi où certains mariages seront parfaitement valables en Belgique, et, où, en même temps, aucun effet ne leur sera reconnu à l'étranger. Il est donc extrêmement important que l'officier de l'état civil attire l'attention des intéressés sur les inconvénients possibles de ces mariages à l'étranger. Il est de l'intérêt des futurs époux de se faire dûment conseiller sur leur statut juridique dans l'hypothèse où ils s'établiraient à l'étranger, ou dans le cas où ils y auraient déjà ou acquerraient par la suite des intérêts patrimoniaux ou autres»*. En la misma línea se sitúa la brillante Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 (16): el juez español no debe operar como «guardián» del sistema legal extranjero, por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges dicho matrimonio probablemente no producirá efectos. Son las autoridades extranjeras las que deben decidir si el matrimonio celebrado en España entre personas del mismo sexo surte efectos en dicho país extranjero o no los surte por resultar contrario a «su» orden público internacional o por superar «su control de la Ley aplicable». Este razonamiento es similar al que se practica desde hace años en el campo del divorcio: un extranjero puede obtener el divorcio en España y por tanto puede volver a contraer nuevo matrimonio en España, aunque la sentencia española de divorcio no haya sido o pueda no ser reconocida en el país del que es nacional el sujeto (P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS) (17) e incluso

(16) *BOE* núm. 188 de 8 de agosto de 2005.

(17) P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr español,* Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 119-139.

si la Ley nacional del sujeto no admite el divorcio (J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/P. ABARCA JUNCO) (18).

18. En el fondo, los Estados miembros que aceptan los matrimonios entre personas del mismo sexo, y como se verá, también aquellos Estados miembros que contemplan las «uniones civiles» entre personas del mismo sexo, han acogido la tradicional regla del DIPr inglés en materia de Ley aplicable a los «asuntos de familia»: el *Lex Fori Approach* (= aunque, curiosamente, el Derecho inglés no seguía esta regla a la hora de precisar la Ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio, cuestión sometida a la Ley del país del domicilio de cada contrayente). En definitiva: cuando las autoridades civiles del Estado miembro tiene competencia para celebrar un matrimonio entre personas del mismo sexo, la Ley que rige dicho matrimonio en cuanto a la forma (= *Formal Validity of the Marriage*) y en cuanto al fondo (= *Essential Validity of the Marriage*) es siempre la Ley material de dicho Estado miembro (19). Por tanto, la disciplina jurídica de los casos internacionales de matrimonios entre personas del mismo sexo se lleva a cabo, fundamentalmente, a la hora de fijar la competencia de las autoridades públicas del Estado miembro. Cada Estado miembro determina, en su propia legislación y con arreglo a sus propios criterios, los matrimonios entre personas del mismo sexo que pueden ser celebrados por sus autoridades en los

(18) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS/P. ABARCA JUNCO, «Comentario al artículo107 del Código Civil», en *Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del Código Civil. Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, págs. 907-931 y 2.ª ed., 1994, págs. 1331-1338.

(19) Existe una muy abundante literatura relatriva al *Lex Fori Approach* en cuestiones de Derecho de Familia, también conocido como *Jurisdictional Approach*. *Vid.*, entre otros, G. BARILE, «La fonction historique du droit international privé», en *RCADI*, vol. 116, 1965, págs. 305-381; H. BATIFFOL, «Observations sur les liens entre la compétence judiciaire et la compétence legislative», en *De conflictu Legum. Mélanges offerts à R. D. Kollewijn/J. Offerhaus*, Leyden, Sijthoff, 1962, págs. 5-24; A. BONNICHON, «La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois», en *RCDIP,* 1949, págs. 615-635 y 1950, págs. 11-32; L. BRILMAYER, *Conflict of Laws. Foundations and Future Decisions*, Boston/Toronto/Londres, 1991; R. CAFARI PANICO, *Diritto internazionale privato inglese e jurisdiction con particulare riguardo ai rapporti di famiglia*, Padova, 1979; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Conflicto de leyes (en el espacio)», en *EJB*, 1995, págs. 1428-1431; ID., «Derecho Internacional Privado», en *EJB*, 1995, págs. 2311-2316; ID., «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios Homenaje A. Menéndez*, Madrid, 1996, págs. 5239-5270; R. H. GRAVESON, «The comparative Evolution of Principles of the Conflict of Laws in England and the USA», en *RCADI*, 1960, vol. 99, págs. 21-118; ID., «Aspects of the General Principles of Private International Law», en *RCADI*, 1963, págs.7 y sigs.; ID., *Conflict of Laws, Private International Law*, 7th ed., London, 1974, págs. 5 y 13; P. HÉBRAUD, «De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître», en *RCDIP*, 1968, págs. 205-225; O. KAHN-FREUND, «General Problems of Private International Law», en *RCADI*, 1974, vol. 143, págs. 149-474; SP. VRELLIS, «La justice "matérielle" dans une codification du droit international privé», en *E pluribus Unum/Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, págs. 541-562.

«casos internacionales». Resuelta la cuestión, tales autoridades aplicarán, siempre y en todo caso, su propia Ley material o sustantiva (= *Substantial Lex Fori*). En el *Lex Fori Approach* hay algo de prejuicio contra las Leyes extranjeras (= que se consideran, potencialmente, de «menor calidad jurídica» que la *Lex Fori*). Pero no se puede negar que este enfoque resuelve satisfactoriamente los problemas de ejercicio del *jus connubii* y los problemas discriminatorios creados por la aplicación de la Ley personal de los contrayentes en ciertos supuestos y se construye sobre un postulado sólido: a las situaciones muy vinculadas o suficientemente vinculadas con el Estado miembro de celebración del matrimonio, se les aplica la Ley de dicho Estado.

19. Las técnicas utilizadas para dar aplicación a la *Lex Fori* = *Lex Loci Celebrationis* a la posibilidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo son diversas.

En Derecho español, la DGRN aplica a la cuestión el Derecho sustantivo español a través de dos estrategias diferentes (Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 en *BOE* núm. 188 de 8 de agosto de 2005 y RDGRN de 25 de octubre de 2005, en *BOE* núm. 313 de 31 de diciembre de 2005). Primera: el orden público internacional absoluto. La Ley extranjera correspondiente a la nacionalidad del contrayente se estima contraria al orden público internacional español si no permite un matrimonio entre personas del mismo sexo, y por tanto, no se aplica, de modo que la «capacidad matrimonial» queda regida por el Derecho sustantivo español, que sí permite un matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta técnica fue seguida por el legislador belga en el período que transcurrió entre la aprobación de los matrimonios entre personas del mismo sexo y la nueva Ley de Derecho Internacional Privado de 2004 y que puede apreciarse en la «*Circulaire remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil*» de fecha 23 de enero de 2004 (20). Segunda: la «tesis positiva por la calificación». La cuestión de saber si es posible contraer un matrimonio entre personas del mismo sexo no puede calificarse como una cuestión que afecta a la «capacidad matrimonial», sino que se trata de un requisito institucional que pertenece al concepto «español» de matrimonio, requisito que se rige, en todo caso, por la Ley sustantiva española.

---

(20) «*Le droit belge ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, il me paraît qu'une disposition de droit étranger relative au sexe des époux, interdisant le mariage de personnes de même sexe, doit être considérée comme discriminatoire et contraire à notre ordre public international. Dès lors, j'estime que l'application d'une disposition de droit étranger doit être écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit autorise un tel mariage*».

En Derecho holandés, los requisitos de fondo de un matrimonio entre personas del mismo sexo se rigen siempre por el Derecho material holandés (21).

En Derecho belga, la capacidad matrimonial se rige por el Derecho del país cuya nacionalidad ostenta cada cónyuge. El artículo 46 de la Ley belga de 16 de julio de 2004 (Código de Derecho Internacional Privado) indica que *«Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage»*. Sin embargo, el párrafo 2 del citado artículo 46 indica que: «*L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage*». Es decir: cuando deben aplicarse de modo distributivo las Leyes nacionales a las respectivas capacidades matrimoniales de los contrayentes, no se dará aplicación preferente a la «Ley más restrictiva», sino que se aplicará la «Ley nacional más favorable» al matrimonio. La tesis potencia el *jus connubii* y encaja con el *favor matrimonii*. Es original, sencilla y práctica. Ejemplo: un varón holandés y un varón griego con domicilio en Bélgica, pueden contraer matrimonio en dicho país, porque la Ley holandesa permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, y este enlace será posible aunque la Ley griega no permita los matrimonios entre personas del mismo sexo.

20. La «tendencia *pro Lex Fori*» había sido ya acogida por numerosos legisladores de Estados miembros, que a la hora de fijar la Ley aplicable a la constitución de las «uniones civiles», habían establecido que dicha Ley fuera, siempre y en todo caso, la *Lex Fori* (= Ley del país de constitución y registro de la pareja de hecho o unión civil). El objetivo perseguido era el mismo que el que ahora se quiere obtener en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo: eliminar toda discriminación y permitir que los individuos cuyas Leyes personales no contemplan la institución de la «pareja registrada» o «unión civil» puedan también acceder a esta institución en los Estados miembros que disponen de tales uniones siempre que la situación fáctica esté «suficientemente vinculada» con el Estado de celebración. Ejemplo: en Derecho inglés, la capacidad para formar y registrar una *same-sex partnership* se rige en todo caso, por la *Lex Loci Celebrationis*, esto es, por el Derecho inglés. Esta tendencia contrasta duramente con la determinación de la Ley aplicable a la capacidad matrimonial en los casos de matrimonios entre personas de sexo diferente. Como escriben D. McCLEAN & K.

(21) F. CALVO BABÍO, «Los matrimonios entre personas del mismo sexo en Derecho comparado», en *Juris,* 2004, núm. 52, págs. 52-54.

BEEVERS, *«but, in contrast to hererosexual marriage, capacity to enter into a same-sex union is also governed by the lex loci celebrationis»* (22).

21. En conclusión, en los Estados miembros que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo, la Ley aplicable a la posibilidad de contraer dicho matrimonio entre personas del mismo sexo es la *Lex Fori*. La norma de DIPr proclama, simplemente, la aplicación de la Ley sustancial del Estado miembro en el que se celebra el enlace. Lo mismo ocurre en relación con la inscripción de «uniones civiles» en los países que admiten tal institución. No se trata, como es claro, de una «norma de extensión», pues el legislador no fija un conjunto de supuestos vinculados estrechamente con su Estado a los que se aplica la *Lex Fori*, supuestos que se sustraen a la regla general constituida por una norma de conflicto que puede, potencialmente, dejar la regulación del supuesto en manos de una Ley extranjera. Al contrario: todo supuesto de matrimonio entre personas del mismo sexo presentado ante autoridades de un Estado miembro se rige por la Ley sustancial de ese Estado miembro. *Lex Fori Approach* en estado puro.

### 3. EFECTOS EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO CELEBRADOS EN OTROS ESTADOS MIEMBROS

22. Tampoco existen normas específicas de Derecho comunitario que regulen los efectos en los Estados miembros de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en un Estado miembro. Al menos a primera vista. Esta ausencia de «normas comunitarias específicas» hace surgir el temido problema de los «matrimonios claudicantes» (= matrimonios válidos en el país donde han sido celebrados pero no válidos en los demás Estados). Debe recordarse que la eficacia de los matrimonios celebrados en otros países constituye un problema de «eficacia extraterritorial de resoluciones extranjeras» y no una cuestión de «conflicto de Leyes» (M. KELLER/K. SIEHR, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, E. ARTUCH IRIBERRI) (23).

23. Ya se ha visto antes que, a través de diferentes técnicas, los Estados miembros que admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo aplican su propia Ley material a los «requisitos de fondo» de dichos matrimonios

(22) D. MCCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 212.

(23) M. KELLER/K. SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationales Privatrecht*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, págs. 145-147; E. ARTUCH IRIBERRI, «Matrimonios mixtos: diversidad cultural y DIPr», en *Homenaje a R. Arroyo Montero,* Iprolex, Madrid, 2003, págs. 199-222; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr español,* Pamplona, Aranzadi, 2002, págs. 250-255.

(= *Lex Fori*). Pues bien: la aplicación de la *Lex Fori* = *Lex Loci Celebrationis* a las «condiciones de fondo» del matrimonio entre personas del mismo sexo (= *Essential Validity of the Marriage*) puede incrementar las posibilidades de que un matrimonio entre personas del mismo sexo, válidamente celebrado en España, Holanda, Bélgica o cualquier otro país que admita en el futuro dicho tipo de enlace, no se considere «existente» y/o «válido» a todos los efectos legales en otros Estados miembros. Esta situación se produce por distintos motivos:

Primero. Porque muchos Estados miembros practican el «control de la Ley aplicada» a los matrimonios celebrados en el extranjero. Ciertos Estados miembros consideran que la posibilidad de contraer matrimonio con personas del mismo sexo es una cuestión de «capacidad matrimonial» y la capacidad matrimonial de sus nacionales se rige por su Ley nacional y no por la Ley del país en el que se celebró el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ejemplo: un varón griego contrae matrimonio con un varón español en Madrid. Tras dos años de convivencia matrimonial en Madrid, ambos se trasladan a Atenas e instan la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil griego. Pues bien: si las autoridades griegas controlan la Ley aplicada al matrimonio (= como hacen las autoridades españolas en relación con los matrimonios contraídos en el extranjero por españoles ante autoridades locales extranjeras), resulta que la Ley que rige la capacidad matrimonial del sujeto griego es, según el DIPr griego, la Ley sustantiva griega, Ley con arreglo a la cual el matrimonio entre personas del mismo sexo es imposible. Por tanto, este matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España no se considerará válido en Grecia y no se inscribirá en dicho país. Dicho matrimonio «no existe» en Grecia, país que, a la fecha presente, no admite el matrimonio entre personas del mismo sexo y tampoco dispone de una legislación sobre «uniones civiles no matrimoniales»: en Grecia, los cónyuges no son «cónyuges», no existen derechos y deberes entre ellos derivados del matrimonio, no tienen régimen económico matrimonial, no pueden divorciarse y un largo etcétera de consecuencias paradójicas.

Segundo. Porque el «orden público internacional» opera, con mucha frecuencia, como un límite a los efectos que los matrimonios celebrados en otros Estados miembros surten en países extranjeros. Si las autoridades extranjeras invocan el «orden público internacional» para impedir en su país los efectos contrarios a los principios básicos de su Derecho que produce un matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho matrimonio no se considerará como «existente» y/o «válido» a todos los efectos legales en el país extranjero. Ejemplo: el decreto del *Tribunale di Latina* (Italia) de 10 de junio de 2005 negó todo efecto jurídico en Italia a un matrimonio entre varón venezolano y varón italiano celebrado válidamente en Holanda. El *Tribunale*

*di Latina* esgrimió que dicha «unión conyugal» producía efectos contrarios al orden público internacional italiano (24), donde el matrimonio entre personas del mismo sexo no existe, ni tampoco una institución que produzca efectos equivalentes o siquiera similares o parecidos. El *Tribunale di Latina* desenvainó la temible y cortante espada del orden público internacional porque, aunque los artículos 65-66 de la Ley núm. 218/1995 de 31 de mayo de 1995 (Ley italiana de Derecho Internacional Privado) indican que los actos de jurisdicción voluntaria pronunciados por autoridad extranjera (= en este caso, autoridad holandesa), serán reconocidos en Italia si han sido pronunciados por la autoridad cuya Ley es reclamada por las normas de conflicto italianas, existe siempre la reserva del respeto al «orden público internacional italiano». Según el *Tribunale di Latina*, sería intolerable que se introdujera en Italia un matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque éste haya sido celebrado válidamente en Holanda ante autoridades holandesas.

24. Por tanto, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados con arreglo a la *Lex Fori* en ciertos Estados miembros que admiten tales matrimonios serán, muy probablemente, «matrimonios claudicantes» (= matrimonios válidos en el país de su celebración, pero no en otros Estados miembros más o menos «conectados» con el supuesto). Son matrimonios que no superan el «paso de frontera»: han sido celebrados válidamente en un Estado miembro, pero cuando tales matrimonios se «hacen valer» en otros Estados miembros, las autoridades de tales Estados pueden considerar que tales matrimonios «no existen» o no son «válidos a todos los efectos legales» (= cuando el matrimonio «cruza la frontera», se desvanece, deja de existir). Esta consecuencia es profundamente negativa. Vulnera la seguridad jurídica porque las personas son «cónyuges» en un país, pero siguen «solteros» en otros países, donde incluso podrían casarse de nuevo con terceras personas (!). Además, se incrementan los costes para los particulares, pues las personas que son «cónyuges», por ejemplo, en España, pero no lo son en otros Estados miembros, tendrían que buscar soluciones legales, como, por ejemplo, constituir *ex novo* en los otros países una «unión civil», lo que implica gastos de tiempo y dinero, y eso si es que tal «solución» es posible, que no siempre lo será.

25. Desde la perspectiva del Derecho Comunitario, el hecho de que un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en un Estado miembro sea un matrimonio «claudicante» en otros Estados miembros puede constituir un «obstáculo» a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios en el territorio de la UE. La cuestión no tiene nada que ver con el carácter «discriminatorio» o no de la disposición legal que pudiera vulne-

(24) Texto en *Rivista di Diritto Internazional Privato e Processuale*, 2005, págs. 1095-1102.

rar, presuntamente, el derecho a la libre circulación de personas, a pesar de lo que, erróneamente, sostienen ciertos autores (25).

26. La Comunidad Europea constituye hoy mucho más que un «mercado interior». Es también un «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» (art. 61 TCE), un espacio por el que los ciudadanos de la UE, los nacionales de los Estados miembros, tienen derecho a circular libremente (art. 18.1 TCE) (26). Y «circular libremente» significa circular sin «obstáculos jurídicos».

27. Hace ya más de diez años que el TJCE afirma que las normas de DIPr de los Estados miembros pueden constituir, en ciertos casos, un «perjuicio», «menoscabo», «restricción» u «obstáculo» a la libre circulación de personas y a las demás libertades comunitarias (STJCE de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*; STJCE de 2 de diciembre de 1997, *Dafeki*; STJCE de 23 de noviembre de 2000, *Elsen*; 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*; STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*). Y ¿por qué las normas de DIPr de los Estados miembros pueden provocar «obstáculos» a las libertades comunitarias? Pues muy sencillo: porque, como explica con brillantez H. GAUDEMET-TALLON (27), una situación legalmente existente en un Estado miembro (= por ejemplo, un matrimonio entre personas del mismo sexo), creada con arreglo a las normas de DIPr de ese Estado miembro, puede no ser considerada como «existente» y/o «válida» en otro Estado miembro. Cuando la situación jurídica «cruza la frontera» desde un Estado miembro a otro, la Ley aplicable a la misma cambia, porque las normas de DIPr del Estado de origen (= con arreglo a las cuales ha sido creada la situación jurídica), son diferentes de las normas de DIPr del Estado de destino de la situación jurídica. La «nueva Ley aplicable» a la situación jurídica puede considerar que ésta «no existe» o «no es válida»: el matrimonio es «claudicante». Y este «cambio de Ley aplicable» puede comportar un obstáculo evidente a la «libre circulación intracomunitaria» de los ciudadanos comunitarios. En efecto: si dos personas son «cónyuges» en un Estado miembro, pero cuando se trasladan a otro Estado miembro, ya no son «cónyuges» y su matrimonio «se evapora», tales ciudadanos comunitarios se sentirán «desincentivados» a circular de un Estado miembro con destino a otro Estado miembro. No desearán viajar a un Estado miembro en el

(25) Erróneamente: S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Privado europeo,* Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 32-33.

(26) Artículo 18.1 TCE: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

(27) H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne», en *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, págs. 159-185.

que ya no son cónyuges, en el que no existirá su régimen económico-matrimonial, ni tampoco sus obligaciones alimenticias, ni se podrán divorciar, ni habrá pensión compensatoria tras el divorcio porque no hay divorcio, ya que no se consideran «cónyuges»... Todos estos inconvenientes son «obstáculos» a la libre circulación intracomunitaria de ciudadanos europeos, prohibidos por el artículo 18.1 TCE.

28. La cuestión, pues, es la siguiente: ¿están los Estados miembros obligados, en virtud del artículo 18.1 TCE, a «reconocer» los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados miembros? Varias tesis son posibles.

29. a) *La tesis ultraliberal*. En principio, el artículo 18.1 TCE no incluye ningún posible límite que los Estados miembros puedan oponer para negar existencia, validez y efectos a las situaciones jurídicas legalmente creadas en otros Estados miembros, y cuyo «no-reconocimiento» supondría un obstáculo a la libre circulación de personas en la UE. Tales límites se podrían fijar mediante instrumentos jurídicos de Derecho Comunitario derivado, a la fecha presente inexistentes en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo. Pues bien, si se acepta esta primera tesis, deberían sacrificarse las concepciones nacionales de los Estados miembros en el altar de la «libre circulación de personas», de modo que países como Italia y Grecia deberían aceptar la existencia, validez y efectos en su territorio de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos legalmente en España, Bélgica y Holanda. Y también de las «uniones civiles» legalmente registradas en Estados miembros como Reino Unido, Alemania, Suecia, etc. Los «Estados miembros de destino» no podrían oponer ningún «freno» a dicha «importación» de instituciones ya creadas válidamente en otro Estado miembro, pues si así lo hicieran, se dañaría la libre circulación de personas recogida en el artículo 18.1 TCE, que es un «valor superior» que debe imponerse sobre las categorías nacionales y sobre el «orden público internacional» de cada Estado miembro. Si los Estados miembros son *Friendly States*, no debería ser posible oponer la cláusula de orden público internacional frente a decisiones dictadas en otros Estados miembros e incluso, tampoco debería ser posible oponer dicha cláusula frente a la aplicación de las Leyes de otros Estados miembros, como ocurre en el Derecho interregional español (28).

30. b) *La tesis restrictiva*. Cada regla tiene su excepción. Y en Derecho Comunitario es sabido que el TJCE ha considerado la existencia de «límites» y «frenos» a las libertades comunitarias, aunque tales «límites» y

(28) El artículo 16.2 del Código Civil español indica: «[l]os conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: (...) 2.º No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público».

«frenos» no se hallan recogidos en los Tratados constitutivos ni en el Derecho derivado. Una *rule of reason* así lo impone. Un ejemplo reciente en el campo del Derecho de sociedades bastará. La STJCE de 13 de diciembre de 2005, *SEVC Systems AG*, indica que las normas de los Estados miembros sobre fusiones transfronterizas no pueden exigir condiciones más severas que las previstas para las fusiones «internas» de sociedades, salvo que tales condiciones estén «justificadas por exigencias imperiosas de interés general, que sean adecuadas o aptas para garantizar el objetivo perseguido y que sean proporcionadas para la realización de tal objetivo». Este límite ha sido construido por el mismo TJCE para salvaguardar «casos límite». Pues bien, este mismo argumento puede emplearse en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en un Estado miembro y cuya eficacia se cuestiona o se suscita en otro Estado miembro. De tal modo, los Estados miembros no estarían obligados a reconocer como «matrimonios» los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros Estados miembros si ello vulnera su «orden público internacional», formado por los principios fundamentales de su Derecho matrimonial. En tal caso, se podría considerar que esta limitación está motivada por el «interés general». Todo esto está muy bien. Pero la intervención que «bloquea» la libre circulación de personas debe ser «adecuada» para garantizar el objetivo perseguido y «proporcionada» para la realización de tal objetivo. Este límite debe operar del modo menos agresivo posible. Por tanto, no parece posible afirmar que un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en un Estado miembro «se volatiliza», «desaparece», y «no existe» a ningún efecto legal, cuando se hace valer en un Estado miembro que opone su orden público internacional contra este matrimonio entre personas del mismo sexo en nombre del «interés general» (= de «su» interés general «nacional»).

31. Se trata, por tanto, de buscar y encontrar mecanismos jurídicos para paliar las consecuencias negativas derivadas de una total falta de «reconocimiento» en un Estado miembro de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado miembro que admite estos matrimonios. Varios mecanismos pueden proponerse.

32. Primer mecanismo: la «nacionalización del matrimonio entre personas del mismo sexo». Algunos autores han sugerido que los matrimonios entre personas del mismo sexo, válidamente celebrados en países que los admiten, podrían surtir «algunos efectos» en otros países que no los admiten. Para ello, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro país debería «equipararse» a una institución conocida, regulada y admitida en el Derecho del «Estado de destino», normalmente una «unión civil» o similar (*registered partnership*). Si es que existe, claro. De tal modo, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España, surtiría en otro país únicamente los efectos que corresponden a una «unión civil» o

similar admitida por el «Estado de destino». Ejemplo: un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España podría surtir «efectos» en Francia, pero sólo los efectos concretos que corresponden a un PaCS (= *pacte civil de solidarité* o «unión civil registrada» recogida en el Derecho francés tras la Ley de 15 de noviembre de 1999). De este modo, se salvaguarda el orden público internacional francés, pero se garantiza, hasta donde es posible, la validez transfronteriza de una situación jurídica creada legalmente en otro Estado y la libre circulación de personas protegida por el Derecho Comunitario (Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES) (29). Varios Estados miembros han acogido esta solución: *a)* Alemania: el § 17.b, número 4 del EGBGB alemán dispone que los efectos en Alemania de una unión civil celebrada en el extranjero no podrán superar los efectos previstos en el Código Civil alemán y en el *Lebenspartnerschaftsgesetz*; *b)* Inglaterra: la *The Civil Partnership Act 2004*, que entró en vigor el 18 de noviembre de 2004 y que permite celebrar «uniones civiles» entre personas del mismo sexo en Inglaterra desde el 5 de diciembre de 2005, establece que las uniones civiles y los matrimonios entre personas del mismo sexo, válidamente celebrados en los países que los contemplan, serán reconocidos y tratados en Inglaterra y Gales como «uniones civiles» (= *civil partnerships*) si cumplen con determinados requisitos (= control de la capacidad de las partes, mismo sexo de los sujetos, y formalidades necesarias en el país donde han sido registrados) (30). Más allá de la UE, también terceros Estados han seguido esta solución. Así, en Suiza (art. 45.3 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987): el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre dos personas del mismo sexo será reconocido en Suiza, pero como «unión civil registrada» (= *partenariat enregistré*) y sólo surtirá los efectos que corresponden, según el Derecho suizo, a dicha «unión civil registrada» (F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD) (31). El citado artículo 45.3 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987, precepto introducido por la *Legge federale sull'unione domestica registrata* de 18 de junio de 2004, dispone: «*El matrimonio celebrado válidamente en el extranjero entre personas del mismo sexo se reconoce en Suiza como unión doméstica registrada*».

La base teórica de esta solución es antigua. Radica en la «teoría de la equiparación de los efectos» que en los siglos XIX y XX defendió con brillantez parte de la doctrina italiana (D. ANZILOTTI, G. CHIOVENDA, P. CALAMAN-

(29) Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL/P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé,* 8.ª ed., París, Dalloz, 2004, pág. 408.

(30) D. MCCLEAN & K. BEEVERS, *Morris, The Conflict Of Laws,* 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005.

(31) F. KNOEPFLER/PH. SCHWEIZER/S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse,* 3.ª ed., Staempfli Editions, S. A., Berne, 2005, pág. 182.

DREI, R. QUADRI). Según esta tesis, toda decisión extranjera debe ser «equiparada» a una decisión nacional y desplegará los mismos efectos que una resolución dictada por una autoridad del Estado requerido. No puede nunca desplegar «más efectos» que los que despliega una decisión nacional. La decisión extranjera es sometida a una especie de «nacionalización». Su razón de ser la salvaguarda de la soberanía del Estado de destino: no se da cumplimiento a mandatos de un Estado extranjero sin que la decisión sea previamente «nacionalizada» por los tribunales del Estado requerido, lo que requiere «purgar» sus efectos excesivos, es decir, los que sobrepasen los efectos que tendría una decisión nacional.

Como se comprueba, la solución presenta ventajas (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España no queda totalmente «borrado del mapa» por un mero «cruce de frontera» con destino a Suiza, Inglaterra, Alemania), pero también suscita inconvenientes.

Primer inconveniente: se atribuye a la decisión extranjera (= al matrimonio entre personas del mismo sexo), efectos que las partes no pudieron prever, o al revés: las partes esperaban ciertos efectos que la Ley del Estado de destino no concede ni reconoce ni admite.

Segundo inconveniente: el matrimonio entre personas del mismo sexo «extranjero» produce «distintos efectos» en cada Estado, pues la decisión despliega en cada país los efectos previstos por la Ley de dicho país.

Tercer inconveniente: la institución extranjera, el «matrimonio», queda en cierta manera «desnaturalizada» (= algunos de sus efectos «se pierden», «se evaporan», debido a que el matrimonio se «degrada», forzosamente, al nivel de una «unión civil» o equivalente). Por ejemplo: los contrayentes son «cónyuges» en España, pero sólo son «convivientes de pareja registrada» en Alemania, Inglaterra y Suiza, lo que puede tener consecuencias jurídicas. Y queda un interrogante de gran calado: si dos varones casados entre sí en España no son considerados «cónyuges» en Suiza, Inglaterra o Alemania, ¿podrán entonces «divorciarse» en algunos de estos países, o no podrán? Es claro que sólo los «cónyuges» pueden divorciarse. Los convivientes sólo pueden «disolver» su «unión civil». Si no pueden divorciarse ante los tribunales del país en el que residen habitualmente, la situación podría vulnerar la mismísima «tutela judicial efectiva» (art. 24 CE 1978) y el «derecho a un proceso equitativo» (art. 6 CEDH 1950): «nacionalizar» un matrimonio y convertirlo, sin más, en una «unión civil» cuando dicho matrimonio «cruza la frontera», suscita esos problemas.

Cuarto inconveniente: la solución es nacionalista y legeforista, porque sólo admite las categorías jurídicas y las instituciones del Derecho nacional (= *Lex Fori*): el mundo entero debe «adaptarse» al Derecho nacional, a las categorías de la *Lex Fori*. Lo que no encaja en tales categorías se elimina como tal del mundo jurídico. Exterminado.

Quinto inconveniente: si el Estado miembro de destino no dispone de ninguna categoría que pueda «absorber» al menos los efectos principales del matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en otro Estado miembro, este primer mecanismo no sirve. Ejemplo: en Italia no existe, a nivel estatal, una legislación sobre «uniones civiles». Por supuesto, tampoco dispone de matrimonios entre personas del mismo sexo. Así que resultará imposible «adaptar» a las categorías nacionales (= ¿a cuáles?), los efectos de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en Bélgica, Holanda o España. En dicho caso, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en alguno de estos Estados miembros, «desaparece» si los cónyuges, por ejemplo, se trasladan a vivir a Italia. Ni siquiera podrán ser «degradados» a una «unión civil», porque dicha figura no existe en Italia.

33. Segundo mecanismo: el «orden público internacional atenuado». Esta solución fue propuesta, ya en el siglo XIX, por L. v. BAR y A. PILLET y fue impulsada con fuerza por PH. FRANCESCAKIS en el marco de los «conflictos de sistemas» (32). Estos autores subrayaron que las «relaciones jurídicas legalmente nacidas y creadas en un país extranjero» con arreglo a sus Leyes, producen «distintos efectos». En esta línea, los «efectos nucleares» de tales situaciones jurídicas deben estimarse contrarios al orden público internacional del país cuyas autoridades conocen del asunto, pero otros «efectos periféricos» de dichas situaciones no deben estimarse contrarios a tal orden público internacional. Ello parece lógico, porque la situación jurídica (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España) es una situación jurídica «alejada» del país cuyas autoridades conocen del asunto, por lo que la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a los «efectos nucleares» derivados del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en España. Los demás efectos, los «efectos periféricos» del matrimonio entre personas del mismo sexo «sobreviven» en otros países aunque las legislaciones de tales países no admitan tales matrimonios. La teoría ha sido acogida en diversos países europeos, como Francia y España (STS de diciembre de 1963, STS de 13 de marzo de 1969, STS de 12 de julio de 1969, RDGRN de 3 de diciembre de 1996 y RDGRN [3.ª] de 20 de febrero de 1997, RDGRN de 10 de octubre de 2005), especialmente en relación con los distintos efectos jurídicos que producen en Europa los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países pero que plantean cuestiones jurídicas en España. La teoría presenta ventajas. En pri-

(32) PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé,* París, 1958, págs. 189-203; ID., «Nota sent. Rabat de 24 de octubre de 1950», en *RCDIP,* 1952, pág. 89; ID., «Nota sent. París de 7 de julio de 1954», en *RCDIP,* 1954, pág. 582 y sigs.; ID., «Conflits de lois (Principes généraux)», en *E. Dalloz DI*, vol. I, París, 1968, págs. 470-497.

mer lugar, se refuerza la «seguridad jurídica de los particulares afectados» (P. MAYER/V. HEUZÉ) (33), pues con el simple «cruce de frontera» la situación jurídica no se evapora totalmente. En segundo lugar, se acepta la situación jurídica extranjera, como tal, hasta donde es posible (= el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en España seguirá siendo «matrimonio» en Francia, por ejemplo), pero sin «degradarla» ni «transformarla» artificialmente en otra institución jurídica (= por ejemplo, en una «unión civil», que es algo que el matrimonio no es): el matrimonio «español» entre personas del mismo sexo no se «nacionaliza» ni acaba convertido obligatoriamente en una «unión civil registrada francesa» (PaCS).

Sin embargo, para que esta tesis funcione correctamente, es preciso perfilar, al menos, dos aspectos:

Primero: es complejo distinguir entre «efectos nucleares» y «efectos periféricos» de la situación jurídica legalmente creada en un Estado, es nebulosa y difícil de concretar. Ejemplo: ¿se estimará que un varón francés casado legalmente en España con otro varón francés es un «cónyuge» a efectos de alimentos, de divorcio, de responsabilidad parental, a efectos fiscales, de pensión de viudedad, etc.? ¿Qué efectos jurídicos son «nucleares» y qué efectos jurídicos son «periféricos»? En la práctica europea relativa a los matrimonios poligámicos la respuesta suele ser la siguiente: los matrimonios poligámicos no pueden celebrarse en Europa ni pueden inscribirse en los Registros Civiles europeos, pero, en general, todos los demás efectos jurídicos derivados de tales matrimonios son aceptados (= alimentos, pensión de viudedad, beneficios fiscales, los hijos ostentan una filiación «matrimonial», etc.). Pues bien, en relación con los efectos jurídicos en otros países de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España, Bélgica y Holanda, la solución podría ser semejante: tales «matrimonios» no podrán celebrarse en países que no admiten dichos enlaces (= incluso aunque la Ley personal de los contrayentes lo permita), ni tampoco podrán inscribirse en los Registros Civiles oficiales de dichos países, pero se admitirá el resto de los efectos jurídicos que surte este «matrimonio». Los «cónyuges» seguirán siendo «cónyuges». Y ello impedirá, por ejemplo, que dos italianos con residencia habitual en Madrid, casados válidamente en España, sean considerados «solteros» en Italia y puedan contraer nuevo matrimonio en Italia con otra persona sin haber disuelto previamente su matrimonio anterior. Que no cunda el pánico: no hay peligro de bigamia.

Segundo: el simple «cruce de frontera», sin más, no debe activar el «orden público internacional atenuado» de los Estados miembros que no admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo. Dicho orden público

(33) P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, págs. 149-154.

internacional, aunque sea «atenuado», no debe ponerse en acción en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo que están completa e íntegramente «instalados» en otro Estado miembro, Estado miembro en el que el matrimonio «tiene su base» (= «*the country where the marriage is based*») (34). Ejemplo: dos varones españoles casados entre sí que se trasladan de simple viaje turístico a Grecia y allí tienen ciertos problemas legales, deben ser considerados «cónyuges» a plenos efectos, porque su «contacto» con la sociedad griega y con Grecia es puramente accidental y ocasional. Sólo cuando la «base del matrimonio» no radica completa y permanentemente en un solo Estado miembro, será posible activar el «orden público internacional» de «otro Estado miembro». Ejemplo: dos varones holandeses residen en Amsterdam, pero pasan largas temporadas, unos cuatro meses al año en Italia, donde tienen propiedades inmuebles y otros negocios. En este caso, la intervención del orden público internacional atenuado italiano está justificada, porque el matrimonio entre personas del mismo sexo no tiene su «base única y exclusiva» en Holanda. Ésta parece ser la opinión del TJCE en relación con otras instituciones, en las que se ha procurado que las excepciones no devoren la regla general y que ésta se aplique del modo más generoso posible. Las excepciones, posibles, que el TJCE ha considerado, han sido confinadas a una utilización exclusiva en «casos muy extremos». Así se aprecia en lo relativo a las «sociedades mercantiles» (= la trilogía formada por la STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, la STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, y la STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, indica que una sociedad válidamente constituida y existente en un Estado miembro debe considerarse como válidamente constituida y existente también en los demás Estados miembros), y en relación con el «derecho al nombre de las personas físicas» (= la STJCE de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis* y la STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, llevan a concluir que el nombre de una persona física atribuido con arreglo al Derecho de un Estado miembro debe ser aceptado «tal cual» por los demás Estados miembros). En estas parcelas del Derecho, el TJCE ha declarado que las libertades comunitarias no pueden ser frenadas, sin más, a través de expedientes como el «orden público internacional», el «fraude de Ley», el «abuso de Derecho» u otros. Una *rule of reason* es precisa. Si estas decisiones del TJCE se leen entre líneas, se descubre que el TJCE lanza un aviso a navegantes (= los órganos legislativos de la Comunidad Europea y los Estados miembros) para que, si se desean establecer «límites a las libertades comunitarias», ello se haga mediante la elaboración de normas comunitarias que así lo recojan.

---

(34) CH. M. V. CLARKSON/J. HILL/A. J. E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws,* 2.ª ed., London, Butterworths, 2002, págs. 354-355.

34. Queda un último interrogante. En países como Alemania y el Reino Unido existe una unión civil («*civil partnership*») prevista para sujetos del mismo sexo que produce en la práctica, efectos jurídicos muy similares a los que surte el matrimonio tradicional entre varón y mujer. Se trata de un «matrimonio» que no tiene el nombre de «matrimonio» y que está previsto, exclusivamente, para sujetos del mismo sexo que no pueden, por dicha razón, acceder al matrimonio. Pues bien, la pregunta ahora es: ¿qué efectos surten en España dichas «uniones civiles»? ¿Serán tratados los convivientes como «cónyuges» en España a efectos, por ejemplo, de pensiones de seguridad social o de custodia de hijos comunes, etc.? Supóngase que dos ingleses *partners* de una unión civil inscrita en Inglaterra residen habitualmente en España. Uno de ellos, cuya fortuna ha venido a menos, solicita alimentos al otro sujeto. La Ley que rige la reclamación de alimentos es la Ley española, pues la Ley del país en el que se encuentra la residencia habitual del acreedor de alimentos (= España en este caso), rige la cuestión a tenor del artículo 4 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 (Ley aplicable a las obligaciones de alimentos). Este Convenio es aplicable para determinar la Ley aplicable a las «obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo» (art. 1). Buena parte de la doctrina entiende que el Convenio es aplicable para concretar la Ley aplicable a los alimentos que pueden reclamarse los integrantes de una «pareja de hecho», pues ésta es una modalidad de «relaciones de familia» (H. GAUDEMET-TALLON, A. DEVERS, K. SIEHR, R. HAUSMANN, D. HENDRICH, M. ANDRAE, H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, F. GUILLAUME, D. GIRSBERGER/L. DROESE) (35). En suma: la Ley española rige los alimentos entre estos dos sujetos. Y la Ley española decidirá qué personas pueden reclamar alimentos y en qué cuantía a otros concretos individuos. Pero es que resulta que el artículo 143 del Código Civil español indica que: «*[e]stán obligados a darse alimentos (...): 1.º) Los cónyuges (...)*». Pregunta: ¿son «cónyuges» los dos *partners* ingleses que residen habitualmente en España? Porque «cónyuges»,

(35) H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en Droit international privé», en *RCADI*, 1991, vol. 226, págs. 9-206, esp. pág. 164; A. DEVERS, «Le concubinage en droit international privé», en *LGDJ,* París, 2004. En general, sobre esta problemática, vid., F. HERZLELDER, «Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel», en *LGDJ,* París, 1985; F. MAROUNGIU BUONAIUTI, «Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II», en *RDIPP*, 2005, págs. 699-722; D. MARTINY, «Maintenance Obligations in the Conflict of Laws», en *RCADI*, 1994, vol. 247, págs. 131-290; M. VERWILGHEN, «Contribution à l'étude historique du Droit international privé des obligations alimentaires», en *Mélanges R. Vander Elst*, t. II, Bruselas, 1986, págs. 863-883; ID., «Actes et documents de la Douzième session», vol. IV, *Conférence de La Haye de Droit international privé*, 1972, págs. 383 y sigs. (informe explicativo del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos).

lo que se dice «cónyuges», no lo son en Derecho inglés... ¿Son un «matrimonio» en España? ¿Pueden «activar» el artículo 143 del Código Civil?

Como subraya A. DEVERS, las «uniones civiles registradas» en Registros Públicos extranjeros deben regirse por la Ley del país en cuyos Registros Públicos específicos se ha inscrito por primera vez dicha «unión no matrimonial» (= Ley de origen de la unión civil, Ley con arreglo a la cual se constituyó la «unión civil») (36). Dicha Ley determina la existencia de la «unión civil», los derechos y deberes de los convivientes, su *status jurídico* como tales convivientes y la disolución de la «unión civil». Este criterio se sigue en DIPr alemán (Ley de 6 de febrero de 2001), en DIPr finlandés, y en DIPr belga (art. 60 del Código DIPr de 2004).

Ahora bien, se trata ahora de dar un «salto cualitativo» y de otorgar un tratamiento legal de «cónyuges» a los convivientes de uniones registradas en el extranjero, para que, como se ha dicho antes, tales sujetos puedan ser considerados como «cónyuges» a otros efectos legales. Puede brindarse una solución al asunto a partir de una «calificación por la función»: si en Derecho inglés tales sujetos están unidos en virtud de un ligamen cuyas características corresponden sustancialmente a las de un «matrimonio», entonces debe estimarse que tales sujetos pueden ser considerados como «cónyuges» a ciertos efectos legales en España. Ello se refuerza, además, por un dato: tales sujetos no pudieron ni pueden contraer matrimonio en Inglaterra (= ya que en dicho país, el «matrimonio» es una institución reservada a varón y mujer), por lo que sería radicalmente injusto exigirles que se unan en matrimonio para tratarlos como «cónyuges» y obtener alimentos, que es de lo que se trata.

35. El mecanismo del «orden público internacional atenuado» es, sin duda, un mecanismo más respetuoso con el Derecho Comunitario que la «nacionalización de instituciones jurídicas». Pero ninguno de ellos es plenamente satisfactorio. En alguna medida, el matrimonio entre personas del mismo sexo, celebrado válidamente en España, por ejemplo, deja de ser tal «matrimonio» con «plenos efectos» en otros países que no admiten dichos enlaces. Por ello se puede avanzar un paso más en esta reflexión y se pueden sugerir nuevas soluciones. La solución definitiva para evitar que los «cambios de Ley aplicable» provoquen obstáculos a las libertades comunitarias es sencilla: las autoridades comunitarias deben elaborar «normas uniformes» de DIPr válidas para todos los Estados miembros. De ese modo, una situación existente y válida en un Estado miembro será siempre considerada existente y válida en los demás Estados miembros, pues el «cruce de frontera» no implicará ningún «cambio de Ley aplicable». Por eso, la comunitarización del DIPr no es exclusivamente un capricho de los burócratas y de los políticos de Bruselas. No es sólo un proceso

(36) A. DEVERS, «Le concubinage en droit international privé», en *LGDJ,* París, 2004, págs. 353-359.

político de transferencia de competencias legislativas desde los Estados miembros a las autoridades comunitarias. La comunitarización del DIPr es mucho más que eso: es, fundamentalmente, una exigencia de la integración europea, una necesidad de los ciudadanos de la Unión Europea, como ha subrayado la doctrina (37). Pues bien: un Reglamento Comunitario relativo a la Ley aplicable al matrimonio entre personas del mismo y diferente sexo que fijara normas de conflicto uniformes sobre la cuestión sería el primer paso para la construcción de la solución a la cuestión. El segundo paso vendría constituido por ciertos «límites a la libre circulación de personas», algo que está admitido por el mismo artículo 18.1 TCE. Por ejemplo, un futuro e hipotético Reglamento comunitario sobre la Ley aplicable al matrimonio y su reconocimiento, podría contener una cláusula que permitiera a ciertos Estados miembros no «reconocer» los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados válidamente en otro Estado miembro pero fuertemente conectado con el Estado miembro de destino. Tales límites sólo deberían permitir la acción del orden público inter-

(37) 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; J. BASEDOW, «The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam», en *CMLR,* 2000, pág. 687 y sigs.; ID., «European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam», en P. J. BORCHERS/J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F. K. Juenger*, Nueva York, 2001, págs. 175-192; K. BOELE-WOELKI, «Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe», en *Liber Amicorum K. Siehr*, TMC Asser Press, The Hague, 2000, págs. 61-77; TH. M. DE BOER, «Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century», en *Essays F. K. Juenger*, Nueva York, 2001, págs. 193-214; S. BRUINIER, *Der Einflusss der Grundfreiheiten auf das internationale Privatrecht,* Frankfurt am Main, Lang, 2003; A.-L. CALVO CARAVACA, «El DIPr de la Comunidad Europea», en *International Law. Revista colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, diciembre de 2003, págs. 277-300; H. GAUDEMET-TALLON, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne», en *Estudos Magalhães Collaço,* vol. I, Almedina, Portugal, 2002, págs. 159-185; H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «The EU and a metamorphosis of Private International Law», en *Essays P. North*, Oxford UP, 2002, págs. 111-136; CH. KOHLER, «Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam», en *RCDIP,* 1999, págs. 1-30; P. LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjetures», en *RabelsZ*, 2004, págs. 225-243; S. LEIBLE/A. STAUDINGER, «El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr y procesal?», en *AEDIP*, vol. I, 2001, págs. 89-115; PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome a Nice,* Bruxelles, Lacier, 2003; P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario,* Cedam, Padova 2004; F. POCAR, «La comunitarizzazione del DIPrivato: una *european conflict of laws revolution*», en *RDIPP*, 2000, págs. 873-884; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire,* Aix-en Provence, 2004; R. WAGNER, «EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen?», en *RabelsZ*, 2004, págs. 119-153; K. WANNEMACHER, *Die Aussenkompetenzen der EG im Bereich des Internationalen Zivilverfahrensrechts: des räumliche Andwendungsbereich des Art. 65 EGV am Beispel der EuGVO und der EheVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; M. WILDERSPIN/A.-M. ROUCHAUD-JOËT, «La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé», en *RCDIP*, 2004, págs. 1-48.

nacional en la medida en la que fuera estrictamente necesario para salvaguardar el interés general del Estado de destino.

*RESUMEN*

*MATRIMONIO MISMO SEXO*

*Ciertos Estados miembros de la UE admiten la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Existe una tendencia generalizada en favor de la aplicación a estos enlaces, del Derecho del Estado miembro que los permite* (Lex Magistratus). *Esta tendencia, que sintoniza con el* jus connubi, *presenta problemas cuando los cónyuges se instalan en otros Estados miembros y desean «hacer valer» su matrimonio válidamente celebrado en otro Estado miembro que no admite estos matrimonios. La regla del «mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas» puede coadyuvar a proteger la libre circulación de personas en la UE, un derecho fundamental recogido por el mismo artículo 18 del Tratado de la Comunidad Europea.*

*ABSTRACT*

*SAME-SEX MARRIAGE*

*Certain Member States of the EU admit the possibility of same-sex marriages. There is a widespread trend toward applying to such unions the law of the Member State permitting them (lex magistratus). This trend, which is in tune with jus connubi, presents problems when the spouses set up house in other Member States that do not admit same-sex marriages and there they wish to «enforce» their marriage, which was validly performed in another Member State. The rule of mutual recognition of legal situations can help protect the free movement of persons in the EU, a fundamental right stated right in article 18 of the Treaty establishing the European Community.*

*(Trabajo recibido el 29-12-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria (1)

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

*Vocal permanente de la Comisión General de Codificación*

*SUMARIO*

I. PLANTEAMIENTO:

1. La contratación con el consumidor como ámbito propio de la contratación inmobiliaria.
2. Posibilidad también de cláusulas abusivas en contratos sin condiciones generales.
3. Concepto de consumidor en Derecho español.

II. CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS:

1. Concepto de cláusula abusiva en la contratación con consumidores.
2. Cláusulas abusivas en contratos de arrendamiento de obra y en la contratación inmobiliaria.
3. La lista negra de cláusulas abusivas.
4. Supuestos aplicables a la contratación inmobiliaria.

---

(1) Conferencia pronunciada por el autor dentro del curso sobre *Los incumplimientos en el ámbito de la contratación inmobiliaria,* Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 2-3 de noviembre de 2006.

5. Medios de combatir estas cláusulas generales abusivas: acciones individuales y colectivas. Legitimación y jurisdicción.
6. Prescripción de las acciones colectivas. Efectos del depósito de las condiciones generales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
7. Otras medidas de control de la legalidad:
   a) *La actuación de los órganos responsables de consumo de las Comunidades Autónomas.*
   b) *La Comisión de Cláusulas Abusivas constituida en el Instituto Nacional de Consumo.*

III. REQUISITOS DE LA OFERTA EN LA COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS:

1. La Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.
2. El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.
3. Legislación al respecto de las Comunidades Autónomas. La Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda en Cataluña
4. La legislación urbanística. Necesidad de licencias administrativas para la parcelación y edificación. Competencia de las Comunidades Autónomas.
5. El seguro decenal exigido por el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Excepción: autopromotor individual para uso propio. Interpretación por la DGRN de autopromotor para uso propio. El autopromotor persona jurídica.
6. Requisitos civiles y urbanísticos para la transmisibilidad del inmueble. Requisitos de titularidad jurídica y distribución de la responsabilidad hipotecaria.
7. Sanciones por incumplimiento: Responsabilidad administrativa, pero también nulidad civil del contrato.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD PARA LA PREVENCIÓN DE INCUMPLIMIENTOS:

1. Control preventivo por parte de Notarios y Registradores:
   a) *El artículo 259 del TR de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana aprobado por RDL 1/1992, de 26 de junio: licencias de segregación y división. Interpretación dada por la DGRN.*
   b) *El artículo 21 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones: manifestación sobre la situación urbanística de la finca.*
   c) *El artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones: licencia de edificación y certificado de técnico competente.*
   d) *El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al RH en materia urbanística: desarrollo de la forma de acreditación de la licencia y del certificado de técnico competente. Derecho transitorio. Interpretación de la DGRN.*
   e) *El artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La Instrucción DGRN, de 11 de septiembre de*

*2000, sobre forma de acreditación ante Notario y Registrador de la constitución de las garantías.*
f) *El control de las cláusulas abusivas nulas. Eficacia del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.*

V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS SIN CONDICIONES GENERALES:

1. POSIBILIDAD DE EXISTIR CLÁUSULAS NULAS POR ABUSIVAS EN CONTRATOS ENTRE PROFESIONAL Y CONSUMIDOR SIN CONDICIONES GENERALES, ASÍ COMO EN LOS CONTRATOS ENTRE PARTICULARES.
2. EJEMPLOS DE INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES:
   a) *Por falta de consentimiento.*
   b) *Por falta de objeto.*
   c) *Por falta de causa.*
3. FUNDAMENTO LEGAL PARA SU IMPUGNACIÓN: AUSENCIA DE ALGUNO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO (CONSENTIMIENTO, OBJETO, CAUSA).
4. CONTROL PREVENTIVO POR PARTE DE NOTARIOS Y REGISTRADORES. EL DEBER GENERAL DE ABSTENCIÓN DE LOS NOTARIOS (ARTS. 19.BIS LN Y 145 RN) Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL (ART. 18 LH).
5. ACCIONES INDIVIDUALES PARA IMPUGNAR LA VALIDEZ DE ESTOS CONTRATOS.

ANEXO. MODELO APROBADO POR LA COMISIÓN ASESORA DEL PLAN DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES, EN EL SECTOR VIVIENDA. COMPRAVENTA VIVIENDA NUEVA (LIBRE Y PROTECCIÓN OFICIAL).

## I. PLANTEAMIENTO

En este trabajo vamos a abordar el estudio de las principales medidas que arbitra nuestro Ordenamiento Jurídico para la prevención del incumplimiento en la construcción, así como las sanciones que dispone para caso de producirse. Sanciones que —como veremos— pueden afectar a la validez o eficacia de los contratos, pero también pueden consistir en sanciones administrativas cuando está involucrado un profesional o empresario de la construcción.

Entre esas medidas estudiaremos tanto las preventivas (especialmente controladas por Notarios y Registradores de la Propiedad) como las judiciales y administrativas una vez producido el incumplimiento.

### 1. LA CONTRATACIÓN CON EL CONSUMIDOR COMO ÁMBITO PROPIO DE LA CONTRATACIÓN INMOBILIARIA

Debe partirse de la idea de que los contratos de arrendamiento de obra y el de compraventa de inmuebles de nueva construcción son normalmente

contratos de adhesión con condiciones generales. Es decir, se caracterizan por ser contratos entre un profesional o empresario y un consumidor, donde éste se limita a prestar o no su consentimiento a un clausulado previamente redactado por aquél. Esto tiene como consecuencia que las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales y que por tanto pueden ser declaradas nulas por abusivas si implican un desequilibrio contractual (2).

## 2. Posibilidad también de cláusulas abusivas en contratos sin condiciones generales

Esto no quiere decir que siempre y en todo caso los contratos en el ámbito inmobiliario sean contratos de adhesión. En ocasiones, en las primeras edificaciones, existe negociación individual del contrato que excluye su configuración como contrato de adhesión (3). Y en la compraventa de edificaciones de segunda mano, esto es, en las segundas o ulteriores transmisiones estaremos casi siempre ante contratos sin condiciones generales. Pues bien, también en estos casos pueden existir cláusulas abusivas, pero no al amparo de la legislación de protección del consumidor, sino conforme a las reglas generales de las obligaciones y contratos, normalmente por vía de la nulidad del contrato por falta de consentimiento (art. 1.261 del Código Civil) o por vía de la nulidad derivada de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez o ejecución del contrato (art. 1.256 del Código Civil).

## 3. Concepto de consumidor en Derecho español

A los efectos de la contratación inmobiliaria, consumidor es aquélla persona física o jurídica que adquiere un inmueble de forma ajena a su actividad profesional. Si se tratara de un inmueble que pasa a integrar el círculo de la actividad profesional del adquirente (como pudiera ser un fondo de inversión o un adquirente comerciante que lo va a destinar al arrendamiento o a la

(2) Dispone el artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10.bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

(3) Ahora bien, no toda negociación individual excluye la configuración del negocio como contrato de adhesión; esto ocurre sólo en el caso de que todo el negocio haya sido negociado individualmente, ya que la negociación individual de alguna cláusula aislada o parte de ella no excluye la consideración como contrato de adhesión y en consecuencia la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al resto del contrato (art. 1.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril).

reventa) en tales casos no sería aplicable la legislación de protección del consumidor que vamos a analizar (4). Lo que no es determinante para que el comprador tenga o no la consideración de consumidor, es el mero dato de que se trate de primera o segunda transmisión (5).

## II. CONDICIONES GENERALES ABUSIVAS

### 1. Concepto de cláusula abusiva en la contratación con consumidores

Cláusula abusiva en los contratos relacionados con la edificación y compraventa de inmuebles celebrados con consumidores son (6) todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente —distintas del precio (7)— que producen en contra de la buena fe (8) un desequilibrio importante entre las partes contratantes en perjuicio del consumidor —o lo que es lo mismo en beneficio del profesional que impone el clausulado—. Normalmente se da en modelos con condiciones generales destinados a una pluralidad de contra-

---

(4) La Ley de Condiciones Generales admite que el adherente pueda ser un profesional, esto es, es aplicable también entre profesionales (art. 2); pero el concepto de cláusula abusiva está restringido a las condiciones generales entre profesional y consumidor (art. 8.2).

(5) Tampoco constituye factor diferenciador el que la operación esté sometida a IVA o al ITPAJD, ya que se devenga IVA en las primeras transmisiones de edificaciones aunque el adquirente sea un consumidor, y por el contrario en las segundas y ulteriores transmisiones normalmente sometidas al ITPAJD puede ocurrir que la transmisión se efectúe entre sociedades mercantiles, en cuyo caso, aunque están sujetas y exentas de IVA y por tanto sometidas a ITPAJD, puede renunciar la sociedad adquirente a la exención de IVA cuando tenga derecho a deducción de este impuesto y lo manifieste de forma fehaciente antes de la transmisión.

(6) Véase definición contenida en el artículo 10.bis de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios en la redacción dada por la Disposición Adicional primera de la Ley 7/1998.

(7) El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución ni a los servicios o bienes que hayan de recibirse en contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Quizá la legislación española no haya recogido esta importante matización en la definición de cláusula abusiva en el artículo 10.bis, pero se deduce así de la directiva y de la circunstancia de no estar comprendida en la lista negra de cláusulas abusivas. Tampoco se ha aprovechado para hacer esta matización de que el precio no puede integrar una cláusula abusiva en la reforma llevada a cabo por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios.

(8) Se trata, como es sabido, no de una buena fe subjetiva, sino una buena fe objetiva; aquélla a la que se refiere el artículo 1.258 del Código Civil cuando determina que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a todo aquello que sea conforme a la ley, los usos y la buena fe.

tos, aunque podría darse también —aunque es menos frecuente en la práctica— en contratos de adhesión aislados.

### 2. Cláusulas abusivas en contratos de arrendamiento de obra y en la contratación inmobiliaria

Además de las que pudieran estar incluidas en la definición general de cláusula abusiva a que antes nos hemos referido —y que sólo por vía judicial podrán ir siendo consideradas tales—, la Disposición Adicional primera de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, contiene la «lista negra» de cláusulas abusivas que en todo caso tienen ese carácter (9).

### 3. La lista negra de cláusulas abusivas

Dentro de esta lista negra, la ley distingue entre las cláusulas abusivas por desequilibrio contractual en beneficio del profesional; las que suponen privación de derechos básicos del consumidor; las que constituyen sobregarantías; y finalmente todas aquellas otras cláusulas insólitas que no se conciben incluidas en el contenido normal del contrato.

### 4. Supuestos aplicables a la contratación inmobiliaria

Numerosos ejemplos podemos citar de unas y otras cláusulas abusivas:

A) De la primera clase (desequilibrio contractual o vinculación del contrato a la voluntad del profesional como dice la ley) son las siguientes:

*a)* atribución de facultades de interpretación o de modificación unilateral del contrato al promotor o constructor;
*b)* supeditación del contrato de compraventa o construcción a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional;
*c)* imposición de intereses o cláusulas penales para el caso de incumplimiento o falta de pago en plazo por parte del comprador, sin prever las consecuencias del correlativo incumplimiento por parte del vendedor profesional o empresario;

(9) España al transponer la Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores aplicó, con rigor, el margen de transposición de que gozaba, de manera que introdujo las cláusulas que a nivel enunciativo contenía la directiva, y al mismo tiempo recogió también otras propias del Derecho español, además con carácter imperativo, «en todo caso».

*d)* pactos por los cuales el vendedor se quedará con la señal entregada por el comprador en caso de falta de pago de las arras penales o penitenciales pactadas, sin regular las consecuencias con relación a las mismas en caso de que sea el vendedor promotor o constructor el que incurra en mora o incumplimiento;

*e)* fijación de fechas de entrega de las viviendas meramente indicativas o aproximadas;

*f)* establecimiento de cláusulas de estabilización de valor con redondeo puramente al alza y no a la baja, en las estipulaciones de los intereses en el precio aplazado; las cláusulas de redondeo al alza en materia crediticia fueron declaradas nulas por la Ley 44/2002 financiera (10) y con un carácter mucho más generalizado por la reciente Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (11).

B) De la segunda clase (privación de derechos básicos del consumidor) podemos señalar las siguientes —en la que tenemos que tener presente la recientemente publicada Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios:

*a)* no cumplir con los requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico en la promoción y venta de viviendas (por ejemplo, los exigidos en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas);

*b)* incumplir con la obligación de asegurar las cantidades a cuenta en los términos impuestos por la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas;

---

(10) Las cláusulas de redondeo puramente al alza finalmente fueron expresamente declaradas nulas por la ley financiera para los préstamos y créditos hipotecarios a interés variable. Así la Disposición Adicional duodécima de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, estableció el régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito y dispuso: «En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto».

(11) La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios, añade una nueva cláusula 7.bis a la lista negra de la Disposición Adicional primera de la LGDCU, considerando nula por abusiva cualquier estipulación que prevea el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva (...).

*c)* renuncia por parte del comprador a exigir responsabilidad al constructor o promotor en caso de incumplimiento o retraso en el pago;

*d)* renuncia al derecho del consumidor a recibir la finca libre de cargas y de elegir la entidad financiera que desee para hipotecar el inmueble caso de que necesite financiación hipotecaria con imposición de la obligación de subrogarse en la hipoteca constituida sobre el edificio por el promotor (12);

*e)* renuncia por el consumidor de su derecho a exigir del promotor la obligación de asumir los gastos que por ley le corresponden, como son los de notaría, registro y gestoría correspondiente a la declaración de obra nueva, división horizontal y los de cancelación de la hipoteca a promotor cuando el comprador no desea subrogarse en ella (13);

*f)* imposición al comprador de la obligación de asumir el pago de impuestos que la ley considera sujeto pasivo al promotor vendedor, esto es, al profesional, como ocurre con el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, también denominado de plusvalía (14).

*g)* imposición al consumidor de los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

C) De la tercera clase (sobre garantías) podrían ser los siguientes:

*a)* imposición al comprador de pluralidad de garantías sobre la misma obligación, como pudiera ser exigir una hipoteca, una condición resolutoria y una letra de cambio, todo en garantía de la obligación de pagar el precio aplazado; o la obligación de firmar un pagaré en blanco;

*b)* prohibición al comprador de elevar a público el documento privado de compra en tanto no se pague enteramente el precio del inmueble adquirido;

---

(12) Véase modificación de la cláusula 22 de la Disposición Adicional primera de la LGDCU por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

(13) Véase modificación de la cláusula 22 de la Disposición Adicional primera de la LGDCU por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

(14) La imposición de la plusvalía o impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana al comprador puede ser válido civilmente (aunque no vincula a la Administración, para quien el vendedor seguirá siendo siempre el sujeto pasivo), pero sólo en los contratos negociados individualmente, nunca en los contratos de adhesión con condiciones generales. La modificación de la cláusula 22 de la Disposición Adicional primera de la LGDCU por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, expresamente ha sancionado con nulidad esta cláusula por abusiva.

*c)* firma de poderes generales —más aún si son irrevocables— a favor del constructor o promotor para realizar cualquier modificación estructural, cambios de proyecto o para llevar a cabo la constitución del régimen de propiedad horizontal.

D) De la cuarta clase (otras cláusulas —insólitas—) pueden citarse:

*a)* la imposición de servicios accesorios no solicitados, tales como la exigencia con determinada compañía de un seguro de vida o de cobertura de la contingencia de desempleo para cubrir las responsabilidades de pago en caso de muerte, incapacidad o paro (15);
*b)* la imposición de la subrogación en el préstamo hipotecario concertado por el promotor;
*c)* imposición de Notario determinado por el promotor para la formalización del contrato de compraventa;
*d)* la imposición al consumidor de arbitrajes, distintos del de consumo, para arreglar las diferencias que pudieran surgir de la aplicación del contrato de compraventa o construcción; tras la reforma por Ley 44/2006, tales convenios arbitrales con consumidores, distintos del arbitraje de consumo, sólo pueden pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, siendo nulos en otro caso los convenios arbitrales pactados;
*e)* sumisión a fuero distinto del consumidor (16);
*f)* Podríamos incluir entre las insólitas aquellas cláusulas por las que se imponen obstáculos desproporcionados para desvincularse de los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, introducida como cláusula 17.bis en la lista negra por la Ley 44/2006, si bien es de menor aplicación en el ámbito inmobiliario por tratarse normalmente de contratos de tracto único. No obstante, serían de aplicación para aquellas cláusulas contractuales accesorias reservadas a favor del promotor (piénsese, por ejemplo, en el caso de empresas de servicios en el aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles) que conllevaran una prestación de tracto continuado.

---

(15) En el bien entendido de que lo que es abusivo es la imposición de una determinada compañía aseguradora vinculada al promotor o entidad bancaria que le financia; nada obsta a que en la negociación individual esto se pacte, con libre elección de compañía por el consumidor.

(16) Esta fue una de las cláusulas no previstas en la Directiva 93/13/CEE que el Derecho español mantuvo como abusiva, dada la existencia de una larga línea jurisprudencial en tal sentido.

## 5. Medios de combatir estas cláusulas generales abusivas: acciones individuales y colectivas. Legitimación y jurisdicción

Las cláusulas abusivas contenidas en condiciones generales pueden combatirse individual o colectivamente.

Las acciones individuales podrán ser ejercitadas por los consumidores afectados por contratos que contengan tales condiciones generales y tendrán normalmente el plazo de prescripción de las acciones de anulabilidad (esto es, cuatro años, ex art. 1.301 del Código Civil).

Las acciones colectivas están reguladas con carácter general para toda condición general abusiva —y por tanto también entre profesionales— en el artículo 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Pero de forma específica para combatir la utilización o recomendación de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos de los consumidores, está regulada en el artículo 10.ter de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la redacción que le dio la Ley 39/2002, de 28 de octubre, sobre transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios.

En ambos casos, pueden ser interpuestas por el Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios; las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (17) o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; el Ministerio Fiscal; las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de la Unión Europea. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción (18).

---

(17) Respecto del régimen básico de las asociaciones de consumidores de ámbito supraautonómico, debe tenerse en cuenta la reforma de la LGDCU por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

(18) La Ley 7/1998, tratándose de condiciones generales entre profesionales, también concede legitimación a las asociaciones de profesionales o empresarios, cámaras de comercio, industria y navegación. La Ley 26/1998, en la redacción dada por la Ley 39/2002, no reconoce sin embargo a aquéllas legitimación, tratándose de cláusulas abusivas con consumidores.

Las acciones colectivas pueden ser de cesación, si están dirigidas a obtener una sentencia por la que se ordene el cese en su utilización; de retractación, si el objeto de la demanda es obtener una sentencia que condene al profesional a dejar de recomendar la utilización de la cláusula; o declarativa, si el objeto es una declaración judicial de la condición de condición general. Lo más frecuente —dentro de la poca utilización todavía de estas acciones colectivas— es ejercer la acción de cesación.

## 6. Prescripción de las acciones colectivas. Efectos del depósito de las condiciones generales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación

En caso de que las condiciones generales estén depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, el plazo de prescripción de las acciones colectivas de cesación y retractación se produce a los cinco años del depósito y siempre y cuando dichas condiciones generales hubieran sido objeto de utilización efectiva (19). Este es el principal efecto del depósito de los modelos contractuales que contengan condiciones generales, depósito que es voluntario salvo que el Gobierno —que hasta la fecha no ha ejercitado este derecho en ningún sector de la contratación— determine otra cosa vía Real Decreto.

La acción colectiva declarativa es imprescriptible.

## 7. Otras medidas de control de la legalidad

### a) *La actuación de los órganos responsables de consumo de las Comunidades Autónomas*

En este panorama inicial de control de la abusividad en las condiciones generales de la contratación inmobiliaria, no podemos dejar de citar la actuación administrativa, que es perfectamente compatible con la judicial. O dicho de otra forma, no es necesaria una previa declaración judicial en la vía jurisdiccional civil para que los órganos administrativos competentes de las Comunidades Autónomas puedan imponer sanciones a los promotores o constructores que infrinjan la normativa sobre protección del consumidor.

---

(19) Inicialmente el artículo 19 de la Ley 7/1998 preveía un plazo de prescripción de dos años, posteriormente elevado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios.

En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado es consultada previamente por el Instituto Nacional de Consumo (20) antes de iniciar un expediente sancionador.

Las sanciones impuestas por los órganos de consumo serán recurribles en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que conforme a las reglas generales de la jurisdicción contenciosa podrá —y deberá— previamente decidir sobre la validez civil de las cláusulas, pues tal decisión será determinante de la decisión judicial sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de la sanción —por ejemplo, multa— impuesta (21).

### b) *La Comisión de Cláusulas Abusivas constituida en el Instituto Nacional de Consumo*

Poco conocida, pero de gran importancia, es la existencia de una Comisión asesora del plan de actuación en materia de cláusulas abusivas constituida bajo la coordinación del Instituto Nacional de Consumo. De ella forman parte un representante de la Fiscalía General del Estado; un representante de la Dirección General de los Registros y del Notariado (22); un representante del Consejo de Consumidores y Usuarios; un representante del Instituto Nacional de Consumo; y un representante del Grupo de Trabajo de Control de Mercado de la Comisión de Cooperación de Consumo.

El objetivo de la Comisión es someter a control previo de legalidad, en particular de adecuación a la legislación de protección de los consumidores, de los modelos contractuales que voluntariamente les sean sometidos. En alguna ocasión el sometimiento a dictamen por parte del Instituto Nacional de Consumo, a través de la Comisión de cláusulas abusivas, es imperativo o preceptivo, como ocurre en el sector de la telefonía móvil, requisito previo a la aprobación de los modelos por parte de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (23).

---

(20) Actuando éste, a su vez, por propia iniciativa o por la consulta de los órganos competentes de consumo de alguna Comunidad Autónoma.

(21) El artículo 4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, determina en su apartado 1 que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados internacionales.

(22) El representante de la DGRN en la citada Comisión de Cláusulas Abusivas es el autor de estas líneas.

(23) Veáse el artículo 56.2 del Real Decreto 1736/1998, de 3 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones.

Pues bien, el primer trabajo que abordó la citada Comisión de cláusulas abusivas, fue la de homologar un modelo tipo de contrato en materia de compraventa de viviendas, depurado de toda posibilidad de condiciones generales nulas por abusivas. El citado modelo se incorpora a este trabajo como anexo.

Lo importante aquí es destacar cómo en dicho modelo orientativo de contrato de compraventa de viviendas, la Comisión procuró evitar cláusulas abusivas y en concreto:

*a)* exige la separación debida entre condiciones particulares y condiciones generales;

*b)* en las condiciones particulares deben expresarse, con la debida claridad, los datos de la parte compradora y de la vendedora; especificación de los datos de inscripción en el Registro Mercantil de la compañía promotora o constructora vendedora; los datos de los poderes otorgados en caso de representación voluntaria; descripción del inmueble objeto de compraventa con referencia a los datos registrales; expresión de la fase de construcción en que se encuentra el edificio; identificación del arquitecto autor del proyecto; referencia a las licencias administrativas legalmente exigibles (en particular de edificación) acompañando copia de las mismas; descripción de la hipoteca constituida por el promotor para la financiación de la promoción con expresión del TAE, plazo de amortización y límites a la modificación de los tipos de interés; determinación del precio de la vivienda y sus anejos, así como el IVA repercutible, con debida separación; identificación del contrato de seguro o aval que garantice las entregas a cuenta; expresión del derecho de elevar a escritura pública el contrato ante Notario elegido por el comprador; información al comprador de la posibilidad de subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor, pero también de su derecho a no subrogarse y recibir el inmueble libre de cargas; referencia expresa a las cláusulas penales pactadas en caso de incumplimiento sin que sea suficiente recogerla en las condiciones generales;

*c)* incorporación de las condiciones generales, debidamente firmadas por las partes contratantes (24) y copia de las cuales debe entregarse al comprador; en dichas condiciones generales puede completarse la descripción del objeto del contrato de compraventa con referencia a

(24) En realidad el artículo 5.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, no exige la firma de las condiciones generales, bastando la firma del contrato en el que se contenga referencia a las mismas; pero es mucho más protector del consumidor el que se firmen las condiciones generales mismas y no sólo que se le entregue una copia de las mismas.

la parte proporcional que le corresponda en los elementos comunes; la repercusión del IVA sobre el precio a medida que éste se vaya satisfaciendo; la forma de pago de la cantidad pendiente; actuación en caso de no obtener financiación el comprador y no consentir la entidad financiera la subrogación en el préstamo a promotor, siempre que se reconozca al comprador el derecho de desistir del contrato de compraventa con devolución de todas las cantidades entregadas; regulación de cómo llevar a efecto la subrogación en el préstamo hipotecario a promotor; regulación de la obligación del comprador de concertar un seguro de incendios que cubra el valor de la suma adeudada, con expresión de la subrogación del acreedor hipotecario en los derechos del asegurado por cantidad igual al débito en la fecha del siniestro; regulación de lo que ocurre en caso de modificación de los proyectos de obra siempre que se deban a causas diligentemente no previsibles (pues en caso contrario deben contar con aprobación del adquirente si conllevan modificación del precio y si suponen una alteración significativa del objeto deben prever el derecho de resolución del contrato a instancia del comprador); determinación de la fecha concreta de entrega, con regulación del derecho del comprador a resolver el contrato en caso de retraso (con devolución de las cantidades entregadas a cuenta y la cláusula penal que se pacte), así como del derecho del vendedor a recibir en tal momento el precio, con regulación de un correlativo derecho del vendedor a resolver el contrato en caso de impago a su vencimiento (con la cláusula penal que se pacte) (25);

*d)* determinación de la persona a la que incumben los gastos y tributos. Corresponden al vendedor: los gastos de la declaración de Obra Nueva y División en Propiedad Horizontal del Edificio, incluyendo la escritura y la inscripción en el Registro; los gastos correspondientes a la constitución y división de la hipoteca que garantiza el préstamo, así como los de cancelación en el caso de que no se produzca la subrogación en el préstamo por parte del comprador; el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía municipal). Corresponden al comprador: producida la subrogación en el préstamo hipotecario, los gastos de cancelación de la hipoteca; así como el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad documentos notariales,

(25) Por lo tanto lo que se pretende es que en las condiciones generales se regule tanto el incumplimiento por parte del comprador, como aquél en que pueda incurrir el vendedor; sería condición general abusiva el que sólo se regulase el retraso o incumplimiento en el pago del precio sin hacer referencia alguna al retraso en la entrega.

que grava el contrato de compraventa y, en su caso, la subrogación en el préstamo hipotecario;

*e)* finalmente deben acompañarse como anexo al contrato, los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos de oferta en la compraventa y arrendamiento de viviendas legal o reglamentariamente exigibles y que pasamos a estudiar.

## III. REQUISITOS DE LA OFERTA EN LA COMPRAVENTA Y ARRENDAMIENTO DE VIVIENDAS

Existe una normativa específica de protección al consumidor en lo relativo a los requisitos de oferta y arrendamientos de viviendas.

Ya adelantamos que aunque se haya celebrado el contrato fuera de un establecimiento mercantil o con condiciones generales, el incumplimiento de estos requisitos no determina el derecho de desistimiento que con carácter general se reconocen en la contratación a distancia y en la contratación electrónica (26).

¿Cuáles son estos requisitos de información aplicables a la contratación inmobiliaria?

Vienen recogidos fundamentalmente en las siguientes normas:

### 1. La Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

Esta Ley, que ha sido reiterada por la Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, está desarrollada por los Decretos 3114 y 3115/1968, de 12 de diciembre, y por la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968. Obliga a la persona física o jurídica que promueva la construcción de cualquier clase de vivienda —por tanto también en los casos de construcción en régimen de comunidad o coo-

(26) Estos derechos de desistimiento por incumplimiento de los requisitos aplicables a la oferta están recogidos en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; pero en su artículo 1 determina que quedan excluidos los contratos relativos a la construcción y venta de bienes inmuebles y demás relativos a derechos reales sobre los mismos, así como los de arrendamiento de bienes inmuebles regulados por leyes especiales, excepto los arrendamientos de temporada, a los cuales será de aplicación la presente norma. De igual forma el derecho de desistimiento reconocido en el artículo 5 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, no es aplicable al ámbito inmobiliario, ya que el artículo 2 excluye del ámbito de aplicación de la ley los contratos que tengan por objeto la construcción, arrendamiento y venta de bienes inmuebles

perativa— y que obtenga de los compradores cantidades a cuenta antes de iniciar la construcción o durante la misma, a garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el interés legal del dinero hasta el momento de la devolución, bien mediante seguro con una entidad aseguradora, bien mediante aval prestado por entidad financiera (Banco o Caja de Ahorros). Además el promotor está obligado a depositar las cantidades anticipadas que perciba en una cuenta especial, distinta de cualquier otra del promotor, que deberá destinarse necesariamente a la construcción de las viviendas.

Pues bien, en los contratos de compraventa, promesa de venta, opción de compra o cualquier otro en el que se prevea la entrega de cantidades a cuenta, el promotor está obligado a hacer constar la referencia al seguro o aval concertado, con indicación de la entidad aseguradora o avalista.

## 2. El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas

Este Real Decreto 515/1989 exige que la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se haga de manera que no induzca ni pueda inducir al error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma.

Los requisitos exigidos principalmente atienden a las siguientes cuestiones: identificación plena del promotor o constructor; descripción completa física y jurídica de la vivienda; del precio de la vivienda y sus accesorios; forma de pago. Además deben tenerse a disposición y poder exhibirse las licencias exigibles, estatutos de la comunidad de propietarios en su caso, tributos exigibles; así como informar al consumidor del derecho de elevación a público del documento privado sin correr con los gastos de titulación que por ley correspondan al promotor (27).

---

(27) El artículo 4 ordena que quienes realicen las actividades sujetas a este Real Decreto deberán tener a disposición del público, y en su caso, de las autoridades competentes, la información siguiente:

1. El nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el Registro Mercantil, del vendedor o arrendador.
2. Plano general del emplazamiento de la vivienda y plano de la vivienda misma, así como descripción y trazado de las redes eléctrica, de agua, gas y calefacción, y garantías de las mismas y de las medidas de seguridad contra incendios con que cuente el inmueble.
3. Descripción de la vivienda con expresión de su superficie útil, y descripción general del edificio en el que se encuentra, de las zonas comunes y de los servicios accesorios.

### 3. Legislación al respecto de las Comunidades Autónomas. La Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda en Cataluña

En cuanto a viviendas sitas en Cataluña, el artículo 19 de la Ley 24/1991, del Parlamento catalán, exige en la información en la oferta para la venta que se facilite suficiente información sobre sus condiciones esenciales, que se

---

4. Referencia a los materiales empleados en la construcción de la vivienda, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, y del edificio y zonas comunes y servicios accesorios.
5. Instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial y sobre evacuación del inmueble en caso de emergencia.
6. Datos identificadores de la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad o expresión de no hallarse inscrito en el mismo.
7. Precio total o renta de la vivienda y servicios accesorios y forma de pago.

Cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además (art. 5.º):

1. Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.
2. Estatutos y normas de funcionamiento de la Comunidad de Propietarios, en su caso, así como información de los contratos de servicios y suministros de la comunidad.
   Si la Comunidad de Propietarios ya está funcionando, se facilitará un extracto de cuentas y obligaciones de la vivienda objeto de la venta.
3. Información en cuanto al pago de los tributos de todas clases que graven la propiedad o utilización de la vivienda.
4. Forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales, haciendo constar de modo especialmente legible lo siguiente:
   *a)* Que el consumidor no soportara los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor.
   *b)* Los artículos 1280.1.º y 1.279 del Código Civil.
   *c)* El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor, sin que éste pueda imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con alguno de los elementos personales o reales del negocio.
5. En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados, se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación.
6. Cuando se trate de primera transmisión, se indicará el nombre y domicilio del arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor.

El artículo 6.º exige que la información sea especialmente detallada y clara en cuanto al precio de venta, debiéndose tener a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que contendrá los siguientes datos:

referirá a las características de dimensión y diseño, el nivel de calidad de la construcción, el grado de aislamiento térmico y acústico, la titularidad jurídica, las cargas y los gravámenes del inmueble, las condiciones de uso, los

---

1.º Precio total de la venta que se entenderá que incluye en su caso, los honorarios de Agente y el IVA, si la venta se halla sujeta a este impuesto. En otro caso se indicará la cuota que corresponda por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
2.º Forma de pago. En el caso de preverse aplazamientos, se indicará el tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros.
3.º Medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas.
4.º Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades.
5.º Garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte de él, aplazado.

2. En la nota explicativa se hará constar que del importe total de la venta se deducirá cualquier cantidad entregada a cuenta por el adquirente o por cuenta del adquirente antes de la formalización de la operación.

En el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta según la Ley 57/1968, de 27 de julio (art. 7.º).

Cuando se entreguen folletos o documentos similares se harán constar siempre en los mismos, al menos, los datos sobre ubicación y los contenidos en los números 1, 3, 4, 6 y 7 del artículo cuarto y los de los artículos 6.º y 7.º, con indicación del período de validez que tienen las menciones expresadas. También se harán constar los lugares en los que se encuentra a disposición del público, la información a que se refieren los artículos anteriores (art. 8.º).

A la firma del contrato todo adquirente de vivienda comprendido en el ámbito de aplicación del Real Decreto tiene derecho a recibir, a costa del vendedor, copia de los documentos a que se refieren los artículos anteriores (art. 9.º).

Los documentos contractuales de compra-venta o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato (art. 10).

Igualmente deberán responder a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que entre otras, implica la prohibición de inclusión de cláusulas que:

*a)* no reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos y las cláusulas que de cualquier forma faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.
*b)* Impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador o arrendatario con independencia del contrato principal. A tales efectos:

servicios que existen al alcance de la vivienda, los gastos previsibles de mantenimiento, las condiciones económicas y de financiación de la oferta, los tributos que gravan la propiedad y el resto de la información que sea exigible. La información a que se refiere el apartado 1 será complementada, en el caso de las viviendas de nueva construcción, con la información relativa a las licencias o a las autorizaciones administrativas, las fechas de la construcción y los datos de la garantía obligatoria, si se trata de viviendas terminadas. El futuro adquirente puede solicitar al promotor la exhibición del proyecto técnico completo de carácter ejecutivo de la edificación.

La ley distingue, a su vez, entre viviendas en construcción o ya construidas (28).

---

1. Las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsibles en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes, quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca.
2. Las reformas que propongan los adquirentes serán asimismo objeto de formalización documental que contendrá sucinta descripción de su contenido y concretas repercusiones que deriven en el precio y plazo de entrega que hubiesen sido pactados.

*c)* Supongan la repercusión al comprador o arrendatario de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no les sean directamente imputables.

*d)* Impongan, en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación).

(28) A) VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN

En cuanto a los requisitos previos para la venta de viviendas en proyecto o en construcción, el artículo 21 exige que para formalizar contratos de compraventa y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción, en el marco de una actividad empresarial o profesional, han de concurrir los siguientes requisitos:

*a)* Disponer de licencia de obras inmediatamente ejecutiva.

*b)* Tener el título justificativo de la disponibilidad de los terrenos sobre los cuales se ha proyectado la vivienda.

*c)* Haberse redactado el proyecto técnico completo de carácter ejecutivo de la edificación.

*d)* Prever los plazos de finalización y entrega de las viviendas terminadas.

*e)* Prever el régimen jurídico de la edificación proyectada, que incluirá los puntos siguientes:

- Primero. El régimen jurídico de protección al cual pretende acogerse la vivienda.
- Segundo. Las servidumbres, las cargas y los gravámenes que la afectan.
- Tercero. Las condiciones económico-financieras de la compraventa.
- Cuarto. Los coeficientes de participación de la vivienda en el inmueble, en su caso.
- Quinto. El proyecto de estatutos de la futura comunidad de propietarios o, si no ha sido elaborado, la consignación de que falta.

4. La legislación urbanística. Necesidad de licencias administrativas para la parcelación y edificación. Competencia de las Comunidades autónomas (STC 20/3/1997)

Tras la STC de 20 de marzo de 1997, tan sólo es competencia del Estado en materia urbanística, la definición del derecho de propiedad, la determinación de su función social, lo relativo a la expropiación y valoración de los terrenos y los aspectos jurídico registrales.

Por el contrario, la determinación de las clases de suelos, los sistemas de actuación urbanísticas y las licencias exigibles en cada fase de actuación, son

---

El adquirente puede exigir la constancia en el contrato del cumplimiento de estos requisitos.

En cuanto a los anticipos, el artículo 22 exige que los promotores que reciban cantidades a cuenta de los adquirentes se ajustarán a la normativa vigente sobre percepción de anticipos en la construcción y la venta de viviendas. Las cantidades anticipadas por los adquirentes se depositarán en una entidad bancaria o caja de ahorros y se consignarán en una cuenta especial, separadas de cualquier otra clase de fondo del promotor, de la que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Los anticipos serán garantizados por los promotores en cualquiera de las formas admitidas en derecho.

B) VIVIENDAS TERMINADAS

En cuanto a los requisitos previos para la venta y el alquiler de las viviendas terminadas, el artículo 23 establece que son requisitos previos a la venta de una vivienda terminada, de nueva planta u obtenida por un proceso de gran rehabilitación, en el marco de una actividad empresarial o profesional:

*a)* Haber sido otorgada suficiente garantía, de acuerdo con el artículo 15 de esta Ley.
*b)* Disponer el edificio de la acometida general de los suministros previstos por red, de acuerdo con los correspondientes reglamentos y adecuada a los requerimientos de las diferentes viviendas.
*c)* El cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia de obras.
*d)* Haber formalizado el correspondiente libro del edificio.
*e)* Disponer de las autorizaciones administrativas y los documentos necesarios para la ocupación de la vivienda.
*f)* Haber sido dividido el crédito hipotecario, en su caso, entre las diferentes entidades registrales del inmueble.
*g)* Disponer de una certificación entregada por técnicos competentes sobre la idoneidad de los materiales, de las soluciones constructivas utilizadas y de las redes de instalaciones de servicios, así como sobre la bondad de la ejecución y de la fecha de finalización de las obras.

Tratándose de alquiler, son requisitos previos a la cesión de una vivienda en alquiler:

*a)* Haber obtenido las autorizaciones preceptivas para la ocupación.
*b)* Disponer el edificio de la acometida general de los suministros previstos por red.

En el otorgamiento de los contratos de alquiler de fincas urbanas es obligatoria la prestación de una fianza en los términos establecidos en la legislación sobre arrendamientos urbanos y en la Ley del Registro y el depósito de fianzas de los contratos de alquiler de fincas urbanas y de modificación de la Ley 24/1991, de la Vivienda.

competencia de las Comunidades Autónomas. Todas ellas han optado por la exigencia de licencias para la segregación y división de los terrenos, y para la edificación.

### 5. El seguro decenal exigido por el artículo 19 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Excepción: autopromotor individual para uso propio (Disposición Adicional segunda en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre). Interpretación por la DGRN de autopromotor para uso propio. El autopromotor persona jurídica

De los tres seguros obligatorios exigidos para las obras de edificación por el artículo 19 de la LOE (seguro para garantizar durante un año el resarcimiento de los daños por vicios de terminación o acabado de obras; seguro para garantizar durante tres años el resarcimiento de los daños por incumplimiento de los requisitos de habitabilidad; y seguro para garantizar por diez años los daños causados en el edificio por vicios de cimentación, vigas, forjados, muros de carga u otros elementos estructurales) tan sólo está hoy en día en vigor este último (29).

El seguro decenal sólo es aplicable para edificios cuya licencia hubiera sido solicitada a partir de la entrada en vigor de la LOE (a los seis meses de su publicación en el *BOE* que tuvo lugar el 6 de noviembre de 1999, esto es, el 6 de mayo de 2000) (30).

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, al reformar la Disposición Adicional segunda, apartado uno, y ante los problemas planteados por la exigencia de la garantía —que se estimaba desproporcionada— también para los supuestos de autopromoción, excluyó esta última, al disponer que no será exigible en el supuesto de autopromotor individual de una única vivienda para uso propio. En tales casos, sin embargo, si se produce la transmisión *inter vivos* durante el plazo de diez años que debía cubrir la garantía, salvo pacto en contrario (es decir, salvo que el adquirente le exonere de ello) el autopromotor quedará obligado a la contratación de la garantía durante el tiempo que reste para completar esos diez años. A estos efectos, no se inscribirá en el Registro de la Propiedad escritura pública de transmisión *inter vivos* de edificaciones sin que acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuera expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma.

---

(29) La Disposición Adicional segunda de la LOE sólo exigió, a su entrada en vigor, el seguro decenal, dejando para ulterior Real Decreto —que nunca se produjo— las otras garantías.

(30) Véase Disposición Transitoria primera LOE.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha aclarado:

*a)* que la obligatoriedad de la constitución de la garantía decenal sólo es aplicable a las escrituras de declaración de obra nueva finalizada de edificaciones y a las actas notariales de finalización de la obra, pero no a las escrituras de obras nuevas en construcción, donde bastará con que el Notario realice la oportuna advertencia y el Registrador haga constar por nota al margen del folio de la finca y al pie del título de la no aportación de la garantía (RDGRN de 20 de marzo de 2000);

*b)* que la exoneración de la prestación de la garantía al autopromotor individual para uso propio de una única vivienda incluye no sólo al autopromotor persona física, sino también al autopromotor persona jurídica (RDGRN de 9 de julio de 2003), aunque no tenga en la vivienda declarada su domicilio social (RDGRN de 28 de octubre de 2004);

*c)* que la exoneración de la prestación al autopromotor individual para uso propio de la garantía decenal exige acreditar que se trata de vivienda unifamiliar para uso propio. La acreditación de que es vivienda resulta del propio uso al que se destina (RDGRN de 24 de mayo de 2001) y el carácter de unifamiliar del propio título constitutivo y de la licencia (31). El que se destina a uso propio puede acreditarse por cualquier medio de prueba en Derecho, tales como acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, licencia de primera ocupación, etc. (Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003); pero en todo caso exige una manifestación expresa en el sentido de que se va a destinar a uso propio, sin que se pueda pretender que el Registrador supla tal manifestación mediante deducciones o interpretaciones (RDGRN de 5 de abril de 2005).

## 6. Requisitos civiles y urbanísticos para la transmisibilidad del inmueble. Requisitos de titularidad jurídica y distribución de la responsabilidad hipotecaria

De todos los requisitos exigidos por la normativa aplicable en la oferta de viviendas por parte de promotores y constructores —ya analizada— dos son, a mi juicio, destacables en el ámbito jurídico privado:

*a)* la necesidad de que el promotor-constructor-vendedor tenga un título jurídico sobre el solar que le habilite para la edificación y promo-

(31) Debe tenerse en cuenta que para la DGRN el que la licencia sea para vivienda unifamiliar no impide la división horizontal de la edificación, ya que los aspectos administrativos no pueden incidir en los jurídico-privados.

ción; el promotor antes de proceder a la venta debe tener la propiedad del solar o un derecho real sobre él (superficie, nuda propiedad) que le legitime para realizar la declaración de obra nueva previa a la venta; no basta con tener un derecho de opción de compra, una promesa de venta por parte del titular o una señal o arras. De lo contrario —además de poder incurrir en delito de estafa— supondría una infracción de la legislación de protección del consumidor en materia de oferta inmobiliaria. Civil y registralmente harían que el promotor careciera de legitimación dispositiva y de posibilidad de inscribir la declaración de obra nueva y división horizontal;

*b)* que antes de proceder a la venta de las viviendas lleve a cabo la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los elementos independientes divididos en propiedad horizontal. Es cierto que desde una perspectiva de validez civil de la venta ningún requisito del Derecho general de obligaciones impone tal distribución; y que incluso está contemplada por la legislación hipotecaria la falta de distribución, para imponer la indivisibilidad de la hipoteca y la posibilidad de que el acreedor se dirija contra cualquier elemento resultante para el cobro de su deuda (indivisibilidad de la hipoteca ex art. 123 LH); pero es precisamente este carácter de indivisibilidad de la hipoteca el que ha llevado a la legislación de protección del consumidor a exigir la distribución previa, pues de lo contrario éste respondería vía acción real de la totalidad de la deuda contraída por el promotor.

## 7. Sanciones por incumplimiento: Responsabilidad administrativa, pero también nulidad civil del contrato

Ya vimos que el incumplimiento de estos requisitos no atribuye un derecho de desistimiento al consumidor, a diferencia de otros sectores del consumo.

La forma de combatir estos incumplimientos no son sino a través de procedimientos administrativos sancionadores, de conformidad con las infracciones tipificadas y las sanciones previstas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Pero también cabría entender que pueden combatirse vía acciones de nulidad contractual, en caso de que por falta de esa información se hubiera producido un vicio de consentimiento en el comprador.

Por supuesto también podrán interponerse acciones colectivas de retractación o de cesación en la recomendación o utilización de contratos con condiciones generales cuando no ha habido esa insuficiente información.

## IV. CONTROL DE LEGALIDAD PARA LA PREVENCIÓN DE INCUMPLIMIENTOS

El control de la adecuación al Ordenamiento Jurídico de los contratos inmobiliarios corresponde en última instancia al juez. Pero no cabe duda que también puede existir un control preventivo por parte de Notarios y Registradores.

### 1. Control preventivo por parte de Notarios y Registradores

#### a) *El artículo 259 del TR de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana aprobado por RDL 1/1992, de 26 de junio: licencias de segregación y división. Interpretación dada por la DGRN*

Este artículo, aún en vigor por no haber sido afectado por la ya citada STC de 20 de marzo de 1997, impone a los Notarios y Registradores la obligación de exigir licencia para los actos de segregación y división de terrenos que puedan dar lugar a un núcleo de población. En parecidos términos se pronuncia la legislación de terrenos rústicos, que en principio es indivisible y no cabe construir, por lo que se requeriría licencia de la Corporación Municipal para realizar las excepcionales obras que la legislación de las Comunidades Autónomas autoricen a realizar en terrenos rústicos.

#### b) *El artículo 21 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones: manifestación sobre la situación urbanística de la finca*

Este artículo exige que en la escritura de transmisión se haga constar la situación urbanística de la finca, de manera que su no expresión o expresión indebida faculta para la resolución del contrato. En consecuencia, y como toda resolución exigirá la restitución de prestaciones y la indemnización de los daños producidos.

#### c) *El artículo 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones: licencia de edificación y certificado de técnico competente*

Además de exigir licencias para la parcelación de los terrenos y la constancia notarial de la condición urbanística de la finca, el artículo 22 de la Ley 6/1998 exige licencia de edificación para que los Notarios autoricen y los

Registradores inscriban escrituras de obra nueva en construcción o finalizada. Además se exige que se acompañe o testimonie certificado de técnico competente que acredite que la declaración de la obra nueva contenida en la escritura se adecúa al proyecto para el que se pidió la licencia.

Curiosamente no es exigible esto mismo para las divisiones horizontales de los edificios.

d) *El Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al RH en materia urbanística: desarrollo de la forma de acreditación de la licencia y del certificado de técnico competente. Derecho transitorio. Interpretación de la DGRN*

El Real Decreto 1093/1997 es de las pocas normas estatales en materia de urbanismo, no impugnada por las Comunidades Autónomas, por tratarse de materia registral.

En realidad es un verdadero reglamento —normas complementarias al RH— y regula la actuación registral y notarial en las parcelaciones —segregaciones y divisiones—, así como en las declaraciones de obra nueva construida y en construcción.

Es de destacar el artículo 79 y el sistema de comunicaciones que regula entre Registrador y Ayuntamiento cuando la división o segregación de un terreno no viene acompañada de licencia; el Registrador lo debe comunicar al Ayuntamiento y si éste no contesta en el plazo de dos meses, puede proceder a practicar la inscripción. Por el contrario, el Ayuntamiento se puede oponer en ese plazo a la inscripción e iniciar un expediente de disciplina urbanística anotando en el Registro de la Propiedad la prohibición de disponer.

e) *El artículo 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La Instrucción DGRN, de 11 de septiembre de 2000, sobre forma de acreditación ante Notario y Registrador de la constitución de las garantías*

El artículo 20, párrafo primero de la LOE, dispone que no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones sin que se acredite la constitución de la garantía decenal.

La Instrucción de la DGRN, de 11 de septiembre de 2000, ante la consulta formulada por la Dirección General de Seguros sobre la forma de acreditar ante Notario y Registrador la constitución de las garantías a que se refiere el artículo 20.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, dispuso

que los Notarios y Registradores debían verificar la constitución y vigencia de las garantías previstas en el artículo 20.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación, de manera que sólo una acreditación en la que el Notario y el Registrador verificaran el cumplimiento de unos requisitos mínimos podría garantizar la perfección, validez y eficacia del contrato de seguro exigido por el legislador para cubrir los riesgos de la edificación. En concreto estableció que la acreditación ante Notarios y Registradores de la Propiedad al autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obras nuevas terminadas y actas de finalización de obras, de la constitución y la vigencia de las garantías a que se refiere el artículo 19 y 20.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se realizará mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor; mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato; o mediante el suplemento de entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato. En todo caso deberán expresarse al menos las siguientes circunstancias:

*a)* Relativas a la identificación y descripción suficiente de la edificación:

1. Su localización o emplazamiento, de forma expresa o por remisión al acta de recepción o el acta de finalización de obras.
2. Referencia catastral del solar o edificio en su conjunto, o manifestación expresa de que carece de ella.
3. Datos registrales si la finca estuviera inscrita.
4. Plano de situación del solar o edificio en su conjunto.

*b)* Relativas al seguro:

1. Calificación y modalidad de seguro, esto es, si se trata de un seguro de daños o de caución, con expresa mención de su carácter de seguro obligatorio de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y que se rige por lo dispuesto en la citada Ley y en lo no previsto en ella, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
2. Garantías cubiertas, que deben ser al menos las señaladas en el artículo 19 de la Ley 38/1999, sin exclusión, con expresión de la fecha en que han tomado vigor.
3. Capital asegurado, como mínimo igual al coste final de ejecución.
4. Plazo de vigencia, que será al menos el de diez años a contar desde la fecha de recepción de la obra, con expresión de esta fecha.

5. El importe y forma de pago de la prima, expresando en su caso, el fraccionamiento estipulado y que se ha pagado la primera prima, o al menos, una fracción de la misma.
6. La franquicia convenida, con un máximo del 1 por 100 del capital asegurado por unidad registral.
7. Identificación del tomador del seguro, que será el promotor o el constructor de la edificación.
8. Expresión de que el asegurado es el promotor o constructor y los sucesivos adquirentes, con identificación de los primeros.

*c)* Relativas a la entidad aseguradora:

1. Identificación de la compañía o entidad aseguradora.
2. Autorización para operar en España.
3. Nombre y apellidos de quien firma la póliza, certificado o suplemento y concepto en el que interviene. La firma estará legitimada, pudiendo hacerse la legitimación en la escritura de obra nueva o acta de finalización de obras, incorporándose el documento a la matriz.

En cuanto a la liquidación de estas sociedades promotoras, la LOE, en el mismo artículo 20, párrafo 2.º, dispone que cuando no hayan transcurrido los plazos de prescripción de las acciones para exigir responsabilidad por vicios o defectos —en principio dos años desde que se produzcan dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual— no se cerrará el Registro Mercantil ni se inscribirá la liquidación de sociedades promotoras sin que se acredite ante el Registrador previamente la constitución de las garantías exigidas por la Ley en relación a todas y cada una de las edificaciones que hubieran promovido.

En la práctica, para practicar la liquidación de tales sociedades promotoras, dada la ausencia de desarrollo reglamentario que ayude a la aplicación práctica del precepto, el Registrador operará de la siguiente forma:

*a)* calificará si el objeto social de la sociedad que se pretende disolver y liquidar es la promoción inmobiliaria, sea para venta o alquiler;
*b)* exigirá una declaración en la propia escritura de liquidación, otorgada por el liquidador, en la que éste manifieste con relación a los libros de la sociedad, que se ha prestado el seguro decenal en todas y cada una de las promociones realizadas.

f) *El control de las cláusulas abusivas nulas. Eficacia del Registro de Condiciones Generales de la Contratación*

A mi juicio, los Notarios sólo pueden denegar su intervención y los Registradores calificar el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en la contratación inmobiliaria, en los tres casos siguientes:

*a)* cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas, de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas; la razón es que son nulas «en todo caso» y no cabe interpretación;
*b)* cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace (cfr. art. 8.1 LCG);
*c)* cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (32).

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 10.bis de la LGDCU, ya que en tal caso corresponde al juez declarar tal nulidad e integrar en tal caso el contrato.

Sobre la imposibilidad de que la calificación registral se extienda a todo tipo de condiciones generales abusivas se ha pronunciado la DGRN en Resolución de 19 de abril de 2006 (33). Coincido con ella en que la calificación

(32) El artículo 10.6 de la LGDCU, en la redacción dada por la Disposición Adicional primera de la LCGC, establece que los Notarios y Registradores, en el ejercicio profesional de sus funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

(33) La Resolución de la DGRN, de 19 de abril de 2006, afrontó la calificación registral de determinadas cláusulas relativas a comisiones, gastos, penalizaciones por excesivas demoras, vencimiento anticipado, renuncia a la facultad de imputación de pagos, compensación, garantía por pagos a tercero, renuncia a desistimiento, copias con fuerza ejecutiva, seguro de la finca hipotecada, limitación de las facultades del deudor en el arrendamiento, obligaciones a cargo de tercero y otras cláusulas. La DGRN revoca la nota de calificación afirmando que «los supuestos preceptos invocados como causa de la nulidad de tales cláusulas que vedarían su acceso al registro, a juicio del funcionario calificador, se refieren a la normativa de defensa de consumidores y usuarios y de condiciones generales de la contratación —Leyes 26/1984, de 19 de julio, y Ley 7/1998, de 13 de abril—. Ahora bien, y como a continuación se expondrá, el Registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad. Dicha posibilidad, como veremos, está vedada al citado funcionario. Como adecuadamente manifiesta el recurrente, el Registrador confunde dos conceptos: cláusulas no inscribibles por carecer de trascendencia jurídico-real y que, por tanto, no deben acceder al registro y respecto de las que el Registrador ha de limitarse a declarar su no inscribilidad por tal motivo; y cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria que deben inscribirse si son conformes al ordenamiento jurídico, y respecto de las que el Registrador

registral se circunscribe a las cláusulas con trascendencia real y no a las puramente financieras de alcance obligacional; y a la posibilidad de rechazo y denegación de cláusulas sobre las que exista una previa declaración judicial de nulidad de las cláusulas abusivas. Pero discrepo firmemente en que no se pueda calificar por el Registrador —y el Notario denegar su intervención—, aunque no haya declaración judicial alguna, en caso de que se introduzcan en el contrato por el predisponente condiciones generales claramente insertables en

ha de ejercer su calificación en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y, en este particular supuesto, 258.2 del mismo Texto (...) Pero es que además, y aunque esta Dirección General asumiera la función de examinar la trascendencia jurídico-real de las cláusulas calificadas negativamente, el Registrador ha extravasado, igualmente, su función. En efecto, afirmábamos antes que el Registrador deniega el acceso al Registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios. Sin embargo, tal posibilidad está vedada para el Registrador por las razones que a continuación se señalan: Primera, porque como se expuso, el Registrador no es un juez; por tanto, carece de la posibilidad de decidir la nulidad de una cláusula que es condición general de la contratación, en los términos de su mismo razonamiento. Segunda, porque tratándose de condiciones generales de la contratación que según la misma fundamentación del Registrador se reputan abusivas, su calificación se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto afirma que «el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10.bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10.bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado lo único que hace es atribuir al juez, que conozca de las pertinentes acciones, la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es *ad exemplum.* Tercera, lo anterior, esto es, la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito *sine qua non* para que el Registrador deniegue el acceso al registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico-real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2002, por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales». En consecuencia, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10.bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio. Habiendo el Registrador de la Propiedad basado su calificación en tal particular proceder, ha infringido los artículos 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, debiendo ser, en consecuencia, revocado este segundo defecto».

la lista negra de la Disposición Adicional primera de la LGDCU. En este caso es la esencia de la función de Notarios y Registradores (el control de la legalidad) la que debe impedir la incorporación de tales cláusulas a las escrituras públicas y a los asientos registrales.

## V. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS SIN CONDICIONES GENERALES

### 1. Posibilidad de existir cláusulas nulas por abusivas en contratos entre profesional y consumidor sin condiciones generales, así como en los contratos entre particulares

Como ya hemos señalado, no siempre los contratos en el ámbito inmobiliario son contratos de adhesión. En ocasiones en las primeras edificaciones existe negociación individual del contrato que excluye su configuración como contrato de adhesión. Y en la compraventa de edificaciones de segunda mano, esto es, en las segundas o ulteriores transmisiones estaremos casi siempre ante contratos sin condiciones generales.

Ahora bien, también en los contratos negociados individualmente, que no son por tanto contratos de adhesión, pueden existir cláusulas abusivas, aunque no al amparo de la legislación de protección del consumidor, sino conforme a las reglas generales de las obligaciones y contratos, normalmente por vía de la nulidad del contrato por falta de consentimiento (art. 1.261 del Código Civil) o por vía de la nulidad derivada de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez o ejecución del contrato (art. 1.256 del Código Civil).

### 2. Ejemplos de incumplimientos contractuales

*a)* por falta de consentimiento: exoneración de responsabilidad por el vendedor o renuncia por el comprador al saneamiento por vicios ocultos conociendo el vendedor su existencia, venta como libre existiendo cargas, venta con características urbanísticas inexistentes, entrega de vivienda sin las características pactadas, etc.;

*b)* por falta de objeto: venta de un bien fuera del tráfico caso de ser demanial; validez de la venta de cosa futura, pero nulidad de la venta sobre plano sin tener derechos sobre el solar;

*c)* por falta de causa: venta en función de garantía encubriendo un pacto comisorio.

### 3. Fundamento legal para su impugnación: ausencia de alguno de los elementos esenciales del contrato (consentimiento, objeto, causa)

El fundamento legal de la impugnación será la nulidad del contrato por existencia de vicios de consentimiento (error en el objeto normalmente) o por falta, objeto o causa que sean verdaderos y lícitos.

### 4. Control preventivo por parte de Notarios y Registradores. El deber general de abstención de los Notarios (arts. 19.bis LN y 145 RN) y la calificación registral (art. 18 LH)

La abstención de los Notarios en la autorización de instrumentos públicos en los que —a su juicio, se inserten cláusulas abusivas— viene determinada por lo dispuesto en el artículo 145 RN, que obliga al Notario a rechazar su ministerio si el negocio jurídico no se adecúa a la ley. Lo mismo el Registrador, en base al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, está obligado a rechazar —calificación denegatoria— todas aquellas cláusulas que sean nulas por abusivas. En la mayor parte de las ocasiones, el precepto aplicable será el 1.256, que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez del contrato.

### 5. Acciones individuales para impugnar la validez de estos contratos

Finalmente, de forma obvia, siempre podrán las partes otorgantes impugnar en juicio declarativo la validez de los contratos y de sus cláusulas, a través de acciones individuales, cuyo plazo de prescripción normalmente será de cuatro años, regla general del plazo prescriptivo atinente a la anulabilidad.

## ANEXO

## MODELO APROBADO POR LA COMISIÓN ASESORA DEL PLAN DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS CONSUMIDORES EN EL SECTOR VIVIENDA. COMPRAVENTA VIVIENDA NUEVA (LIBRE Y PROTECCIÓN OFICIAL)

Presidente:

ILMO. SR. D. JUAN JOSÉ DE GRACIA GONZALO
Director General de Alimentación y Consumo de la Comunidad de Madrid. Presidente del Grupo de Trabajo Normativo

Vocales Permanentes:

ILMO. SR. FISCAL D. FAUSTO CARTAGENA PASTOR
Inspección Fiscal de la Fiscalía General del Estado

SR. D. FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

SR. D. BERNARDO HERNÁNDEZ BATALLER
Representante del Consejo de Consumidores y Usuarios

SR. D. FRANCISCO JAVIER GARCÍA BARTOLOMÉ
Representante del Instituto Nacional del Consumo

SR. D. JOSÉ MARÍA PITA PONTE
Representante del Grupo de Trabajo de Control de Mercado de la Comisión de Cooperación de Consumo

En Madrid, a 26 de marzo de 2001, reunida la Comisión Asesora de Plan de Actuación de Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con los consumidores cuyos miembros figuran al margen, a las 9 horas 30 minutos del día de la fecha, en la sede del Instituto Nacional del Consumo, c/ Príncipe de Vergara, 54 (28071 Madrid), en reunión convocada para emitir dictamen definitivo sobre las condiciones generales de la contratación presentadas por la Asociación de Promotores-Constructores de España (APCE), se inicia la sesión excusando la asistencia del representante del Ministerio Fiscal, al que obligaciones de última hora le impiden estar presente y quien, no obstante, no ha formulado objeciones a las Condiciones Particulares, Anexo, Condiciones Generales y Estipulaciones Especiales para Viviendas de Protección Oficial remitidas en su día.

A continuación, se procede a examinar pormenorizadamente las Condiciones Particulares, Anexo, Condiciones Generales y Estipulaciones Especiales para Viviendas de Protección Oficial remitidas por la Asociación de Pro-

Vocales *ad hoc* (sector de la vivienda)

ILMO. SR. D. VICTORIANO GONZÁLEZ GARCÍA
Secretario General de la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo

SR. D. ÁNGEL LUIS DE LA HERRÁN LUZÁRRAGA
Asesor Jurídico de la Secretaría General de la Dirección General de la Vivienda, la Arquitectura y el Urbanismo

SR. D. MANUEL MARTÍ FERRER
Secretario General de la Asociación de Promotores-Constructores de España (APCE)

SR. D. ENRIQUE CORRAL ÁLVAREZ
Gerente de la Asociación de Promotores-Constructores de España (APCE)

Ponente:

ILMO. SR. D. ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

Secretaria:

Nuria Antón Medrano
Instituto Nacional del Consumo

motores-Constructores de España (APCE), a las que se han incorporado las observaciones realizadas en la anterior reunión de la Comisión.

Tras introducir diversas modificaciones en los referidos documentos y corregir las erratas existentes, la Comisión Asesora, por unanimidad, dictamina:

Que el Pliego de Condiciones Particulares o Contrato de Compraventa de Vivienda, el Anexo y Condiciones Generales de dicho contrato y las Estipulaciones especiales en las Viviendas de Protección Oficial (VPO), que a continuación se reproducen, se ajustan a lo dispuesto en el artículo 10, 10.bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Y ello, sin perjuicio de la valoración que, en su caso, realicen las instancias judiciales, únicas a las que compete la declaración de nulidad de las cláusulas que se reputen abusivas, según dispone el artículo 10.bis, número 2, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de las funciones de calificación y control encomendadas a Registradores y Notarios.

Los documentos sobre los que se ha emitido el dictamen precedente son del siguiente tenor literal:

A) CONTRATO

*«CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA*
*PLIEGO DE CONDICIONES PARTICULARES*

*De un lado, la parte compradora*

*D./D.ª ....., con DNI/NIF ..... y domicilio en ..... D.P. ....., c/ o plaza ....., n.º ....., letra ....., por si/representada por D./D.ª ....., con DNI/NIF ....., según poder otorgado ante el Notario de ....., D./D.ª ....., n.º de protocolo ....., en fecha .....*

*Y*

*D/D.ª ....., con DNI/NIF ....., cónyuge del anterior, con régimen económico matrimonial* (34) ..... *....., y domicilio en ..... D.P. ....., c/ o plaza ....., n.º ....., letra ..... por si/representada por D./D.ª ....., con DNI/NIF ....., según poder otorgado ante el Notario de ....., D./D.ª ....., n.º de protocolo ....., en fecha .....*

*De otro, la parte vendedora*

*D./D.ª ....., con DNI/NIF ..... actuando en nombre propio/[en representación de la (razón social) ..... ....., NIF ..... según poder otorgado ante ....., Notario de ....., en ....., número de protocolo ...../en su calidad de ..... de la mercantil citada], en adelante parte vendedora, con domicilio en ....., C.P. ....., c/ plaza ....., n.º ....., letra ....., inscrita en el Registro Mercantil de ....., Libro ....., tomo ....., folio ....., hoja .....*

*EXPONEN*

*PRIMERO.—Que la parte vendedora es dueña de pleno dominio de la siguiente finca*

(34) Cumplimentar sólo en el caso de que los adquirentes sean matrimonio.

| *Promoción* | *Bloque* | *Planta* | *M. útiles* | *Cuota elementos comunes* |
|---|---|---|---|---|
| *Calle* | | | *N.º* | *Piso* | *Letra* |
| *Registro de la Propiedad de* | *N.º* | *Finca n.º* | *Libro* | *Tomo* |

| *Anexos* | | |
|---|---|---|
| *Garaje* | *Metros útiles* | *Ubicación* |
| *Trastero* | *Metros útiles* | *Ubicación* |
| *Otras dependencias* | *Metros útiles* | *Descripción* |

*SEGUNDO.—Que la vivienda con sus elementos comunes y anexos descritos están en construcción en fase de ....., habiendo sido otorgada escritura pública de declaración de obra nueva y de división de la propiedad horizontal ante el Notario de ....., D./D.ª ..... ....., el día ....., n.º de protocolo ....., debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad con los datos que constan en el apartado precedente, figurando en la citada escritura los Estatutos de la Comunidad.*

*TERCERO.—Que las obras de esta promoción en general y particularmente las relativas a la vivienda y anexos objeto del presente contrato se están ejecutando/se han ejecutado conforme al proyecto realizado por el Arquitecto D./D.ª ....., domiciliado en ....., D.P. ....., c/ plaza ....., n.º ....., letra ....., habiéndose obtenido las licencias y autorizaciones administrativas legalmente exigibles de las que se adjunta copia.*

*CUARTO.—Que la construcción ha sido contratada/realizada con la empresa ....., CIF ....., con domicilio en ....., D.P. ....., c/ plaza ....., n.º ....., letra .....*

*QUINTO.—Que la parte vendedora ha obtenido/está gestionando la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda y, en su caso, anexos descritos con la Entidad Financiera ....., con un tipo fijo/variable de interés nominal fijado inicialmente en el ..... % anual, que equivale al ..... % de TAE (Tasa Anual Equivalente) [revisable en períodos ..... conforme al tipo de interés vigente en cada período*

*que resulte de aplicar al tipo referencial ..... +/– (tachar lo que no proceda) ..... puntos], ascendiendo la responsabilidad hipotecaria que corresponde a la vivienda a ..... € (..... ptas.) Dicho préstamo tiene establecido un plazo de amortización de ..... años, ascendiendo la comisión por amortización anticipada al ..... %, calculada sobre el capital pendiente de amortizar.*

*Las modificaciones del tipo de interés están sujetas a los siguientes límites o circunstancias .....*
*.....*

*Se adjunta extracto de las condiciones del préstamo facilitado por la entidad financiera.*

*Expuesto cuanto antecede, las partes convienen en celebrar el presente contrato de compraventa de la vivienda y anexos descritos en el expositivo primero conforme a las siguientes*

*ESTIPULACIONES*

*PRIMERA.—La parte vendedora entregará a la parte compradora la vivienda y los anexos objeto del presente contrato antes del día ....., siempre que la parte compradora tenga abonadas las cantidades devengadas en dicha fecha conforme a lo previsto en las estipulaciones cuarta y sexta del presente contrato. En el caso de que el vendedor no pueda entregar la vivienda y anexos en la fecha prevista será de aplicación lo dispuesto en la condición general sexta.*

*SEGUNDA.—El precio total, incluido IVA, acordado por las partes intervinientes asciende a ..... € (..... ptas.), conforme al siguiente detalle:*

*Precio de la vivienda .....€ (..... ptas.)*
*Precio del trastero .....€ (..... ptas.)*
*Precio del garaje .....€ (..... ptas.)*
*Precio de otras dependencias .....€ (..... ptas.)*

*Total .....€ (..... ptas.)*
*Impuesto sobre el valor añadido (tipo ..... %) .....€ (..... ptas.)*

*En el caso de modificaciones del tipo impositivo del IVA, será de aplicación lo dispuesto en la condición general segunda.*

*TERCERA.—Como entrega a cuenta del precio pactado, la parte compradora entrega en este acto la cantidad de (..... + ..... IVA) € (..... ptas.).*

*CUARTA.—El resto del precio, hasta el importe de (..... + ..... IVA) € (..... ptas.) se pagará por la parte compradora en ..... plazos de (..... + ..... IVA) € (..... ptas.) cada uno durante la construcción, con vencimiento ..... y sucesivos, a partir del día .....*

*Las cantidades aplazadas se instrumentarán de acuerdo con sus respectivos vencimientos mediante las correspondientes letras de cambio que deberán ser aceptadas por la parte compradora, corriendo su coste de cuenta de ésta.*

*En todo caso, los intereses de demora en caso de impago se fijan en el .....% de interés anual (..... % TAE).*

*QUINTA.—Las entregas a cuenta a que se refieren las estipulaciones tercera y cuarta, se garantizan mediante aval ..... otorgado por la Entidad ...../contrato de seguro, n.º de póliza ....., suscrito con ..... entregando a la parte compradora, en este acto, acreditación documental de tal extremo.*

*SEXTA.—La cantidad pendiente, por importe de ..... (..... + ..... IVA) € (..... ptas.) se abonará a la entrega de las llaves y otorgamiento de escritura pública de compraventa ante el Notario de ....., D. ....., con domicilio en c/ ....., elegido por la parte compradora.*

*SÉPTIMA.—Informada la parte compradora de la posibilidad de subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por la parte vendedora, cuyos datos constan en el expositivo quinto de este contrato, la parte compradora opta por* (35):

*— Subrogarse en dicho préstamo hipotecario, por lo que del importe pendiente previsto en el número precedente se deduce la cantidad de ..... € (..... ptas.) que corresponde a la cuantía que se ha previsto obtener a través de dicha subrogación.*

*En este caso será de aplicación lo dispuesto en la condición general cuarta.*

(35) Tachar lo que no proceda.

*— No subrogarse en dicho préstamo hipotecario.*

*OCTAVA.—En el caso de impago de cualquiera de las cantidades señaladas en las estipulaciones tercera, cuarta y sexta de este pliego de condiciones particulares, será de aplicación lo dispuesto en la condición general octava, salvo que se trate del supuesto previsto en el número 3.3 de la condición general tercera, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en ella.*

*NOVENA.—Al presente contrato de compraventa se incorporan las condiciones generales, un ejemplar de las cuales, debidamente firmadas por las partes contratantes, se entrega en este acto al comprador y se une, asimismo, la documentación relacionada en el Anexo I del contrato, quedando constancia de su recepción por la parte compradora por la firma de dicho Anexo.*

*En prueba de conformidad y por duplicado ejemplar, las partes firman el presente contrato en ....., a ..... de ..... de .....*

*LA PARTE VENDEDORA* *LA PARTE COMPRADORA»*

B) ANEXO DEL CONTRATO

*«ANEXO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA* (36)

*De conformidad con lo establecido en la estipulación octava del contrato de compraventa suscrito por los abajo firmantes en esta fecha, en este acto se hace entrega a la parte compradora de la documentación exigida por el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, y de las normas autonómicas de aplicación. No obstante, la documentación que no fuera legalmente exigible a la firma del contrato y que se señala con una «x» se facilitará a la parte compradora en el momento que, actuando con la diligencia debida, obren en poder de la parte vendedora.*

(36) En el caso de que exista normativa autonómica de aplicación que establezca otros requisitos de información se adicionarán, cuando resulte de aplicación, apartados específicos en los que se relacione la documentación que se suministre o vaya a suministrarse.

Asimismo, se recomienda facilitar a los compradores copia de la normativa autonómica que resulte de aplicación.

*DATOS SOBRE LA PROPIEDAD Y LA FINANCIACIÓN*

— *Copia de la declaración de obra nueva y división de la propiedad horizontal.*
— *Copia de la escritura de préstamo.*
— *Cuadro de amortización correspondiente a la responsabilidad hipotecaria de la vivienda.*
— *Datos relativos a la cuenta especial en la que se ingresan las cantidades recibidas a cuenta de conformidad con lo previsto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.*

*DATOS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN*

— *Plano general del emplazamiento de la vivienda.*
— *Plano de la vivienda.*
— *Descripción y trazado de las redes eléctricas, de telecomunicaciones, de agua, gas y calefacción.*
— *Garantías de las instalaciones.*
— *Descripción de las medidas de seguridad.*
— *Descripción de la vivienda, con expresión de su superficie útil y, si consta, de la construida.*
— *Descripción general del edificio, de las zonas comunes y de los servicios accesorios.*
— *Referencia a los materiales y calidades empleados en la construcción de las viviendas, incluidos los aislamientos térmicos y acústicos, del edificio, zonas comunes y servicios accesorios.*

*INSTRUCCIONES*

— *Instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones que exijan algún tipo de actuación o conocimiento especial.*
— *Instrucciones sobre la evacuación del inmueble en caso de emergencia.*

*COPIA DE AUTORIZACIONES Y LICENCIAS*

— *Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de las viviendas.*
— *Copia de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias.*

— *Copia de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios, en su caso.*

*COMUNIDAD DE PROPIETARIOS*

— *Copia de los Estatutos y normas de funcionamiento.*
— *Información de los contratos de servicio y suministro de la comunidad.*

*GARANTÍA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS*

— *Copia del documento o documentos en que se formalizan las garantías de las cantidades entregadas a cuenta, según la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.*

*INFORMACIÓN JURÍDICA*

— *Copia del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.*
— *Copia de la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, con las modificaciones introducidas por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.*

*INFORMACIÓN SOBRE GARANTÍAS DE LA EDIFICACIÓN*

— *En su caso, copia de la Póliza de Seguro, emitida por la Compañía ..... ....., que cubre las garantías exigidas por el artículo 19.1.c) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación* (37).

*INFORMACIÓN SOBRE CARGAS DE LA VIVIENDA*

..... ..... *(Se transcribirán las cargas resultantes del título o de la información registral).*

(37) Sólo en el caso de vivienda terminada.

*INFORMACIÓN SOBRE EL PAGO DE LOS TRIBUTOS*

— *La parte vendedora ha abonado, o garantizado, en su caso, todos los tributos que gravan la propiedad o la tenencia o utilización del inmueble que, devengados hasta este momento, han sido liquidados y notificados en forma.*
— *Los impuestos devengados hasta la entrega de la vivienda y/o anexos correrán de cuenta de la parte vendedora. No obstante, serán de cuenta de la parte compradora los tributos devengados desde la puesta a disposición de la vivienda y/o anexos, si la entrega se demora por su causa.*
— *Los impuestos y arbitrios de toda clase devengados a partir de la entrega de la vivienda y, en su caso, anexos, correrán de cuenta de la parte compradora.*
— *No obstante, para una mayor información sobre los tributos recayentes en la compra y propiedad del inmueble, se sugiere al comprador que la solicite de las Administraciones Central, Autonómica y Local.*

*TRANSCRIPCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.279 Y 1280.1.º DEL CÓDIGO CIVIL*

*Art. 1.279* *"Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".*

*Art. 1.280* *"Deberán constar en documento público:*

*1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles."*

*En prueba de conformidad y como constancia de la entrega de la documentación, las partes firman por duplicado ejemplar el presente anexo en ....., a ..... de ..... de .....*

*LA PARTE VENDEDORA* *LA PARTE COMPRADORA»*

C) CONDICIONES GENERALES

*«CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA*

*PRIMERA.—OBJETO DEL CONTRATO*

*La parte vendedora vende la vivienda y/o anexos reseñada/os en el contrato al que se incorporan estas condiciones generales a la parte compradora, quien a su vez acepta y compra y cuyos datos personales figuran en dicho contrato.*

*La venta se efectúa con cuantos derechos, usos, servicios y servidumbres le sean inherentes a la vivienda y, en su caso, anexos vendidos, y resulten del proyecto de edificación de las normas urbanísticas de la zona, incluida la parte proporcional que le corresponda en los elementos comunes del edificio y, en su caso, en las zonas comunes de la urbanización, libre de arrendatarios y ocupantes y en el estado de cargas que resulte de lo previsto, en este contrato y sus anexos.*

*En todo caso, las cargas deberán constar expresamente en este contrato o en la documentación entregada con el mismo.*

*SEGUNDA.—PRECIO*

*2.1. Precio y repercusión del IVA*

*El precio de la vivienda y anexos, en su caso, objeto del presente contrato, así como su forma de pago es el que figura en el contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales.*

*La parte vendedora repercutirá a la parte compradora, que a su vez vendrá obligada a pagarlo, el importe íntegro del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava las percepciones anticipadas y la entrega de la vivienda objeto del presente contrato. La repercusión se realizará sobre la base de la contraprestación total.*

*Dicha repercusión se efectuará a medida que se produzca el devengo del impuesto, es decir, para los pagos anticipados anteriores a la entrega de la vivienda en el momento de cobro de cada uno de ellos y por los importes efectivamente percibidos. La parte de impuesto correspondiente al resto de la base imponible se devengará y repercutirá a la puesta de la vivienda en*

*poder y posesión del adquirente, en cuyo momento el comprador efectuará el oportuno pago.*

*2.2. Modificaciones del precio con causa en la modificación de los tipos impositivos del IVA*

*En el caso de que se produzca modificación de los tipos impositivos, el precio final, incluido IVA, pactado en el contrato, será modificado en la cuantía que resulte de aplicar los tipos vigentes en la fecha de devengo.*

*En ningún caso será aplicable el interés de demora por impago de las diferencias que pudieran resultar de la modificación de los tipos impositivos si el vendedor no ha instrumentado con antelación suficiente y notificado al comprador, el pago de tales diferencias.*

*TERCERA.—FORMA DE PAGO*

*3.1. Forma de pago*

*La forma de pago es la que figura suficientemente detallada en el contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales.*

*3.2. Pago de la cantidad pendiente a la entrega de llaves*

*La cantidad pendiente a la entrega de llaves se abonará a la parte vendedora por el comprador en efectivo, cheque bancario o por transferencia en la cuenta bancaria que al efecto designe la parte vendedora.*

*En el supuesto de que el comprador opte en este contrato por no subrogarse en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por el vendedor, éste se obliga a facilitar a aquél cuanta documentación sea precisa para la formalización por el comprador de un crédito hipotecario y a acreditar en el momento de entrega de llaves y elevación del contrato de compraventa a escritura pública, haber cancelado aquél préstamo, debiendo proceder a inscribir la cancelación.*

*3.3. No obtención de la financiación prevista*

*Tanto en el supuesto de no obtenerse la conformidad de la entidad financiera a la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria y en la obligación*

*personal derivada del préstamo, como en el caso de la no obtención de1 crédito hipotecario solicitado, la parte compradora se obliga a pagar a la parte vendedora el total importe previsto para dicho préstamo en el plazo de ..... desde la notificación al comprador de la denegación del préstamo y, en todo caso, hasta el momento de la entrega de llaves y cuando sea requerida para ello tras la terminación de las obras. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución del presente contrato a instancia de la parte vendedora.*

*No obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la Entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior.*

*3.4. Pago del resto del precio*

*El resto del precio pactado será satisfecho en las condiciones establecidas en el repetido apartado correspondiente del Pliego de Condiciones Particulares.*

*CUARTA.—SUBROGACIÓN EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO SUSCRITO POR LA PARTE VENDEDORA*

*4.1. Contenido y alcance de la subrogación*

*Si la parte compradora ha optado por subrogarse en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre la vivienda, asumiendo tal compromiso por cláusula contractual específica, el comprador retendrá en su poder y descontará, la cantidad que se ha obtenido/previsto obtener como principal del préstamo hipotecario, por cuyo motivo la parte compradora faculta a la parte vendedora para percibir de la entidad de crédito dicha cantidad, comprometiéndose a asumir en el momento de la firma de la escritura pública de compraventa y de subrogación en el préstamo la condición jurídica de deudor y, consecuentemente, a hacer efectivo su pago, así como el de los intereses, comisiones y amortizaciones que correspondan, en los plazos y condiciones que sean fijados, subrogándose no sólo en la garantía hipotecaria, sino también en la obligación personal y demás responsabilidades derivadas del préstamo hipotecario con aquélla garantizada; siempre que la entidad de crédito preste su conformidad expresa o tácita, según lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria.*

*4.2. Constitución y modificaciones de la hipoteca constituida*

*La parte compradora solicita, en consecuencia, a la parte vendedora, que concierte y formalice con una Entidad de crédito, un préstamo en las condiciones descritas en el apartado quinto de la parte expositiva del contrato, en el que pueda posteriormente subrogarse.*

*Para que la parte vendedora pueda llevar a buen fin dicha solicitud, la parte compradora le confiere autorización y mandato tan amplio como en derecho se requiere y sea necesario, para que la parte vendedora, o quien ella designe, en relación con la vivienda objeto de este contrato, pueda concertar y formalizar un préstamo con garantía hipotecaria; y para que hasta el momento de la entrega de la vivienda (es decir, la transmisión de la propiedad) pueda modificar, novar y dividir tal hipoteca de acuerdo con las condiciones de pago pactadas en este contrato, distribuyendo las responsabilidades que la garanticen, en la forma que tenga por conveniente, pudiendo firmar liquidaciones y percibir directamente el importe total del préstamo en una o más entregas, pagar cantidades y, en definitiva, ejecutar cuantos actos y otorgar cuantos documentos públicos o privados considere convenientes a tales fines, siendo de cuenta del comprador todos los gastos derivados de la subrogación.*

*4.3. Repercusión de gastos por no subrogación o demora*

*4.3.1. Dado que el precio pactado se establece como pago al contado y la subrogación en el préstamo hipotecario tiene el sentido de facilitar su abono, previéndose la misma como consecuencia de su aceptación expresa por el comprador, si la subrogación no se produjera por causa imputable al comprador, correrán por cuenta de éste los gastos de cancelación de la parte de préstamo y garantías correspondientes.*

*4.3.2. En lo que concierne a los intereses del préstamo, la parte vendedora vendrá obligada a pagar los que se devenguen con anterioridad al otorgamiento de la escritura y subrogación en el préstamo. No obstante, serán de cuenta de la parte compradora los intereses devengados desde la puesta a disposición de la vivienda si el otorgamiento de la escritura y subrogación se demoran por causa que le sea imputable. Asimismo y, dado que el precio se estipula como pago al contado, en tanto no sea abonada por la entidad de crédito la última de las entregas correspondientes al préstamo, la parte compradora se compromete a abonar a la parte vendedora el importe de los intereses que devengue la parte no recibida del mismo al tipo aplicable a dicho préstamo. El importe total de estos intereses deberá ser satisfecho por la parte compradora a la parte vendedora dentro del plazo de los treinta días siguientes al que esta última le notifique el correspondiente cargo.*

*4.4. Seguro de incendios*

*Es condición del préstamo hipotecario, en tanto no se haya reintegrado, que la parte compradora se obliga a tener asegurada de incendios la vivienda adquirida, en una Compañía de seguros a prima fija, por cantidad no inferior a la adeudada, y a pagar puntualmente las primas devengadas, siendo causa expresa de resolución el incumplimiento de esta obligación. En la póliza se hará constar que en caso de siniestro no se abonará cantidad alguna por la Compañía aseguradora sin el consentimiento del acreedor hipotecario, quien quedará automáticamente subrogado en los derechos del asegurado, por una cantidad igual al importe del débito en la fecha del siniestro.*

*QUINTA.—PROYECTO DE OBRA Y MODIFICACIONES*

*5.1. Consulta del proyecto de obra*

*El proyecto de obra redactado y aprobado por el arquitecto que figura en la parte expositiva del contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales, conforme al cual se están efectuando las obras de edificación de la promoción y, en particular la vivienda y anexos objeto de dicho contrato, ha podido ser examinado por el comprador y está a su disposición para su consulta y aclaraciones hasta la entrega de las viviendas en las oficinas del vendedor, pudiendo realizar tales consultas de forma que no altere la normal actividad del vendedor. Cualquier modificación relevante será puesta en conocimiento del comprador.*

*5.2. Modificaciones del proyecto de obra*

*La parte vendedora se reserva el derecho de efectuar en las obras, las modificaciones que oficialmente le fuesen impuestas por la autoridad competente, así como aquellas otras que vengan motivadas por exigencias técnicas o jurídicas puestas de manifiesto durante su ejecución, en tanto no supongan una alteración significativa del objeto de este contrato. Tales modificaciones, cuando sean motivadas por causas diligentemente no previsibles, deberán contar con la aprobación del adquirente si conllevan modificación del precio.*

*En tales supuestos, la parte compradora autoriza a la parte vendedora para que, en su caso, y antes de la entrega, pueda modificar la declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal del edificio, para adecuar los títulos a la nueva realidad física.*

*5.3. Derecho de resolución*

*En el caso de que tales modificaciones supongan una alteración significativa del objeto del contrato o del precio, la parte compradora podrá optar por resolver el contrato con devolución de las cantidades anticipadas a cuenta.*

*5.4. Modificaciones propuestas por el comprador*

*Cualquier modificación o reforma propuesta por el comprador y aceptada por el vendedor serán, asimismo, objeto de formalización documental que contendrá sucinta descripción de su contenido y las concretas repercusiones que tengan en el precio y en el plazo de entrega.*

*SEXTA.—ENTREGA*

*6.1. Plazo de entrega y otorgamiento de escritura pública*

*La entrega de la vivienda se efectuará como máximo en la fecha pactada en el contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales, siempre que la parte compradora hubiera cumplido las obligaciones que le son exigibles en dicha fecha. Dicho acto se hará coincidir con el otorgamiento de la Escritura Pública de compraventa que será autorizada por el Notario elegido por la parte compradora de conformidad con lo acordado en el contrato de compraventa.*

*De superarse la fecha prevista para la entrega, la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación, concediendo, en tal caso al vendedor una prórroga, o por la resolución del contrato.*

*6.2. Resolución*

*En el caso de que la parte compradora opte por la resolución del contrato, se fija como cláusula penal por incumplimiento, la indemnización a la parte compradora del tanto por ciento previsto en la condición general octava sobre las cantidades que ésta hubiera satisfecho hasta el momento de la resolución, y ello sin perjuicio del reintegro de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses legales.*

*El cumplimiento de la obligación de reintegro de las cantidades percibidas a cuenta y el interés de demora se garantiza mediante aval o póliza de seguro.*

*6.3. Prórroga*

*Si el comprador optase por conceder prórroga, la vivienda le será entregada en el plazo máximo de tres meses a contar desde la obtención de la autorización administrativa para su ocupación, salvo que medie justa causa y siempre que la parte compradora haya cumplido las obligaciones que le incumben.*

*No obstante, siempre que el retraso superase el plazo de tres meses desde la concesión de la prórroga y fuera imputable al vendedor, éste deberá abonar al comprador, la cantidad que resulte de la aplicación durante el período de demora, del tipo de interés previsto en la estipulación cuarta del contrato como interés de demora para el supuesto de impago, sobre las cantidades satisfechas por el comprador hasta ese momento.*

*SÉPTIMA.—COMUNIDAD DE PROPIETARIOS*

*El comprador se compromete a cumplir las normas que, para regular el régimen de propiedad horizontal, se han establecido en los correspondientes Estatutos y autoriza a la parte vendedora para que convoque la primera reunión de copropietarios, a fin de constituir la Comunidad en la que se designe al Presidente y Secretario Administrador.*

*La parte vendedora, conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, fijará por escrito y con la debida antelación, el Orden del día, lugar, día y hora, de la reunión, a la que, caso de no asistir por sí mismo o representada la parte compradora, ésta lo estará a todos los efectos y asuntos que hayan de tratarse en la misma por la propia parte vendedora.*

*La parte compradora faculta expresamente a la parte vendedora para que en nombre de la Comunidad contrate, por el tiempo imprescindible, los servicios precisos para la puesta en funcionamiento del edificio y, en su caso, de la urbanización, incluida la póliza de un seguro que cubra el riesgo de incendios del edificio, obligándose la parte compradora a sufragar a partir de la entrega de llaves o de su ofrecimiento el porcentaje de la prima que corresponda a la vivienda adquirida.*

*OCTAVA.—IMPAGO DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS*

*En el supuesto de que la parte compradora no pagase a su vencimiento la cantidad correspondiente a uno cualquiera de los plazos del precio, la parte*

*vendedora quedará en libertad de exigir la satisfacción de su derecho mediante el ejercicio de las acciones oportunas, con arreglo a la legalidad vigente, pudiendo optar entre exigir el abono correspondiente o la resolución de este contrato, que se producirá, de pleno derecho, con la sola declaración en tal sentido de la parte vendedora, notificada a la parte compradora mediante requerimiento notarial o judicial al efecto; a cuyo fin se señala como domicilio del deudor el que figura en el contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales.*

*Si optase por la resolución, la parte vendedora restituirá a la parte compradora, de las cantidades entregadas por ella, la parte que quede después de deducir y hacer suyo el ..... % de las cantidades que debiera haber satisfecho la parte compradora en el momento de la resolución, como cláusula penal por incumplimiento.*

*Los intereses de demora en caso de impago fijados en la estipulación cuarta del contrato se devengarán a partir de la fecha en que aquélla se produzca.*

*NOVENA.—GASTOS QUE ASUME LA PARTE COMPRADORA DESDE LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA*

*La parte compradora, a partir del día en que se ponga a su disposición la vivienda, participará en la proporción que resulte de la aplicación de los coeficientes que le correspondan, en el mantenimiento de los gastos comunes del edificio y, en su caso, de la zona común de la urbanización.*

*Asimismo, vendrá obligada a partir de la entrega, a pagar todos los gastos, impuestos, tasas y arbitrios que se refieran a la vivienda objeto de este contrato, así como los proporcionales a los elementos comunes que le correspondan.*

*También serán de cuenta de la parte compradora los gastos y tributos devengados desde la puesta a disposición de la vivienda si la entrega se demora por causa que le sea imputable.*

*DÉCIMA.—TRIBUTOS Y OTROS GASTOS*

*Son de cuenta de la parte vendedora:*

- *Los gastos de la declaración de Obra Nueva y División en Propiedad Horizontal del Edificio, incluso su escrituración e inscripción registral.*

- *Los gastos correspondientes a la constitución y división de la hipoteca que garantiza el préstamo, así como los de cancelación en el caso de que no se produzca la subrogación por la parte compradora en dicho préstamo y ello sin perjuicio de lo previsto en la condición general cuarta, número 4.3.1.*

- *El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal).*

*Son de cuenta de la parte compradora:*

- *Producida la subrogación en el préstamo hipotecario, los gastos de cancelación de la hipoteca.*

- *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad documentos notariales, que grava el contrato de compraventa y, en su caso, la subrogación en el préstamo hipotecario.*

*Todos los demás tributos y gastos que se originen por los actos, negocios jurídicos y escrituras derivadas del presente contrato, serán de cuenta de la parte a la que legalmente le correspondan.*

*UNDÉCIMA.—SUBSANACIÓN DE DEFECTOS*

*Efectuada la entrega o con anterioridad a la misma, y una vez terminada la vivienda, el vendedor podrá solicitar al comprador que, en un plazo no inferior a quince días, manifieste por escrito las posibles deficiencias observadas, para facilitar su pronta reparación, sin que ello suponga merma alguna de los derechos que al comprador le otorgue la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación* (38) *y cualquier otra norma que resulte de aplicación.*

*DUODÉCIMA.—FUERO*

*Las partes acuerdan someter cuantas divergencias pudieran surgir por motivo de la interpretación y cumplimiento de este contrato, a la jurisdicción de*

(38) La referencia a los derechos reconocidos en la Ley de Ordenación de la Edificación se incorporará a las condiciones generales de las promociones a las que dicha norma les sea de aplicación.

*los Jueces y Tribunales del ..... (domicilio del comprador, lugar de cumplimiento de la obligación, lugar en que se encuentra el inmueble).*

*Ambas partes firman el presente documento que se extiende por ....., en ..... a ..... de ..... de .....*

*LA PARTE COMPRADORA* *LA PARTE VENDEDORA»*

D) ESTIPULACIONES ESPECIALES EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

*«ESTIPULACIONES ESPECIALES EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL (V.P.O.)*

*La vivienda ha sido calificada provisionalmente por la Comunidad Autónoma de ..... como de protección oficial en régimen general/régimen especial, mediante expediente n.º .....*

*El comprador declara conocer los beneficios y obligaciones inherentes a dicho régimen, establecidos por las disposiciones generales sobre este tipo de viviendas y, en concreto:*

*1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, se hace constar que la vivienda está sujeta a las prohibiciones y limitaciones derivadas del régimen de las Viviendas de Protección Oficial y, por consiguiente, que las condiciones de utilización serán las señaladas en la calificación definitiva y que los precios de venta no podrán exceder de los límites legalmente autorizados. El adquirente se compromete a mantener la vivienda en buen estado de conservación, policía e higiene y a no utilizar, simultáneamente, por cualquier título, ninguna otra vivienda construida con protección oficial, bien sea como propietario, inquilino o usuario.*

*2. De conformidad con la Orden de 26 de enero de 1979:*

— *El vendedor se obliga elevar a escritura pública el presente contrato y a entregar las llaves de la vivienda en el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de la calificación definitiva de la misma o desde la fecha del contrato, si fuera posterior, salvo que dicho plazo sea prorrogado por la Comunidad Autónoma.*

— *El vendedor se obliga a poner a disposición del adquirente un ejemplar del contrato debidamente visado por la Comunidad Autónoma.*

— *El adquirente se obliga a ocupar la vivienda en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrega de llaves, salvo que medie justa causa.*

— *Los gastos concernientes a la declaración de obra nueva y división horizontal, así como los correspondientes a la constitución y división del crédito hipotecario, serán en todo caso de cuenta de la parte vendedora.*

— *La compradora podrá instar la resolución del presente contrato, en el caso de que se denegare la Calificación Definitiva o las obras no se terminasen dentro del plazo fijado o prórrogas reglamentarias concedidas, o si no se obtuviese un préstamo cualificado.*

*3. También se deja constancia de que la parte vendedora ha obtenido de la Comunidad Autónoma la autorización necesaria para poder percibir de la parte compradora, durante el período de construcción, cantidades a cuenta del precio total pactado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio.*

*4. La parte compradora solicita a la parte vendedora que gestione la obtención/subrogación de un préstamo hipotecario, con la garantía hipotecaria de la vivienda objeto de este contrato, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, o norma que lo sustituya. El tipo de interés del préstamo será el previsto en dichas disposiciones.*

*5. La parte compradora queda informada de su derecho a solicitar un préstamo directo, según lo dispuesto en el Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, o norma que lo sustituya.*

*6. Las posibles ayudas a obtener por el comprador serán asimismo las fijadas en las citadas normas.*

*7. La parte compradora manifiesta bajo su responsabilidad que integran la unidad familiar ..... personas, según las normas del IRPF.*

*En todo caso, declara que sus ingresos familiares ponderados superan el ..... % del precio de la vivienda.*

*8. Conforme a lo establecido en el Real Decreto 2569/1986, de 5 de diciembre, se hace constar expresamente que:*

— *El adquirente de la vivienda declara que tiene su residencia habitual y permanente en la misma localidad en la que está situada la vivienda objeto de la presente compraventa, lo que acredita con la certificación municipal correspondiente que se anexa al presente contrato y se compromete a dedicar la vivienda a su domicilio habitual y permanente y a ocuparla en el plazo de tres meses desde la entrega* (39).

— *No dedicar la vivienda a domicilio habitual y permanente, manteniéndola habitualmente desocupada o dedicarla a segunda residencia o a otros usos no autorizados implicará necesariamente, de conformidad con lo establecido en los artículos 8 del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, y 56 y 57 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, además de las sanciones pecuniarias que puedan corresponder a la infracción muy grave cometida, la descalificación de la vivienda con carácter de sanción. Esta descalificación obligará al reintegro de los beneficios económicos percibidos y al ingreso de las exenciones y bonificaciones tributarias disfrutadas, con los incrementos de los intereses legales. Además, el propietario no podrá concertar ventas o arrendamientos a precios superiores a los reglamentariamente aplicables ni minorar las condiciones de los servicios prestados, durante el plazo de cinco años desde la descalificación.*

*9.* (40) *De conformidad con el artículo 12 del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, el adquirente no podrá transmitir intervivos ni ceder el uso de la vivienda por ningún título, durante el plazo de cinco años desde la formalización del préstamo cualificado. Podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer mediante autorización de la Comunidad Autónoma, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas de la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción. Una vez transcurridos cinco años desde la formalización del préstamo, la transmisión intervivos o la cesión del uso de la vivienda por cualquier título*

---

(39) De no reunir la condición de residente en la localidad, se expondrán en el contrato los motivos familiares, de trabajo, de retorno o antigua residencia o domicilio de origen, etc., que motiven la contratación, y se estipulará expresamente que su titular se compromete a establecer en la vivienda su domicilio habitual y permanente, acreditando su residencia en el plazo de tres meses desde la entrega de la vivienda mediante el correspondiente certificado municipal ante el órgano competente para el visado del contrato.

(40) La redacción de la cláusula 9 se incorporará sólo en el caso de VPO calificadas definitivamente antes del 11 de febrero de 2001 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto 115/2001, de 9 de febrero). En el caso de VPO calificadas definitivamente después del 10 de febrero de 2001 (fecha de publicación del Real Decreto 115/2001, de 9 de febrero), se establecerá la redacción de la cláusula 9.bis.

*supondrá la interrupción de la subsidiación y la entidad concedente podrá determinar la resolución del préstamo hipotecario.*

*En el caso de segundas o posteriores transmisiones de la vivienda, el precio máximo total de venta no podrá superar el establecido en el artículo 16 del citado Real Decreto para las viviendas calificadas en el mismo año en que se produzca la transmisión y en la misma localidad o circunscripción territorial. Este sistema de precios máximos de venta será de aplicación mientras dure el régimen legal de protección.*

*Las citadas limitaciones se harán constar expresamente en la escritura de compraventa a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se hará constar la prohibición de disponer por medio de nota marginal.*

*9.bis. De acuerdo con el artículo 12 del Real Decreto 1186/1998, de 12 de junio, en su redacción dada por el Real Decreto 115/2001, de 9 de febrero, el adquirente no podrá transmitir intervivos ni ceder el uso por ningún título de la vivienda para la que hubiera obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de* diez años *desde la formalización del préstamo. Podrá dejarse sin efecto esta prohibición de disponer, por subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda o por otros motivos justificados mediante autorización de la Comunidad Autónoma, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas económicas directas recibidas de la Administración o Administraciones concedentes en cada caso, incrementadas con los intereses legales desde el momento de la percepción.*

*La vivienda no podrá ser objeto de* descalificación voluntaria *a petición del propietario hasta transcurridos* quince años *contados desde la calificación definitiva de la misma.*

*En el caso de segundas o posteriores transmisiones de la vivienda, el precio máximo total de venta no podrá superar el establecido en el artículo 16 del citado Real Decreto para las viviendas calificadas en el mismo año en que se produzca la transmisión y en la misma localidad o circunscripción territorial. Este sistema de precios máximos de venta será de aplicación mientras dure el régimen legal de protección.*

*La prohibición de disponer y las limitaciones citadas se harán constar expresamente en la escritura de compraventa, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se hará constar la prohibición de disponer por medio de nota marginal.*

*Ambas partes, en prueba de conformidad con cuanto antecede, firman el presente documento que se extiende por ..... (identificar el número de ejemplares) y a un solo efecto, en el lugar y fecha que lo encabeza y del que se entregará al comprador un ejemplar debidamente visado.*

*LA PARTE COMPRADORA* *LA PARTE VENDEDORA»*

Y, sin más asuntos que tratar, se levanta la sesión a las 12 horas, 30 minutos, no sin antes acordar la notificación del presente acuerdo al Grupo de Trabajo de Normativa y su ulterior elevación para consideración y, en su caso, adopción por la Comisión de Cooperación de Consumo.

LA SECRETARIA DE LA COMISIÓN Vto. B.º EL PRESIDENTE

*RESUMEN*

*CLÁUSULAS ABUSIVAS*

*Este trabajo aborda el estudio de las condiciones generales abusivas en la contratación inmobiliaria, así como las vías para combatirlas. Nuestro Ordenamiento Jurídico ofrece varios remedios contra ellas, como son las acciones colectivas y por supuesto las acciones generales individuales de nulidad contractual. Pero también ofrece la colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad en el control de la legalidad inmobiliaria. Otro fundamental instrumento es la Comisión Asesora en materia de control de cláusulas abusivas impulsada por el Instituto Nacional de Consumo y que llevó a la aprobación de un modelo orientativo de contrato de compraventa de vivienda sin cláusulas abusivas, que se incorpora como anexo.*

*ABSTRACT*

*ABUSIVE CLAUSES*

*This paper conducts a study of abusive general conditions in real estate contracts and the channels for combating such conditions. Our legislation offers a number of types of redress, such as collective action and of course individual general action for contract nullity. But it also offers cooperation between notaries and property registrars in supervising the legality of real-estate transactions. Another fundamental instrument is the Advisory Committee on the supervision of abusive clauses, promoted by the National Consumer Institute, which led to the approval of an orientative standard housing-purchase contract that is free of abusive clauses, and is incorporated as an appendix to this paper.*

*(Trabajo recibido el 11-1-07 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# Obligaciones convertibles y exclusión del derecho de suscripción preferente (1)

por

JUAN LUIS IGLESIAS y CÁNDIDO PAZ-ARES
*Catedráticos de Derecho Mercantil*
*Universidad Autónoma de Madrid*

*SUMARIO*

I. INTRODUCCIÓN.

II. ADMISIBILIDAD DE LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE:

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA TESIS NEGATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA.
2. EL PUNTO DE VISTA INTERNO: LA IMPROCEDENCIA DE LA TESIS NEGATIVA CON ARREGLO A LOS CRITERIOS HERMENÉUTICOS PROPIOS DE NUESTRO ORDENAMIENTO.
3. EL PUNTO DE VISTA EXTERNO: LAS EXIGENCIAS IMPUESTAS POR LA DENOMINADA «INTERPRETACIÓN CONFORME» AL DERECHO COMUNITARIO Y ALGUNA INCONSISTENCIA ADICIONAL DE LA COMISIÓN EUROPEA.
4. *EXCURSUS:* LA SUPUESTA INCOMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 159 CON LA SEGUNDA DIRECTIVA.

III. DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE EMITIR OBLIGACIONES CONVERTIBLES Y DE EXCLUIR EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE:

1. ADMISIBILIDAD DE LA DELEGACIÓN POR LA JUNTA GENERAL DE LA FACULTAD DE EMISIÓN.
2. ADMISIBILIDAD DE LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE EXCLUIR EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE.
3. LÍMITES DEL ACUERDO DE DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE EMITIR CON EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE.

(1) Escrito para *Actualidad Jurídica UM* (núm. extraordinario 2006), con la adición de tres notas.

IV. NECESIDAD DE JUSTIFICAR LA EXCLUSIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL INTERÉS SOCIAL:

1. ESTRUCTURA DEL JUICIO DE INTERÉS SOCIAL: LA PONDERACIÓN DE INTERESES.
2. LA COLOCACIÓN EN MERCADOS INTERNACIONALES.
3. LA COLOCACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE «BOOKBUILDING».

V. INTERVENCIÓN DEL SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS:

1. CONSIDERACIÓN PREVIA: ¿TIENEN REALMENTE DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE LOS TITULARES DE EMISIONES CONVERTIBLES ANTERIORES?
2. ¿ES NECESARIO EL *PLACET* DEL SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS?
3. LOS MECANISMOS ADECUADOS DE PROTECCIÓN DE LOS OBLIGACIONISTAS: REMISIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas cuestiones que suscita el estudio de las obligaciones convertibles, reviste particular interés la relativa a la exclusión del derecho de suscripción preferente. Sin duda alguna, es la propia admisibilidad de la figura la que reclama un análisis prioritario, pues de concluirse que en nuestro Derecho vigente no es posible aquella exclusión, la perspectiva disponible para el investigador quedaría prácticamente reducida a consideraciones de *lege ferenda* (vid. *infra* II). Ahora bien, si este análisis condujera, como inicialmente parece, al resultado de que ningún obstáculo insalvable se opone a ella, el estudio debería prolongarse para abordar algunos aspectos concretos de su régimen jurídico bajo la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, la «LSA»). Los de mayor relevancia se refieren a la posibilidad de delegar en los administradores la facultad de emitir obligaciones convertibles con exclusión del derecho de suscripción preferente (vid. *infra* III); a la determinación de los criterios con arreglo a los cuales puede considerarse justificada la exclusión desde el punto de vista del interés social (vid. *infra* IV); y, en fin, a la necesidad o no de disponer de la aprobación del sindicato de obligacionistas para la válida adopción del acuerdo de exclusión (vid. *infra* V).

## II. ADMISIBILIDAD DE LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

### 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA TESIS NEGATIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA

La cuestión de la admisibilidad de la exclusión del derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles se suscita a la vista de lo dispuesto en el artículo 293.3 de la LSA («*Al derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles resultará de aplicación lo dispuesto*

*en el art. 158 de esta Ley»*). La circunstancia de que la remisión contenida en dicho precepto mencione sólo el artículo 158 y guarde silencio sobre el artículo 159 siguiente (que es precisamente el que regula la exclusión del derecho y las condiciones bajo las que puede ser acordada en los aumentos de capital) ha generado más que algunas dudas. De hecho, un sector de nuestra doctrina ha estimado, a partir de una interpretación preferentemente literalista, que el silencio sobre el artículo 159 es un silencio elocuente y que, por tanto, no sería posible suprimir el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles (2). La cuestión se ha planteado en términos muy similares en el ordenamiento italiano, cuya legislación —al igual que la nuestra— sólo contempla de manera expresa la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente en caso de emisión de nuevas acciones, omitiendo cualquier referencia a esa posibilidad en los supuestos de emisión de obligaciones convertibles. El artículo 2.441 del *Codice Civile* sólo alude, en efecto, a la supresión del derecho de suscripción preferente en el seno de un acuerdo de aumento de capital (3). Y esta circunstancia ha inducido igualmente a algunos autores italianos a juzgar, con base únicamente en ese argumento literal, que no es factible excluir el derecho de preferencia en las emisiones de obligaciones convertibles (4).

La interpretación expuesta es también la que está en la base del «Dictamen Motivado dirigido a España con arreglo al artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea, debido a la infracción de los artículos 29 y 42 de la Directiva 77/91/CEE del Consejo», emitido por la Comisión de las Comunidades Europeas con fecha 22 de diciembre de 2004 (en adelante, el «Dictamen Motivado»), que ha precedido a la demanda interpuesta recientemente —en agosto de 2006— por parte de dicha Comisión contra el Estado Español por incorrecta transposición de la citada Directiva 77/91/CEE (en lo sucesivo, la «Demanda»). El razonamiento de la Comisión, en lo que hace al problema

(2) Vid., en este sentido, VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3.ª ed., vol. I-2, Barcelona, 1991, pág. 800 (si bien, como luego tendremos ocasión de explicitar, este mismo autor ha mudado su criterio en publicaciones más recientes); también parece ser contraria a la exclusión del derecho la opinión de PRADA GONZÁLEZ, «Problemas que plantea la nueva regulación de las obligaciones convertibles», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* XXX-1 (1991), págs. 392-393, aunque su exposición no resulta suficientemente clara en este punto.

(3) He aquí el párrafo relevante del mencionado artículo 2.441: «*Quando l'interesse della società lo esige, il diritto di opzione può essere escluso o limitato con la deliberazione di aumento di capitale, approvata da tanti soci che rappresentino oltre la metà del capitale sociale, anche se la deliberazione è presa in assemblea di seconda o terza convocazione»*.

(4) Vid., en esta dirección, RIVOLTA, «Profili della nuova disciplina del diritto di opzione nelle società per azioni», en *Rivista di Diritto Civile,* 1975, I, págs. 542-543; más recientemente, ROSAPEPE, *L'esclusione del diritto di opzione degli azionisti*, Milano, 1988, págs. 125-126; CAVALLO BORGIA, «Le azioni e le obbligazioni», en *Le società* (dir. F. Galgano), Torino, 2002, págs. 235-236, etc.).

de la admisibilidad de la exclusión que ahora interesa, se articula en tres pasos muy simples: (i) en su apartado 1.3.*a),* el Dictamen Motivado señala que en el artículo 293 de la LSA, *«no hay ninguna indicación de que tal derecho preferente pueda ser limitado o suprimido»;* (ii) más tarde, en el apartado 1.3.*c),* afirma que ese silencio equivale a «*prohib[ir] la supresión de los derechos preferentes de los accionistas para las obligaciones convertibles*»; y con base en todo ello, (iii) finalmente concluye que la ley española, en la medida en que prohíbe la supresión del derecho de suscripción preferente, *«es incompatible con el apartado 4 del artículo 29 en relación con el apartado 6 del mismo artículo de la Directiva 77/91/CEE»* (en adelante, la «Segunda Directiva»), que dispone la necesidad de que los Estados miembros reconozcan la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles.

## 2. El punto de vista interno: la improcedencia de la tesis negativa con arreglo a los criterios hermenéuticos propios de nuestro ordenamiento

El razonamiento expuesto en el apartado precedente y, singularmente, el planteamiento de la Comisión Europea, no pueden ser compartidos sin graves reservas. El hecho de que el artículo 293.3 de la LSA no mencione expresamente la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles en modo alguno autoriza las conclusiones que extrae la Comisión. En efecto y como comprobaremos enseguida, ni el silencio equivale a una prohibición de la exclusión del derecho, ni la normativa española es, correctamente interpretada, incompatible con la Segunda Directiva.

Las razones de fondo que conducen a descartar la tesis negativa de la Comisión y que, al propio tiempo, justifican la solución alternativa (es decir, la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente en las emisiones de títulos convertibles) se hacen evidentes si tenemos en cuenta tres factores de relieve en el proceso interpretativo, a saber: *a)* la escasa relevancia del argumento literal, máxime cuando éste se funda en una omisión; *b)* la prioridad de los criterios hermenéuticos sistemático y teleológico sobre los que se funda la jurisprudencia de valoraciones; y *c)* la abrumadora uniformidad de criterio de nuestra experiencia jurídica. A estas razones internas habrá que agregar las externas, derivadas del principio de primacía del Derecho Comunitario y del postulado de la llamada «interpretación conforme» que le es inherente, de las que nos ocupamos en un apartado separado (vid. *infra* 3):

*a)* En primer término, para desarrollar nuestro razonamiento hemos de llamar la atención, como decimos, sobre *el escaso valor interpretativo del*

*argumento literal* derivado del artículo 293.3 de la LSA. Es cierto que este precepto sólo se remite de modo expreso al artículo 158 y que, por consiguiente, no explicitándolo en la remisión, deja fuera de ella al artículo 159, en el que se autoriza y regula la supresión del derecho de suscripción preferente. Se trata, sin embargo, de una circunstancia a la que, a nuestro juicio, no puede atribuirse mayor relieve. Si leemos el referido artículo 293.3 sin prejuicios (recuérdese su tenor: «*Al derecho de suscripción preferente de obligaciones convertibles resultará de aplicación lo dispuesto en el artículo 158 de esta Ley*»), no será difícil advertir, en efecto, que el propósito de la norma no ha sido tanto el de excluir de la remisión una parte de la disciplina general del derecho de suscripción (la relativa a la exclusión contemplada en el art. 159), como el de remitirse a esa disciplina general por medio del precepto de cabecera, el artículo 158, donde se recoge la parte más significativa de la disciplina.

Este modo de proceder del legislador no debe resultar sorprendente. En nuestro ordenamiento abundan las remisiones que toman la parte por el todo («remisiones metonímicas») y nunca han ofrecido especiales dudas al intérprete que ha querido fijar su verdadero alcance (5). Para constatarlo será suficiente recordar algunos ejemplos señeros y paradigmáticos extraídos del Código Civil. Uno nos lo proporciona el artículo 1.968, en el que se dispone que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil *«de que se trata en el artículo 1.902»* será de un año. Pues bien, no obstante este modo de expresarse el legislador, nadie ha puesto jamás en tela de juicio que los demás supuestos de responsabilidad civil —de los que tratan los siguientes arts. 1.903, 1.905, 1.906 del Código Civil, etc.— se sujetan a la misma norma. El propio Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestar reiteradamente que las acciones de responsabilidad previstas en los artículos 1.903 y 1.905 del Código Civil, y en otros no mencionados por el artículo 1.968, no se sujetan al plazo general de quince años, sino al especial de un año que proclama este último precepto (6). Otro tanto sucede con el artículo 972 del Código Civil, cuya remisión únicamente comprende al 823 del propio cuerpo legal. También en este caso, la doctrina —como no podía ser de otro modo— ha estimado que dentro de la remisión no sólo debe incluirse el mencionado artículo 823, sino todos los que le siguen dedicados a la regulación de las mejoras (7). Tampoco deja margen para la duda, en fin, la interpretación que

(5) Esta circunstancia ha sido oportunamente recordada por ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica,* Madrid, 1995, pág. 118.

(6) Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1909, 23 de febrero de 1956 y 11 de febrero de 1977, entre otras.

(7) Vid., por todos, VALLET DE GOYTISOLO en PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, pág. 2308.

merece el artículo 1.568 del Código Civil que, como es sabido, contempla el incumplimiento del contrato de arrendamiento y, a la hora de señalar sus consecuencias, se remite únicamente a los artículos 1.101 y 1.124 del propio Código. Es obvio, no obstante, que en la remisión han de considerarse igualmente comprendidos los demás preceptos generales sobre el incumplimiento que se hallan situados después del artículo 1.101 y, naturalmente, nadie ha dudado del correcto alcance que ha de darse a aquella incompleta remisión.

Por supuesto, podríamos referirnos a otros muchos ejemplos que nos brinda nuestro ordenamiento; pero no parece que sea preciso insistir en su consideración para advertir que, salvo excepciones en que el propósito del legislador es más evidente, el carácter limitado de esas remisiones no responde a una deliberada voluntad legislativa (que obligaría a interpretar la omisión como una *regulación negativa*), sino a un olvido o inadvertencia del legislador (que invitan a considerarla como una *laguna normativa* propiamente tal). Y es que, como decía HART: «las leyes las hacen hombres y no dioses». Por tanto, el silencio no siempre es calculado, no siempre es elocuente (8).

*b)* No existiendo obstáculos insalvables en la literalidad (tal vez habría que decir en la «no literalidad» o silencio) del artículo 293.3 de la LSA, resulta obligado dar un paso más en el razonamiento para ensayar *la interpretación finalista de la norma*, que es donde encuentra el más firme apoyo la tesis de la admisibilidad de la supresión del derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles. No podría ser de otro modo, si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento —y por inequívoco mandato del art. 3.1 del Código Civil, que ordena interpretar las normas «atendiendo *fundamentalmente* al espíritu y finalidad de aquéllas»— no cabe albergar dudas o reservas sobre la prioridad interpretativa del criterio teleológico. Ha de entenderse, por ello, que la letra de la norma remitente (art. 293 de la LSA) y de la norma no remitida (art. 159 de la LSA) no necesitan ser

(8) Por lo demás, este fenómeno ni siquiera es privativo de nuestro ordenamiento, pues incluso el legislador más cuidadoso incurre inevitablemente en este tipo de omisiones. En este sentido, el Derecho alemán nos proporciona un ejemplo muy similar al que comentamos, y precisamente con motivo de la regulación de las obligaciones convertibles. En efecto, el § 221 IV de la *Aktiengesetz* establece que los accionistas tienen derecho de suscripción preferente en las emisiones de nuevas obligaciones convertibles y a continuación dispone que le será de aplicación lo dispuesto en el § 186, que regula la exclusión del derecho de suscripción preferente. La remisión no incluye, sin embargo, ningún otro precepto. Pues bien, la doctrina alemana ha discutido en alguna ocasión si el siguiente § 187 (que completa la protección de los titulares del derecho de suscripción preferente) debía dejarse fuera de la remisión y, por tanto, no aplicarse a causa del silencio del § 221. Por supuesto, la respuesta más generalizada ha sido resueltamente negativa, entendiendo la doctrina que, dada su finalidad, la norma del mencionado § 187 no puede dejar de aplicarse (vid., por todos, LUTTER en *Kölner Kommentar*, cit., V, § 221, 111, pág. 554 e *ibi* más indicaciones).

interpretadas, para emplear una conocida expresión, «tan estrictamente como sea posible». Y bajo esta perspectiva es preciso indagar la *ratio* de la excepción consignada en el tan repetido artículo 159 de la LSA y determinar si reclama una interpretación extensiva o, incluso, una integración analógica, como conjeturamos.

A nuestro juicio, la cuestión no ofrece dudas. Conviene recordar, en este sentido, que tanto los aumentos de capital onerosos como las emisiones de obligaciones convertibles —estas últimas en cuanto instrumentos indirectos para la emisión de nuevas acciones— pueden incidir negativamente sobre la posición de los accionistas y de los titulares de obligaciones convertibles, incluso aunque la emisión se efectúe con una prima o sobreprecio que evite la dilución del valor económico de las acciones ofrecidas en conversión. En efecto, el significado administrativo de la futura participación social sufre o puede sufrir en ambos casos considerables menoscabos. El riesgo, sin embargo, es mayor o, si se quiere, más intenso en el supuesto de emisión de nuevas acciones que en el supuesto de emisión de nuevas obligaciones convertibles: en el primer caso se trata de un riesgo real; en el segundo, de un riesgo meramente potencial, cuya magnitud depende del grado de conversión. Pues bien, si en el primer caso el artículo 159 permite sacrificar, en atención al interés social, el derecho individual de suscripción preferente de los accionistas y antiguos titulares de obligaciones convertibles, resulta a todas luces injustificado que no pueda hacerse lo propio en el segundo caso, en el que el interés tutelado es más débil. Carecería de sentido ofrecer una mayor protección —por la vía de la imposibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente— en caso de emisión de obligaciones convertibles que cuando se trate de la emisión de nuevas acciones. Por ello, y sobre la base de la incontestable fuerza del argumento *maior ad minus*, ha de estimarse que quien puede lo más —excluir el derecho en los casos en que la medida es más gravosa para el titular del derecho— ha de poder lo menos, que es excluir el derecho cuando el sacrificio es menor (9).

---

(9) Este es un punto sobre el que suele llamar la atención la doctrina. Son elocuentes, por ejemplo, los siguientes fragmentos: *«teniendo en cuenta la ratio del derecho de suscripción [...], quien puede lo más (suprimir el derecho de suscripción de los actuales accionistas) ha de poder lo menos (suprimir el derecho de eventuales y futuros accionistas»* (ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente,* cit., pág. 118). *«Es más, tratándose en este último caso* [emisión de obligaciones convertibles] *de una operación que presenta menos peligros para accionistas y titulares de obligaciones convertibles que el aumento directo de capital, por la posibilidad de que no se acuda a la conversión, las razones que podrían promover un reconocimiento a ultranza del derecho de suscripción son evidentemente más débiles que en relación con las acciones, respecto a las que sin embargo se admite expresamente la exclusión»* (VELASCO SAN PEDRO, «El derecho de suscripción preferente», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas* [coord.: ALONSO UREBA y otros], III-1, Madrid, 1994, págs. 553-554).

Este modo de argumentar ha de conducir a la afirmación de que la exclusión del derecho de suscripción preferente tiene que ser posible también en el supuesto de emisión de obligaciones convertibles no previsto por el artículo 159 de la LSA. En efecto, la protección del interés social, que es la *ratio* justificadora de la excepción a la regla general, exige que igualmente pueda excluirse el derecho en la hipótesis que nos ocupa, y aún con mayor razón. De lo contrario, se incurriría en una contradicción valorativa que un ordenamiento como el nuestro, basado en el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución), no puede tolerar (10). Y siendo ello así, habrá de entenderse que la norma del referido artículo 159 es aplicable por extensión a los casos de emisión de obligaciones convertibles, pues así lo reclama la *eadem ratio* —o mejor dicho, la *maiore ratio*— que media entre el supuesto contemplado por el precepto y el supuesto omitido en él (vid. art. 4.1 del Código Civil).

El razonamiento anterior no puede ser neutralizado aduciendo que la regla contenida en el artículo 159 de la LSA constituye una norma excepcional y que, por tanto, está sujeta a interpretación restrictiva y no es susceptible de extensión analógica (11). El artículo 4.2 del Código Civil dispone, ciertamente, que «*las leyes [...] excepcionales [...] no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*». El problema estriba, sin embargo, en la calificación del artículo 159, que en modo alguno cabe reputar «norma excepcional» en el sentido genuino del término. Para apercibirnos de ello bastarán dos breves observaciones. La primera indica algo obvio, y es que la posibilidad de exclusión no es expresión de un privilegio que contradice los principios del sistema, sino un elemento constitutivo y connatural al propio derecho de suscripción preferente, que no está concebido en términos absolutos sino sometido a una precisa delimitación legal, en la que desempeña un papel sustancial la facultad de exclusión por razones de interés social. Justamente por ello, el artículo 48.2.*b)* de la LSA, al enumerar los derechos del accionista, hace referencia al derecho de suscripción preferente *«en los términos establecidos en esta Ley, y salvo en los casos en ella previstos»* (12). La segunda observación nos lleva a evocar

(10) Vid. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz,* 2.ª ed., München, 1982, traducción portuguesa, Lisboa, 1989, págs. 149 y sigs.

(11) La opinión de que el artículo 159 de la LSA debe interpretarse de manera restrictiva se emite con cierta frecuencia, aunque generalmente formulada en términos muy vagos (vid., por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de enero de 2003).

(12) A este respecto resulta particularmente elocuente la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 14 de enero de 2004 *(AC* 2004/437), donde leemos: *«Desde este punto de vista entendemos que el artículo 158 como el artículo 159 son, en cierta manera, inseparables en cuanto los dos preceptos —los dos— regulan el contenido del derecho de suscripción preferente, de manera que el primero lo define desde la perspectiva positiva (derecho) y el segundo desde la visión negativa, esto es, desde las excepciones; lo que, bien mirado, es la forma ordinaria de la que se sirve el legislador para*

el origen comunitario de la norma (en el que la exclusión está prevista tanto para la emisión de acciones como para la emisión de obligaciones convertibles) y el propio derecho comparado de nuestro entorno europeo, en donde observamos que la generalidad de los ordenamientos han previsto la misma solución —la posibilidad de exclusión— tanto en la emisión de acciones como en la emisión de títulos convertibles (13). El corolario es claro: difícilmente puede afirmarse que el artículo 159 es *ius singulare* de la emisión de acciones cuando en los sistemas europeos se declara aplicable también a la emisión de obligaciones convertibles (14).

*c)* Finalmente, para cerrar el argumento en el ámbito doméstico, es oportuno recordar que el punto de vista que defendemos se halla asimismo avalado por *nuestra experiencia jurídica e institucional en su sentido más amplio,* en la que la figura de la exclusión del derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles está plenamente homologada. En el plano doctrinal la cuestión no ofrece dudas. La admisibilidad de la exclusión del derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles es el criterio apuntado ya con ocasión del estudio del Anteproyecto de Ley en 1987 (15) y absolutamente generalizado a partir de la entrada en vigor en 1989 de la nueva Ley (16). De este modo, hemos recorrido en

---

*regular cualquier institución jurídica, sin que sea menester abundar en lo evidente. Esta postura, basada en la interpretación racional, es también avalada por la mayoría de la doctrina mercantilista»*. Y, efectivamente, así es. Los tratadistas se expresan todos en términos muy similares. Sirvan como botón de muestra estas palabras de LOJENDIO OSBORNE: «La Ley vigente, al reconocer el derecho de suscripción preferente, no lo hace en términos absolutos. Abandona una concepción rigurosa que, de mantenerla, llevaría a términos absurdos, y ofrece una formulación del derecho en el artículo 48.2, ya conocida —"en los términos establecidos en esta Ley y salvo en los casos en ella previstos"— que se corresponde con los límites que después se establecen» [«La acción. Los derechos del socio», en AA.VV., *Derecho Mercantil* (coord.: JIMÉNEZ SÁNCHEZ), 6.ª ed., Barcelona, 2000, pág. 254; en el mismo sentido, FLAQUER RIUTORT, «La exclusión del derecho de suscripción preferente en la Sociedad Anónima», en AA.VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Profesor Sánchez Calero*, III, Madrid, 2002, pág. 2318; LARGO GIL, «La exclusión del derecho de suscripción preferente», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas* (coord.: ALONSO UREBA y otros), III. 1, cit., pág. 618; VELASCO SAN PEDRO, *El derecho de suscripción preferente,* cit., pág. 520].

(13) Vid., por ejemplo, artículo L. 228-91 del *Code de commerce* francés; artículo 367.2 del Código de Sociedades Comerciales portugués; § 221 (4) de la Ley de Sociedades Anónimas alemana, etc.

(14) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, «Comentario al artículo 4.º», en PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ y SALVADOR CODERCH (dirs.), *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, pág. 30.

(15) DE LA CUESTA RUTE, «El aumento y la reducción del capital social», en AA.VV., *La reforma de la Ley de Sociedades Anónimas* (dir.: ROJO FERNÁNDEZ-RÍO), Madrid, 1987, pág. 193.

(16) Vid., en la manualística, URIA, *Derecho Mercantil*, 28.ª ed., Madrid, 2002, pág. 459: «Naturalmente ese derecho [de suscripción preferente] queda sometido a cualquier eventual supresión total o parcial que pueda acordar la Junta General (art. 159)»;

España el itinerario que previamente se había andado en Italia, en donde —como hemos indicado— el problema interpretativo se plantea en términos muy similares (17). Igualmente claro se presenta el panorama de la práctica, donde observamos que las emisiones que han excluido el derecho de suscrip-

---

BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, 11.ª ed. (a cargo de MARTÍNEZ SANZ), I, Madrid, 2002, pág. 486: «Aunque no lo dice expresamente la Ley, al regular las obligaciones, ha de entenderse que también en este caso podrá excluirse el derecho de suscripción preferente, en la forma prevista por el artículo 159 de la Ley»; URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Sociedad Anónima: las obligaciones», en AA.VV., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª edic., 2006, pág. 1083: «sobre las obligaciones convertibles, emitidas por la sociedad, se reconoce un derecho de suscripción preferente a los antiguos accionistas (art. 293.1 LSA), aunque es claro que este derecho podría ser excluido al igual que en cualquier emisión de acciones de acuerdo con el régimen general del artículo 159»; SÁNCHEZ CALERO y SANCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, 29.ª edic., Madrid, 2006, pág. 742; especialmente significativa es, en fin, la opinión de VICENT CHULIÁ, quien ha variado su inicial oposición a la admisibilidad de la exclusión del derecho preferente en las emisiones de obligaciones convertibles (vid. obra citada *supra* nota 1): vid. su *Introducción al Derecho Mercantil*, 17.ª ed., Valencia, 2004, pág. 905: «Aunque el artículo 293 sólo remite al artículo 158, una interpretación sistemática y finalista de la Ley y de conformidad con la Segunda Directiva obliga a reconocer que este derecho *puede ser excluido* en aplicación del artículo 159 LSA». La literatura especializada, como no podía ser de otra forma, se orienta en la misma dirección: vid. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente,* cit., págs. 117-119; TAPIA HERMIDA, «Algunos problemas sobre la emisión de pagarés de empresa de obligaciones convertibles y de obligaciones hipotecarias», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 1993, págs. 1351 y sigs.; y «Las obligaciones convertibles en el Derecho español», en AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas* (coord.: ALONSO UREBA y otros), III.2, Madrid, 1994, pág. 1162 y sigs.; «Las obligaciones convertibles», en *Revista de Derecho de Sociedades,* 13 (1999), pág. 95; MADRID PARRA, «Las obligaciones», en *Derecho Mercantil* (coord.: JIMÉNEZ SÁNCHEZ), I, 6.ª edic., Barcelona 2002, pág. 532; TORRES ESCÁMEZ, *La emisión de obligaciones por sociedades anónimas,* Madrid, 1992, pág. 254; SANZ GARCÍA, «Emisiones de obligaciones convertibles: 1) Delegación en los administradores de las facultades de acordarlas o de completar los acuerdos. 2) Exclusión del derecho de suscripción preferente», en *Revista de Derecho de Sociedades,* 8 (1997), pág. 281 y sigs.; ALONSO LEDESMA, *La exclusión del derecho de suscripción preferente en sociedades anónimas*, Madrid, 1995, pág. 119 y sigs., etc.

(17) En efecto, la doctrina que prevalece en el país transalpino considera, y no precisamente desde ayer, que el derecho de suscripción preferente también puede suprimirse en la emisión de títulos convertibles: vid. CAMPOBASSO, «Le obbligazioni», en *Trattato delle società per azioni* (COLOMBO y PORTALE, eds.), V, Torino, 1988, pág. 459; CAVALLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1978, págs. 119-120; SANDULLI, «Le obbligazioni convertibili in azioni», en *La recente riforma della società per azioni*, Napoli, 1976, págs. 117-119; MODICA, «Profili della disciplina del diritto di opzione dei portatori di obbligazioni convertibili», en *Rivista delle società.* 1979, I, pág. 72; CASELLA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1983, pág. 201 y sigs.; GERACI, «L'azione attraverso l'obbligazione. Note sulle obbligazioni convertibili», en *Rivista delle società* 1990, I, pág. 818; DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1993, págs. 106-107; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1989, págs. 81 y sigs. y 110 y sigs., etc. Más recientemente y recogiendo la doctrina antecedente, vid., por todos., CAVALLO BORGIA, «Le azioni e le obbligazioni», en *Le società* (dir. F. GALGANO), Torino, 2002, págs. 235-236.

ción jamás han sido cuestionadas, so pretexto de la infracción del artículo 293.3 de la LSA por el Registro Mercantil, ni por la Comisión Nacional del Mercado de Valores ni por ninguna otra autoridad de control y supervisión. Tampoco los tribunales han puesto nunca en entredicho la práctica constante de la exclusión del derecho de suscripción en las emisiones de obligaciones convertibles. Todo lo contrario: han acabado dándole carta de naturaleza. No ha sido el Tribunal Supremo, que todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, sino algunos Tribunales de apelación, que han resuelto categóricamente en favor de la viabilidad de la exclusión. En particular, la Audiencia Provincial de Cantabria, en sus sentencias de 14 de enero y 5 de julio de 2004, ha entendido (en el primero de los casos, confirmando los argumentos esgrimidos por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santander en su sentencia de 9 de septiembre de 2002) que es posible excluir del derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles. Por su claridad, transcribimos a continuación un significativo pasaje de la sentencia de 5 de julio de 2004:

> *«...por más que aquel artículo 293 reconozca tal derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles en los términos del artículo 158 de la misma Ley, es claro que ese reconocimiento se refiere a ese derecho en bloque y en toda su configuración legal, incluida la posibilidad de su exclusión regulada en el artículo 159 de la misma, pues lo contrario supondría entender tal derecho con mayor amplitud, incluso, que en el caso de la ampliación de capital mediante emisión de nuevas acciones, lo que es contrario a toda lógica del sistema. No se trata, por tanto, de hacer aplicación del artículo 159 por analogía, sino que se entiende que éste forma parte de la regulación misma del derecho de suscripción preferente reconocido en el artículo 293, pues tal derecho no es desde luego absoluto sino de configuración legal (art. 48.1 y 2.b LSA)».*

Esta rara unanimidad de la teoría y de la práctica pone de relieve que en esta materia la seguridad jurídica —es decir, la previsibilidad y calculabilidad del derecho por los operadores— es plena. Más adelante veremos que esta constatación empírica reviste una gran importancia para neutralizar otra objeción que ha dirigido la Comisión Europea contra nuestro legislador societario (vid. *infra* 3.b).

### 3. El punto de vista externo: las exigencias impuestas por la denominada «interpretación conforme» y alguna inconsistencia adicional de la Comisión Europea

Siendo claramente válidas las razones expuestas hasta este momento, el argumento definitivo en favor de la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente en las emisiones de obligaciones convertibles lo pro-

porciona la Segunda Directiva, cuyo artículo 29 no deja margen para la duda. De la remisión contenida en el apartado 6 de dicho precepto («*Se aplicarán los apartados 1 a 5 en la emisión de todos los títulos convertibles en acciones o que se acompañen de un derecho de suscripción de acciones, pero no a la conversión de los títulos y al ejercicio del derecho de suscripción*»), resulta con claridad que ha de aplicarse a las emisiones de obligaciones convertibles lo dispuesto en el apartado cuarto, a cuyo tenor:

> «*El derecho preferente no podrá ser limitado ni suprimido por los estatutos o la escritura de constitución.* Sin embargo, sí podrá serlo por decisión de la Junta General. *El órgano de dirección o de administración deberá presentar a esta junta un informe escrito que indique las razones de limitar o suprimir el derecho preferente y que justifique el precio de emisión propuesto. La junta decidirá según las reglas de quórum y de mayoría fijadas en el artículo 40. Su decisión será objeto de publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE*».

*a)* De la lectura de esta norma —no modificada por la reciente Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre de 2006— se desprende con claridad que el legislador comunitario ha impuesto al legislador nacional la obligación de extender a las emisiones de obligaciones convertibles el régimen de exclusión del derecho de suscripción preferente previsto para el caso de emisión de nuevas acciones (18). Pues bien, siendo ello así, resulta fácil advertir que la mencionada norma comunitaria proporciona un firme apoyo a nuestra interpretación. Ese apoyo no se halla tanto en la «doctrina de la eficacia directa del Derecho comunitario», cuanto en la «doctrina de la interpretación conforme al Derecho comunitario» (19). No afirmamos, en efecto, que el artícu-

---

(18) Sobre este punto insiste con acierto la generalidad de la doctrina (vid., por ejemplo, J. García de Enterría, *Le obbligazioni convertibili*..., cit., págs. 82-83; Alfaro, *Interés social y derecho de suscripción preferente,* cit., pág. 118; Alonso Ledesma, *La exclusión del derecho de suscripción,* cit., pág. 121, etc.); también los tribunales españoles que se han ocupado de la exclusión del derecho de suscripción preferente (vid. sentencias del Juzgado de Primera Instancia, número 5, de Santander, de 9 de septiembre de 2002, y la de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 14 de enero de 2004, a las que ya nos hemos referido anteriormente). Lo mismo sucede en Italia, donde la cuestión se plantea —como sabemos— en términos semejantes: vid., entre tantos, Labanca, «Il diritto d'opzione nella disciplina comunitaria», en AA.VV., *La seconda direttiva CEE in materia societaria*, Milano, 1984, págs. 619 y sigs., esp. pág. 628.

(19) No obstante, ha de reconocerse que no es siempre fácil trazar la divisoria entre la eficacia directa y la interpretación conforme. El alcance reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la obligación de interpretación conforme que incumbe a los jueces nacionales es tal, que ha podido afirmarse lo siguiente: *«Dado que la obligación de interpretación conforme a una directiva no traspuesta ha de aplicarse a todas las disposiciones nacionales que se refieren a la materia jurídica cubierta por la directiva y no sólo a las específicamente adoptadas para su ejecución, dicha obligación lleva, en*

lo 29 de la Segunda Directiva sea directamente aplicable a nuestro caso (20), sino que la interpretación formulada en las páginas precedentes, alcanzada con arreglo a los criterios hermenéuticos propios del Derecho español, resulta refrendada por la obligación de interpretar nuestro ordenamiento interno de conformidad con el Derecho comunitario, que es cosa bien distinta. En concreto, esta obligación exige interpretar la remisión al artículo 158 contenida en el artículo 293.3 de la LSA como una remisión total a la disciplina del derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital, también comprensiva, por tanto, de la establecida en el artículo 159 en cuanto a la posibilidad de su supresión o exclusión. Cualquier otra interpretación, además de contradecir el espíritu y finalidad de la norma doméstica, se apartaría del Derecho Comunitario y, por ende, lesionaría el principio fundamental de «interpretación conforme», a tenor del cual —para decirlo con la célebre formulación del caso *Marleasing* (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990)—, *«al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible [...] para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y, de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado CEE»* (21).

---

*realidad, a las jurisdicciones nacionales, a dar efecto a la directiva en derecho interno en todo caso, cualquiera que sea la parte a la que se le opone*» (SHOCKWEILER, «Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers», en AA.VV., *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor don Manuel Díez de Velasco,* Madrid, 1993, págs. 1209 y sigs., en pág. 1220). Con lo cual se está, por cierto, muy cerca de la eficacia horizontal. Como señala VAN GERVEN, «*the duty of "construction" (or of "conform interpretation") clearly functions as a surrogate for vertical, and even more so, as a surrogate for horizontal direct effect*» («The horizontal effect of directive provisions revisited: The reality of catchwords», en AA.VV., *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Zoetermeer, 1994, vol. II, págs. 335 y sigs., en pág. 346; en parecido sentido, vid., en nuestra doctrina, D. RUIZ-JARABO, *El juez nacional como juez comunitario,* Madrid, 1993, que habla de *eficacia horizontal indirecta* de las Directivas debido al juego (y teniendo en cuenta su alcance) de la obligación de interpretación conforme al Derecho Comunitario.

(20) Sin perjuicio de las matizaciones anteriores, precisamos que la eficacia directa sólo se produce en las relaciones verticales (Estado-ciudadano), no en las horizontales (ciudadano-ciudadano): vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto *Fangen Hilos* de 5 de marzo de 1963; y, en época más reciente, en el asunto *Faccini Dori* de 14 de julio de 1994. Por lo demás, conviene recordar que esta doctrina ha sido ampliamente aceptada por nuestro Tribunal Supremo en una nutridísima serie de resoluciones (vid., entre otras, las sentencias de 23 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 12 de julio de 1996 ó 14 de septiembre de 1996).

(21) La doctrina sentada en el caso *Marleasing* ha sido reiterada en numerosas sentencias posteriores, en las que se insiste en que el juez nacional debe hacer todo lo posible para lograr la interpretación conforme del Derecho nacional a la luz del Derecho comunitario: «*the obligation must be carried "as far as possible*"» (vid., entre otras muchas, las sentencias de 1993 en el asunto *Wagner Miret* (consid. 20); de 1996 en el asunto *Acaro* 1996 (consid. 41); de 1997 en el asunto *Dorsch Consult* (consid. 43); de 1996 en el asunto

Por todo lo anterior, es particularmente objetable la tesis defendida por la Comisión Europea en el Dictamen Motivado y en la Demanda interpuesta contra el Estado español por violación de la Segunda Directiva, que se afana en sostener que la interpretación que defendemos es incompatible con el tenor literal del artículo 293.3 LSA y, por ende, que no tiene cabida en el ordenamiento español (vid. *supra* II.1). Ahora ya sabemos que la tesis de la Comisión sería contraria tanto a los criterios interpretativos del ordenamiento español (y en esta medida la Comisión no respetaría el «principio de autonomía institucional», que atribuye a cada Estado, no a la Comisión, la capacidad de decidir el modo más adecuado de transponer la directiva en su ordenamiento nacional) (22) como a los propios criterios derivados del Derecho Comunitario y, singularmente, al de «interpretación conforme» (y en esa medida la Comisión estaría faltando a un imperativo europeísta que, en cambio, los tribunales y la doctrina española siguen de manera fiel y constante). Pero ya se sabe: «en casa del herrero, cuchillo de palo».

*b)* Pero la Comisión seguramente es consciente de la debilidad de su tesis acerca de la incompatibilidad del artículo 293.3 con la Segunda Directiva, y por ello se siente en la necesidad de lanzar un segundo reproche contra el legislador español. Tanto en el Dictamen Motivado como en la Demanda viene a afirmar que, aun cuando debiera prevalecer la interpretación que hemos defendido en estas páginas, ello no significaría que el artículo 29.4 de la Segunda Directiva esté correctamente traspuesto en el ordenamiento español, pues una cosa es que en el proceso interpretativo del artículo 293.3 de la LSA pueda alcanzarse la conclusión correcta (con la ayuda asimismo del principio de «interpretación conforme») y otra muy distinta que la dicción del precepto no genere dudas e incertidumbres para los particulares, en cuyo caso se produce un quebranto de la seguridad jurídica que debe ser reparado. Así pues, la Comisión ensaya la vía de la «seguridad jurídica» subsidiariamente, para el caso de que la vía de la «infracción» no prospere. Y a tal efecto alega que las disposiciones de una directiva deben transponerse con la «*especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir con la exigencia de la seguridad jurídica*» y que dichos requisitos no se habrían satisfecho en la transposición por la Ley de Sociedades Anónimas del artículo 29.4 de la Segunda Directiva. Se olvida, sin embargo, de que la propia jurisprudencia comunitaria reconoce que esa garantía de seguridad no requiere necesariamente la transcripción expresa, sino que puede provenir de «*un contexto jurídico ge-*

---

*Euri-Pharm* (as. C-71 a 73/94, Rec. 1996, pág. I-3603); o de 1997 en el asunto *Phyteron International* (as. C-352/95, Rec. 1997, pág. I-1729, consid. 18), y ello con independencia de que las normas nacionales, objeto de examen, se hayan promulgado antes de la Directiva o no se hayan establecido con la intención de transponerla, como sustancialmente ocurre en nuestro caso (sentencia en el asunto *Wagner Miret*, ya citada [consid. 20]).

(22) Vid. artículo 249.3 del Tratado de la Unión Europea.

*neral que asegure efectivamente la plena aplicación de la directiva de un modo suficientemente claro y preciso»* (23). El test de seguridad jurídica que aplica el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se supera, en efecto, «*si los destinatarios de los derechos recogidos en la directiva pueden conocer sus derechos y hacerlos valer ante los tribunales»* (24). Y esto es justamente lo que ocurre en nuestro caso, en el que —según hemos comprobado— la doctrina unánime y la jurisprudencia uniforme consideran que el derecho de suscripción preferente puede excluirse en las emisiones convertibles a la luz del artículo 293.3 correctamente interpretado (vid. *supra* 2.*c)*. Se demuestra así que no existen dudas interpretativas relevantes en relación al artículo 293.3 de la LSA, ni incoherencias en su aplicación por los tribunales, lo que a su vez acredita que no se produce tampoco un supuesto de «inseguridad» que deba ser corregido (25). Y de este modo, la Demanda de la Comisión muestra su debilidad también por este flanco.

*c)* La última reflexión que procede hacer en este contexto se refiere a la cuestión de las salvaguardias previstas por la Segunda Directiva para la protección del derecho de suscripción preferente. El Dictamen Motivado, en su apartado 1.3.*d),* afirma que *«se tiene noticia de que en algunas sociedades españolas tal derecho preferente de los accionistas ha sido suprimido por la Junta General»*, y añade que la ausencia de una previsión expresa sobre la exclusión del derecho genera un riesgo de que los accionistas se vean «*privados de todas las salvaguardas dispuestas por la Directiva contra la supresión de derechos preferentes»* e incluso de «*las dispuestas en otros casos de supresión por la legislación española con motivo de ampliaciones de capital»*. Una vez más, hemos de mostrar nuestro radical desacuerdo con las conclusiones de la Comisión. Desde el momento en que la admisibilidad de la exclusión del derecho de suscripción preferente se funda en la aplicación —directa o analógica— a las emisiones de obligaciones convertibles del artículo 159 de la LSA, queda asegurada la debida protección, pues como es obvio la exclusión deberá efectuarse con sujeción a los requisitos de protección previstos en este precepto para la exclusión en los aumentos de capital, que es justamente lo que dispone la Directiva (vid. *infra* IV). Y desde esta perspectiva se comprende con facilidad que los temores expresados por la

(23) Vid. sentencia del TJCE, de 9 de abril de 1987, en el asunto 363/85 y BOULOUIS/DARMON, *Contentieux Communautaire,* 1997, pág. 268.

(24) Para decirlo con la fórmula canónica del TJCE (vid., en la jurisprudencia más reciente, la sentencia de 4 de diciembre de 2003, en el asunto C-63/01), no hay lesión de la seguridad jurídica si: (i) se garantiza la plena aplicación de la Segunda Directiva; (ii) la situación jurídica es suficientemente clara y precisa; y (iii) y los beneficiarios de la protección pueden conocerla y, en su caso, invocarla ante los Tribunales.

(25) Podría hablarse de una transposición doctrinal y jurisprudencial de la Directiva (vid. alguna referencia reciente en Ch. HOFMANN, «Die zeitliche Dimension der der richtlinienkonformen Auslegung», *ZIP* 46 (2006), págs. 213 y sigs., esp. 2117-2118).

Comisión carecen de fundamento y que, en definitiva, su Dictamen Motivado no viene sino a confirmar que la interpretación de la remisión del artículo 293.3 aquí propuesta es, precisamente, conforme con la Directiva. Nada hay pues que reprochar, bajo este punto de vista, al legislador doméstico.

### 4. *Excursus:* la supuesta incompatibilidad del artículo 159 con la Segunda Directiva

Otra cosa es que la Comisión estime que el artículo 159 de la LSA, en sí mismo considerado, sea también objetable desde la óptica comunitaria, como efectivamente lo ha estimado. El Dictamen Motivado y, tras él, la demanda presentada contra el Estado Español sostienen, en efecto, que el artículo 159 de la LSA es contrario a la Segunda Directiva por contemplar la posibilidad de que las sociedades cotizadas emitan las acciones por debajo del valor real o valor razonable. El precepto habría violado, de este modo, el *principio de paridad de trato* de los accionistas consagrado por artículo 42 de la Directiva. La autorización para excluir el derecho en emisiones por debajo del valor razonable implicaría —según la Comisión— una discriminación entre los accionistas viejos (que ven diluida su participación) y los accionistas nuevos (a quienes se les favorece injustamente permitiéndoles adquirir acciones pagando una contraprestación por debajo de su valor de mercado). Aunque esta discusión queda fuera del ámbito estricto de este estudio, nos permitirá el lector un par de pinceladas para manifestar nuestra profunda discrepancia con el análisis de la Comisión, que se basa en algunos malentendidos que conviene disipar.

*a)* Para centrar el tema, recordaremos que lo que propiamente objeta la Comisión al legislador del artículo 159 de la LSA no es que haya establecido como requisito de la exclusión del derecho de suscripción preferente la necesidad de emitir a valor real o razonable (que es un requisito no comunitario), sino que haya dispensado de la aplicación de ese requisito «autóctono» a las sociedades cotizadas. Esta paradójica circunstancia explica que tenga que acudir a ese razonamiento tan alambicado para fundamentar la infracción en el principio de paridad de trato. En todo caso, el análisis se revela inconsistente, porque la Directiva, como decimos, no exige que se emita a valor real o razonable y, por tanto, ella misma permite que pueda haber desigualdad de trato —es decir, emisión por debajo de dicho valor real o razonable—, siempre que ello venga exigido por el interés social (en realidad, lo único que exige la Directiva es que se justifique el tipo de emisión). Nadie pone en duda, en efecto, que la junta pueda excluir el derecho para entregar unas acciones a los directivos o trabajadores a un precio muy reducido (por ejemplo, a su valor nominal), si efectivamente la medida se justifica desde el

punto de vista de la productividad de la empresa, como tampoco nadie cuestiona que una sociedad, en la ejecución de una opa de canje que le permitirá obtener grandes sinergias, emita las acciones por debajo de su valor de mercado para poder ofrecer una prima sustanciosa y asegurar el éxito de la operación.

*b)* En realidad, la Comisión Europea no ha sabido ir más allá de la superficie literal de las normas y comprender los principios y el sistema del Derecho español. Justamente por ello ha interpretado que cuando el artículo 159 de la LSA dispensa a las sociedades cotizadas del requisito del valor real o razonable está poco menos que concediendo una «licencia para expropiar» a los minoritarios, lo cual es radicalmente falso (26). Para comenzar, si fuese así, más que contrario al orden comunitario, el precepto sería inconstitucional por quebrantar la garantía de la propiedad (vid. art. 33 CE). Pero es que no es así. Para advertirlo basta con tener en cuenta que el remedio frente al riesgo de expropiación se encuentra *aliunde* y, concretamente, en el artículo 115.1 de la LSA, que proscribe los acuerdos que «*lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad».* Esto excluye cualquier reproche que pudiera dirigirse desde la óptica constitucional o comunitaria al artículo 159 autónomamente considerado. Y es que este precepto —como muchos otros— no puede ser leído literalmente y ser entendido al margen del sistema en que se inserta, del que se desprende la imposibilidad de homologar jurídicamente un tipo de emisión por debajo del valor real o razonable que no se justifique por razones de interés social (como sucedía en los dos ejemplos mencionados), en cuyo caso difícilmente puede tacharse de «expropiatorio».

*c)* En definitiva, pues, el artículo 159 de la LSA no es criticable por permitir que las sociedades cotizadas excluyan el derecho en emisiones por debajo del valor real o razonable, sino más bien por lo contrario, esto es, por exigir que las sociedades no cotizadas tengan que emitir siempre por encima de ese umbral, lo cual puede impedirles eventualmente la realización de operaciones convenientes para el interés social (sin ir más lejos, cualquiera de las que se han mencionado antes: entrega de acciones a directivos u opas de canje con prima). Nuestra reflexión, por ello, iría en la dirección simétricamente opuesta a la de la Comisión Europea. No se trata de igualar por arriba (restableciendo el requisito del valor real o razonable para las sociedades cotizadas), sino por abajo (prescindiendo de ese requisito «autóctono» también para las

(26) Un planteamiento, en cierto modo parecido, fue realizado en nuestra doctrina por SÁNCHEZ ANDRÉS en relación a la «primera reforma», que establecía el límite en el valor nominal: vid., *Sociedad Anónima modelo 1998. Reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente,* Madrid, 1999, págs. 149 y sigs. Lo raro es que, desde tales presupuestos, no se haya mantenido en relación con la «segunda reforma», que subía el límite al valor teórico-contable.

sociedades no cotizadas), como sucede en todo el Derecho Comparado. He aquí una propuesta de reforma del artículo 159 de la LSA que, desde este planteamiento, lanzamos para el debate:

> *«1. La Junta General, al decidir el aumento de capital, podrá acordar la exclusión total o parcial del derecho de suscripción preferente. Para la validez de este acuerdo, que habrá de respetar lo dispuesto en el artículo 144, será imprescindible:*
>
> *a) Que la exclusión del derecho de suscripción preferente y el tipo de emisión de las nuevas acciones se hallen debidamente justificados en atención al interés social. A tal efecto, los administradores deberán elaborar un informe en el que se acredite de manera detallada la finalidad y conveniencia de la operación que pretende realizarse; la necesidad de la exclusión del derecho de suscripción preferente para llevarla a cabo; los fundamentos o criterios empleados para fijar el tipo de emisión; y las personas a que habrán de ofrecerse las nuevas acciones.*
>
> *b) Que en la convocatoria de la Junta se haya hecho constar la propuesta de supresión del derecho de suscripción preferente y el tipo de emisión.*
>
> *c) Que al tiempo de la convocatoria de la Junta se pongan a disposición de los accionistas el informe de los administradores a que hace referencia el apartado a) anterior y un informe elaborado por un auditor distinto del auditor de cuentas de la sociedad sobre la corrección y adecuación de los fundamentos o criterios utilizados por los administradores para determinar el tipo de emisión. El auditor será designado por el Registro Mercantil.*
>
> *2. En las sociedades cotizadas regirán las siguientes reglas especiales:*
>
> *a) El tipo de emisión fijado en el acuerdo de la Junta podrá ser un tipo de emisión determinado o determinable, debiendo establecerse, en este último caso, un tipo mínimo y el procedimiento adecuado para su determinación. El informe de los administradores y el informe del auditor a que se refieren las letras a) y c) del apartado anterior se referirán en este supuesto al tipo mínimo y al fundamento y adecuación del procedimiento de determinación establecido.*
>
> *b) El informe del auditor no será preceptivo en aquellos casos en que el tipo de emisión no resulte inferior en más de un 10 por 100 al valor medio de la cotización en el último trimestre natural anterior a la fecha de convocatoria de la junta.*
>
> *c) El derecho de suscripción preferente también podrá ser excluido por el Consejo de Administración si el acuerdo de delegación de facultades a que se refiere el apartado 1.b) del artículo 153 le hubiese habilitado específicamente para ello. En este caso, el acuerdo del Consejo de Administración deberá incluir el informe mencionado en el apartado 1.a) o, cuando proceda, el 2.a) del presente artículo. El informe del auditor habrá de solicitarse de antemano en relación a la propuesta que se someta al Consejo de Administración y habrá de*

*estar a disposición de los Consejeros en la reunión en que se acuerde el aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente.*

*3. No habrá lugar al derecho de suscripción preferente cuando el aumento de capital se deba a la conversión de obligaciones en acciones, a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad o a la formulación de una oferta pública de adquisición cuya contraprestación consista en acciones a emitir por la sociedad oferente»* (27).

## III. DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE EMITIR OBLIGACIONES CONVERTIBLES Y DE EXCLUIR EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE

De conformidad con nuestro planteamiento inicial, procede examinar ahora la viabilidad de la delegación a favor del Consejo de Administración por parte de la Junta General de la facultad de emitir obligaciones convertibles con autorización para excluir el derecho de suscripción preferente. Su análisis requiere, cuando menos, abordar tres cuestiones principales: (i) en primer término, se ha de determinar si la Junta General de Accionistas puede delegar en el órgano de administración la facultad de emitir obligaciones convertibles y aprobar el correlativo aumento de capital para atender su conversión; (ii) en segundo lugar, es preciso considerar si en esa delegación cabe incluir la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente de los accionistas y, en su caso, de los titulares de obligaciones convertibles anteriormente emitidas por la sociedad; (iii) finalmente, de concluirse que la delegación de la emisión y de la exclusión es posible, todavía se ha de precisar si

(27) La propuesta aprovecha la ocasión para clarificar otros aspectos secundarios de la normativa aplicable a la exclusión del derecho de suscripción preferente. En concreto, se persiguen cuatro objetivos adicionales: (i) exceptuar la obligación del informe del auditor en los casos en que se emita a valor de mercado, siguiendo en este punto la orientación de algunas legislaciones (en concreto, de la alemana); (ii) regular la posibilidad de emitir con un tipo de emisión determinable alineando de manera más clara o explícita la norma con las exigencias de justificación impuestas por el artículo 29 de la Segunda Directiva; (iii) suprimir la referencia a las cláusulas antidilución de los obligacionistas convertibles prevista en el apartado tercero del artículo 159 LSA actual, porque carece de sentido si la operación obedece a razones de interés social; y (iv) introducir un nuevo supuesto de exclusión automática —la formulación de una opa de canje—, ya contemplada a un insuficiente nivel reglamentario en el Real Decreto 1197/91, regulador de las ofertas públicas de adquisición, aunque tal vez esta última modificación no fuera necesaria por hallarse prevista ya en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley del Mercado de Valores [publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados), núm. 108-1, de 20 de octubre de 2006, pág. 1 y sigs.], que la introduce en el apartado 4 del nuevo artículo 60 de la LMV.

debe satisfacerse algún requisito especial respecto de lo previsto en el régimen general de emisión y exclusión por la Junta General.

### 1. Admisibilidad de la delegación por la Junta General de la facultad de emisión

La primera de las cuestiones planteadas se suscita como consecuencia de un nuevo silencio legal. Puesto que la normativa sobre obligaciones contenida en la LSA tampoco contempla expresamente la posibilidad de que la Junta General delegue en el órgano de administración la facultad de realizar emisiones de esta clase de valores ni de aumentar el capital social para atender las solicitudes de conversión, podría pensarse —y de hecho se ha pensado ya— que en nuestro derecho no puede delegarse en los administradores la facultad de emitir obligaciones convertibles (28). Esta tesis, sin embargo, no puede aceptarse, y ello por varios motivos:

*a)* En primer lugar, por apartarse injustificadamente de una inveterada tradición doctrinal y práctica registral seguida a partir de la Ley de 1951 al amparo de una normativa legal que no ha sufrido cambios sustantivos con posterioridad (29). Conviene recordar, en este sentido, que la ley de reforma de 1989 no cambió un ápice la disciplina legal de las obligaciones y que, por tanto, ninguna razón había para separarse del criterio uniforme. Lo único que se modificó en esta época fue la disciplina reglamentaria, que de manera inopinada y sin amparo legal alguno alteró el *status quo* anterior prohibiendo expresamente la delegación a los administradores de la facultad de emitir obligaciones convertibles (art. 283 RRM). La norma —criticada por doquier y considerada ilegal por muchos (30)— habría de ser abrogada, por ello, en la siguiente reforma reglamentaria (1996), que reparó el destrozo cometido y restauró la tradición de nuestro sistema.

---

(28) En la doctrina reciente esta tesis ha sido mantenida por Alonso Espinosa, *Curso fundamental de Derecho Mercantil,* II, Murcia, 2004, pág. 732.

(29) La literatura anterior da buena prueba de la extensión de estos planteamientos en la doctrina y en la práctica: vid., Girón Tena, *Derecho de Sociedades Anónimas,* Valladolid, 1952, pág. 554; Garrigues, en *Comentario de la ley de Sociedades Anónimas* (Garrigues-Uría), 3.ª ed., II, Madrid, 1976, págs. 308-309; M. de la Cámara, *Estudios de Derecho Mercantil,* 2.ª ed., II-2, Madrid, 1977, pág. 146; para un análisis más detallado de la evolución, vid., Tapia Hermida, *Las obligaciones convertibles en el Derecho español,* cit. pág. 1095 y sigs.

(30) Vid., por ejemplo, Alonso Ledesma, *La exclusión del derecho de suscripción,* cit., pág. 123.

*b)* En segundo término, la tesis prohibitiva debe ser rechazada por resultar incompatible con el sistema y la finalidad de la «normativa de contexto». En efecto, sería poco razonable admitir la posibilidad de delegar en los administradores la facultad de realizar emisiones de acciones [art. 153.1.*b)* LSA] y emitir obligaciones simples (art. 319 RRM), y negarla cuando se trate de emitir un instrumento híbrido que comprende características de ambos, como son las obligaciones convertibles. La razón de ser de una y otra norma —la necesidad de garantizar flexibilidad en los procesos de emisión de productos financieros para reaccionar tempestivamente a los desafíos estratégicos y aprovechar las oportunidades de mercado— no puede no aplicarse al caso intermedio de las obligaciones convertibles. La *eadem ratio* entre las hipótesis previstas y la hipótesis omitida, clara y manifiesta, reclama indudablemente el recurso a la analogía (art. 4.1 del Código Civil).

*c)* Finalmente, hay que descartar la interpretación prohibitiva por contradecir lo establecido en el artículo 25.4 de la Segunda Directiva, que extiende la aplicación a las obligaciones convertibles de la figura del «capital autorizado». El principio de «interpretación conforme» al Derecho Comunitario anteriormente aludido (vid. *supra* I.4) no deja margen para otra solución (31). En efecto, visto que los materiales domésticos, lejos de impedir la delegación, la facilitan en el plano interpretativo, según se desprende de las consideraciones anteriores, resulta inexcusable estimar que nuestro derecho interno autoriza la delegación de la facultad de emitir obligaciones convertibles en el órgano de administración (32).

## 2. Admisibilidad de la delegación de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente

Resuelta la primera de las cuestiones enunciadas, procede analizar ahora si la delegación a los administradores puede incluir la facultad de excluir

(31) El tema ha sido desarrollado eficazmente por J. García de Enterría, «La prohibición de delegar en los administradores la facultad de acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones: ¿un supuesto de incumplimiento de las Directivas comunitarias?», en *La Ley* 1990-2, pág. 934.

(32) Esta es hoy también la tesis que claramente prevalece: vid., por todos, Angulo Rodríguez en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. Sánchez Calero), VIII, Madrid, 1993, págs. 401-402; Tapia Hermida, *Las obligaciones convertibles en el Derecho español,* cit., págs. 1145 y sigs.; Torres Escámez, *La emisión de obligaciones*..., cit., pág. 239; Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil,* 17.ª ed., Valencia, 2004, pág. 904.

el derecho de suscripción preferente. Y también en este punto, nuestra conclusión es resueltamente afirmativa, si bien ha de quedar circunscrita a las emisiones de obligaciones convertibles que realicen las sociedades anónimas cotizadas.

Como es sabido, el artículo 159.2 de la LSA permite que la Junta General de una sociedad cotizada, al delegar en los administradores la facultad de aumentar el capital social conforme a lo establecido en el apartado 1.*b)* del artículo 153, les atribuya la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente cuando el interés de la sociedad así lo exija. Pues bien, siendo ello así, parece que la aplicación de los argumentos que ya han sido invocados en favor de la admisibilidad de la delegación nos ha de conducir necesariamente a la conclusión de que la posibilidad de delegar la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente debe entenderse permitida, para las referidas sociedades, no sólo en relación con la emisión de nuevas acciones sino también de nuevas obligaciones convertibles. Cualquier duda que pudiese existir sobre esta cuestión debe ser despejada a la vista del contenido de la Segunda Directiva, tantas veces citada. En efecto, como ya conocemos, el apartado 6 de su artículo 29 establece que los apartados 1 a 5 resultarán de aplicación a la emisión de todos los títulos convertibles en acciones o que se acompañen de un derecho de suscripción de acciones; y precisamente en el apartado 5 se dispone que la legislación de un Estado miembro podrá prever, como así sucede en nuestro caso, que *«[...] la Junta General [...] podrá[n] otorgar el poder de limitar o de suprimir el derecho preferente al órgano de la sociedad habilitado para decidir sobre el aumento de capital suscrito dentro de los límites del capital autorizado».*

### 3. Límites del acuerdo de delegación de la facultad de emitir con exclusión del derecho de suscripción preferente

Finalmente, procede determinar las limitaciones a las que debe sujetarse el acuerdo de delegación en los administradores de la facultad de emitir las obligaciones convertibles con exclusión del derecho de suscripción preferente. Con carácter general, a la emisión de obligaciones convertibles le son aplicables las exigencias propias de los aumentos de capital y, por ello, también los especiales requisitos a los que se somete la posibilidad de su delegación. Dejando de lado las exigencias de carácter procedimental, en cuya consideración no nos detendremos en esta ocasión, podemos distinguir, a estos efectos, entre un límite cuantitativo, un límite temporal y ciertas restricciones a la hora de determinar el tipo de emisión de los valores.

*a)* En lo que atañe al límite cuantitativo, el artículo 153.1.*b)* de la LSA establece, como es sabido, que la delegación para realizar aumentos de capi-

tal autorizados no puede exceder la mitad del capital de la sociedad en el momento de la autorización. Por su parte, el artículo 319 del RRM hace referencia al límite de la delegación de la facultad de emitir obligaciones, exigiendo que en la escritura de emisión se expresen tanto el importe dispuesto como el que quede por disponer. Pues bien, a nuestro modo de ver, en el caso de las obligaciones convertibles, ese límite no podrá exceder del establecido en el artículo 153.1.*b),* si bien ha de considerarse referido a la cuantía en que resulte necesario ampliar el capital social en función de la relación de conversión establecida para atender la totalidad de conversiones posibles (33).

*b)* En relación al límite temporal, también hemos de recordar que el artículo 153.1.*b)* de la LSA exige que los aumentos de capital realizados por los administradores al amparo de la autorización o delegación otorgada por la Junta General de Accionistas sean realizados en el plazo máximo de cinco años a contar desde el acuerdo de la junta. Teniendo en cuenta la doble realidad de un acuerdo de emisión de obligaciones convertibles que, como recuerda el artículo 292 de la misma ley, debe incluir necesariamente un acuerdo de aumento de capital en la cuantía necesaria, se puede concluir, sin lugar a la duda, que este límite temporal de cinco años resulta de aplicación también a los acuerdos que adopte el órgano de administración en uso de la facultad atribuida por la Junta General de emitir obligaciones convertibles. Por lo demás, y al igual que en el caso del artículo 153.1.*b),* el plazo debe ser computado desde la aprobación por parte de la junta del acuerdo de delegación.

*c)* Por fin, también parecen convenientes algunas consideraciones sobre el tipo de emisión de las obligaciones emitidas al amparo de la delegación. La cuestión viene suscitada, en este caso, por el régimen especial establecido en la ley para la emisión de acciones con exclusión del derecho de suscripción preferente por las sociedades anónimas cotizadas. Como se ha indicado ya, el inciso final del artículo 159.1.*c)* permite a estas sociedades la emisión de nuevas acciones con exclusión del derecho de suscripción preferente a cualquier precio, siempre que sea superior al valor en libros o valor neto patrimonial de aquéllas. Sin embargo, esta posibilidad no está disponible para la emisión de acciones con exclusión del derecho de suscripción preferente cuando el aumento sea acordado por los administradores en ejercicio de la autorización conferida por la Junta General al amparo del artículo 153.1.*b)* de la LSA. En este caso el artículo 159.2 exige que el valor nominal de las acciones a emitir más el importe de la prima de emisión se corresponda con el «valor razonable» que resulte del informe de un auditor de cuentas distinto

(33) En el mismo sentido, vid. SANZ GARCÍA, *Emisiones de obligaciones convertibles...,* cit., pág. 279.

del que lo sea de la sociedad (regla que, por otra parte, es la general para las sociedades anónimas no cotizadas). De este modo, aunque se permite cierta flexibilidad en la determinación del tipo de emisión en los aumentos de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente aprobados por la Junta General de una sociedad cotizada, los acuerdos de emisión adoptados por los administradores en ejercicio de las facultades conferidas por la junta deben someterse al régimen general que exige la correspondencia del tipo de emisión con el valor razonable de las acciones de la sociedad.

Esta regla, construida legalmente a partir de la hipótesis del aumento de capital, ha de adaptarse analógicamente, como es natural, a las especialidades de las obligaciones convertibles. Ello significa que estas obligaciones deben emitirse con una prima, según las condiciones financieras del interés y la conversión. La prima podrá ser igual a cero o positiva, pero nunca negativa, y ello porque la Ley no permite emitir las obligaciones convertibles por debajo de su valor nominal (vid. art. 292.3 de la LSA). El tipo de emisión de las obligaciones, teniendo en cuenta sus términos financieros y sus condiciones de conversión, debe corresponderse con su valor razonable. De este modo, se obtendrá el mismo objetivo perseguido por la ley para las emisiones de acciones, que es el de evitar a toda costa que mediante la emisión de obligaciones convertibles por los administradores con exclusión del derecho de suscripción y su posterior conversión se ocasione un perjuicio económico a los antiguos accionistas y a los antiguos obligacionistas por dilución (34). Por lo demás, ha de reconocerse, no obstante, una cierta discrecionalidad a la sociedad a la hora de calcular la prima o sobreprecio, puesto que no resulta fácil anticipar con exactitud la dilución que puede ocasionar un hecho futuro e incierto como es la conversión (35). Y en todo caso, respetadas estas condiciones con el margen razonable de discrecionalidad indicado, se puede estimar que la exigencia legal relativa al «valor razonable» queda suficientemente respetada.

---

(34) Sobre esta problemática, en cuya consideración no podemos detenernos ahora, vid., J. García de Enterría, *Le obbligazioni convertibili,* cit., pág. 83 y sigs.

(35) Para una primera aproximación al problema de la valoración de la prima, que en definitiva es el de la valoración financiera de las obligaciones convertibles, vid. Brealey y Myers, *Fundamentos de financiación empresarial,* trad. esp., Madrid, 1988, pág. 588 y sigs. La discrecionalidad a que nos referimos en el texto es sólo una «discrecionalidad técnica» (vid., sobre este extremo, en la literatura jurídica, Casella, *Le obbligazioni convertibili*, cit., pág. 206).

## IV. NECESIDAD DE JUSTIFICAR LA EXCLUSIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL INTERÉS SOCIAL

Según se acaba de indicar, la exclusión del derecho de suscripción preferente en las emisiones de obligaciones convertibles puede ser acordada tanto por la Junta General como por el Consejo de Administración al amparo de la oportuna delegación. Ello no quiere decir, sin embargo, que pueda serlo con plena libertad. El acuerdo de exclusión ha de sujetarse, como se ha recordado ya, a las condiciones generales establecidas por el artículo 159 de la LSA y, en especial, a la relativa al interés social. El objeto de este apartado es reflexionar sobre esta particular condición descartando las tesis nihilistas, que parten de la imposibilidad estructural de justificar la exclusión en las emisiones de obligaciones convertibles (vid. *infra* 1), e ilustrando la fenomenología con dos casos paradigmáticos de la práctica: la colocación en mercados financieros internacionales (vid. *infra* 2) y la colocación mediante técnicas de *bookbuilding* (vid. *infra* 3).

### 1. Estructura del juicio de interés social: ponderación de intereses

Partiendo de la premisa de que el dinero no tiene color —es un bien neutral o fungible— y, consiguientemente, de que a la sociedad le sirve lo mismo el que le presten unos u otros, cabría afirmar que jamás puede apelarse al interés social para justificar la supresión del derecho de suscripción preferente en la emisión de títulos convertibles. De hecho no faltan voces que, de una manera más radical o más moderada, respalden este análisis «nihilista» (36). A nuestro modo de ver, sin embargo, debe ser rechazado por basarse en apreciaciones simplistas y muy superficiales. La regulación legal trata de compaginar el interés individual de cada accionista en mantener su participación relativa en el capital (de ahí que, en principio, se les reconozca el derecho de suscripción preferente) y el interés común de todos ellos en desarrollar las políticas que maximicen el valor de la sociedad (de ahí que aquel derecho pueda ser excluido por exigencias del interés social) (37).

(36) El planteamiento, extendido en relación con la exclusión en los aumentos contra aportaciones dinerarias, se aplicaría con mayor razón en las emisiones de obligaciones convertibles (vid., por ejemplo, Largo Gil, «La exclusión del derecho de suscripción preferente del accionista», en *Revista de Derecho de Sociedades,* 14 (2000), pág. 172; Flaquer Riutort, *La exclusión del derecho de suscripción preferente en la sociedad anónima,* cit., pág. 2331 y sigs.; sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 31 de enero de 2003, etc.; también lo encontramos difundida allende nuestras fronteras, vid., por ejemplo, Lutter en *Kölner Kommentar,* cit., V, § 221, 57, pág. 539).

(37) Esta misma idea puede formularse en negativo afirmando que la regulación legal trata de establecer una solución de compromiso capaz de evitar los riesgos asociados

Justamente por ello, en lugar de establecer una «solución-esquina», ha optado por incorporar una solución de compromiso, cuya aplicación práctica obliga a recurrir a la técnica de la «ponderación de intereses» y a formular, en cada caso, el *trade-off* apropiado.

Esta constatación no está exenta de importancia y significa que para valorar la legitimidad de la exclusión del derecho de suscripción preferente en un determinado supuesto —sea de emisión de acciones o de emisión de obligaciones convertibles— debe considerarse no sólo el interés social (como se desprende la letra de la ley y generalmente se presupone), sino también el interés individual, de manera que el veredicto final resulte o salga de una *evaluación comparativa de las ventajas que reporta la exclusión para el interés común y de los perjuicios que ocasiona al interés individual*. Esta es, a nuestro juicio, la clave. El requisito del interés social se convierte así en un requisito de proporcionalidad, el cual se traduce, a su vez, en la necesidad de satisfacer tres condiciones: (i) *idoneidad* o adecuación significativa del medio —la exclusión del derecho de suscripción preferente— al fin buscado; (ii) *exigibilidad* o inexistencia de otro medio menos gravoso para alcanzar el fin buscado; y (iii) *proporcionalidad stricto sensu* o relación equilibrada o razonable entre la gravedad del medio —es decir, entre el sacrificio infligido— y la utilidad del fin buscado.

Las directrices que revisten mayor interés práctico para la realización del juicio de proporcionalidad están asociadas al tipo empírico de sociedad y pueden formularse afirmando: (i) que allí donde quepa pensar que el interés de los accionistas en mantener su cuota de participación es escaso o nulo (como ocurre típicamente en las sociedades cotizadas con capital disperso), para considerar justificada la exclusión desde el punto de vista del interés social, bastará con que se procure una mínima ventaja a la empresa, aunque sea muy pequeña (por ejemplo, el simple ahorro de los costes de transacción asociados a las emisiones con derechos o la mayor rapidez en la obtención de los fondos); (ii) que allí donde el interés de los accionistas en preservar su participación relativa pueda resultar más relevante (como ocurre a menudo en las sociedades cotizadas con capital concentrado y varios socios de referencia), será preciso que la ventaja esperada sea relativamente mayor (por ejemplo, la rebaja del coste de capital vía obtención de un mejor precio, la necesidad de refinanciar

---

a dos tipos de conductas estratégicas: (i) el riesgo de abuso de la mayoría (expropiación), que podría sentirse inclinada a hacer uso de su capacidad de decisión para diluir a la minoría aumentando el capital en beneficio propio (por eso la ley reconoce a la minoría el derecho de suscripción preferente que le permite mantener su participación relativa en la sociedad), y (ii) el riesgo de abuso de la minoría (extorsión), que puede tener la tentación de utilizar su capacidad de veto para paralizar la vida social e impedir o condicionar políticas de interés para la sociedad a la obtención de ciertas ventajas privadas (por eso la ley permite excluir el derecho si la decisión está justificada por el interés social).

una compañía muy apalancada (38), el aprovechamiento de una oportunidad de mercado en un escenario de volatilidad, etc.) (39); y, en fin, (iii) que allí donde deba estimarse que el interés de los accionistas o de un grupo de accionistas en mantener su participación es muy elevado (como sucede típicamente en las sociedades cerradas, en las que no existe un mercado al que acudir para reponer posiciones), será necesario que la operación que se pretende realizar sea crítica para la sociedad (por ejemplo, necesidad de incorporar a un socio tecnológico o industrial, conveniencia de hacerse con un activo estratégico clave para el desarrollo futuro, etc.). Habrá casos, incluso, en que el interés individual debe prevalecer absolutamente sobre el interés social, de manera que apenas quede margen para la exclusión. Así sucederá, por ejemplo, en las sociedades que tengan establecida una cláusula restrictiva de prelación, que otorgue a cada socio un derecho de adquisición preferen-

---

(38) Obsérvese que las obligaciones convertibles constituyen un instrumento especialmente apropiado para que las sociedades apalancadas logren financiación en buenas condiciones, y ello porque el *call* que incorporan protege al financiador frente al «riesgo de sobreinversión» endémico en esta clase de sociedades. El origen del problema está en la asimetría de los destinatarios de las pérdidas y de las ganancias, que genera en los dueños y administradores de empresas con un ratio deuda/capital elevado un fuerte incentivo para adoptar estrategias empresariales de alto riesgo (y, consiguientemente, de alta rentabilidad). En efecto, si las cosas salen mal, la mayor parte de los costes —los costes de la quiebra— la soportan los acreedores, mientras que si las cosas salen bien, la mayor parte de los beneficios —el retorno extraordinario derivado del mayor riesgo— la perciben los accionistas. Dado que la situación se anticipa, la empresa que necesite financiación se ve obligada a ofrecer una garantía a sus financiadores, y una buena forma de hacerlo es ofreciéndoles títulos convertibles que: (i) modifican los incentivos perversos de los dueños y administradores, y (ii) permiten a los financiadores participar en el *upside,* pues obviamente ejercitarán la opción de conversión si las cosas han ido bien y el valor de la empresa se ha incrementado (vid. BREALEY y MYERS, *Fundamentos de financiación empresarial,* cit. pág. 594; ROSS, WESTERFIELD y JAFFE, *Finanzas corporativas,* trad. esp., Barcelona-Madrid, 1995, págs. 714-716).

(39) Remitimos, para una defensa más detenida de estos planteamientos, a ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente,* cit., *passim*, esp. págs. 85 y sigs., y 101 y sigs., y J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sociedades cotizadas, aumentos de capital y derecho de suscripción preferente,* Madrid, 2003, pág. 26 y sigs.; vid. también, VÁZQUEZ ALBERT, *La exclusión del derecho de suscripción preferente,* Pamplona, 1998 y, en términos críticos —y no convincentes—, SÁNCHEZ ANDRÉS, *Sociedad Anónima, modelo 1998,* cit., pág. 147. La regla general ha sido formulada por ALFARO con particular precisión: la exclusión será válida siempre y cuando *«no forme parte de una estrategia para alterar la estructura accionarial»,* lo cual ocurrirá típicamente en dos casos: (i) cuando la emisión tenga por destinatario al público inversor (y, por tanto, no pueda reputarse hecha en beneficio de un accionista de referencia y en perjuicio de otro), y (ii) cuando la magnitud relativa de la emisión —sobre el total capital de la compañía— sea pequeña (pues en ese caso la aptitud de la exclusión para causar daño a las posiciones de los accionistas es prácticamente despreciable; tan es así que en Alemania, cuyo mercado exhibe una tasa notable de concentración de propiedad, se ha establecido la presunción legal de que las emisiones que no rebasen el 10 por 100 del capital no menoscaban el interés social: vid. inciso final del § 186 (3) de la *Aktiengesetz, in fine).*

te (40). Y es que el juicio del interés social no es más que cálculo contractual, que trata de identificar la voluntad hipotética de las partes (41).

Dicho esto, puede ser útil una referencia a dos ocasiones en las que típicamente resulta ventajosa la exclusión del derecho de suscripción preferente en emisiones de obligaciones convertibles, aunque naturalmente habrá que aplicar el rasero precedente para determinar su legitimidad en cada caso.

## 2. La colocación en mercados internacionales

El primero de esos casos nos lo proporciona la colocación en mercados internacionales. A este respecto es preciso recordar algo elemental, y es que aquello que consigue una sociedad recabando fondos en ciertos mercados (vg.: el mercado de inversores institucionales americanos, el euromercado de bonos convertibles, etc.) no es sólo dinero, sino también servicios de la más diversa índole (*rating*, análisis de casas de inversión; difusión, etc.), señalización de oportunidades de inversión y, en definitiva, reputación y prestigio como emisor, activos todos ellos de máxima importancia en la economía actual. Siendo las obligaciones convertibles un producto estándar en los mercados internacionales de capitales, con una gran acogida por parte de los inversores institucionales más sofisticados, la exclusión del derecho de suscripción preferente se justificaría como un requisito o expediente necesario para lograr el acceso a esos mercados, optimizando la base de inversores cualificados de una entidad y, por tanto, mejorando su visibilidad en el mercado. Resulta oportuno recordar, en este sentido, que la literatura europea viene señalando cómo la emisión de obligaciones convertibles en el extranjero constituye, precisamente, la hipótesis paradigmática en la que está justificada la supresión del derecho de suscripción preferente (42). Y en nuestra propia doctrina, los escasos comentaris-

(40) Como acertadamente escribe Perdices Huetos: *«partiendo del solapamiento en esta sede del derecho de suscripción o asunción [preferente] y la cláusula de adquisición preferente, se podría entender, realizando una interpretación integradora del contrato, que la previsión de una restricción de este tipo en sede de transmisión supone que queda cerrada la posibilidad de acordar un aumento de capital [o la emisión de obligaciones convertibles] con exclusión del derecho de suscripción preferente en contra de la voluntad del beneficiario de la restricción».* La otra alternativa que sugiere Perdices consiste en permitir que la mayoría excluya el derecho de suscripción preferente, dejando intacto el derecho de adquisición preferente de los socios actuales, que podrán hacerlo valer contra el tercero (vid. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones,* Madrid, 1997, págs. 468-470).

(41) Sobre este aspecto, vid. Alfaro, *Interés social y derecho de suscripción preferente,* cit., págs. 101-103, y Paz-Ares, *¿Dividendos a cambio de votos?,* Madrid, 1996, págs. 136 y sigs.

(42) Vid., por ejemplo, Martens, «Der Ausschluss des Bezugsrechts», *Zeitschsrift für Insolvenz Praxis,* 1992, pág. 1677 y sigs., esp. 1687 y 1696; Schumann, *Optionsanleihen, rechtliche Grundlage und aktuelle Probleme*, 1990, pág. 208 y sigs.

tas que han considerado la hipótesis de supresión del derecho de suscripción preferente con el fin de lograr la «agilidad operativa» que precisa la captación de recursos en el mercado exterior parecen presuponer, igualmente, la viabilidad de la medida desde el punto de vista del interés social (43).

### 3. La colocación mediante técnicas de «bookbuilding»

El segundo ejemplo que interesa traer a colación, por su creciente difusión en nuestra práctica, son las emisiones que recurren a fórmulas de prospección de la demanda o *bookbuilding*. La ventaja fundamental que reporta su uso es que permite obtener un precio más elevado —y más próximo al de mercado— del que se obtiene en las emisiones tradicionales a tipo fijo predeterminado y, desde luego, en las emisiones con derechos de adquisición preferente, que normalmente llevan aparejado un importante descuento sobre la cotización en bolsa (entre el 20 y el 40 por 100 en nuestra práctica). Por consiguiente, para un determinado volumen de fondos, el recurso a estas técnicas reduce el numero de títulos que es preciso emitir y, en definitiva, el coste de capital de la compañía (44). La clave está, pues, en una formación más eficiente del precio, que es posible gracias a la intervención de un intermediario especializado —el banco de inversión—, que se encarga de hacer la prospección de la demanda antes de fijar el tipo de emisión de los valores. El procedimiento es relativamente sencillo: el banco de inversión solicita indicaciones de interés de los inversores institucionales («mandatos») y luego utiliza la información recibida (cantidad de títulos, precios máximos, etc.) para construir una curva de demanda. El tipo de emisión no se calcula de acuerdo con una regla establecida, sino que más bien se basa en la interpretación que realiza el banco de los «mandatos» o indicaciones de interés. El precio suele fijarse a un nivel en que la demanda excede la oferta y los títulos se adjudican o reparten seguidamente a discreción del banco. El procedimiento se asemeja a una subasta, pero hay diferencias relevantes. La más importante es que las reglas de fijación de precio y de distribución de los títulos no están establecidas públicamente, sino que son dejadas a la discreción y buen criterio del banco de negocios. Otra diferencia es que los «mandatos» de los inversores no son vinculantes (no obstante, debido a la naturaleza

(43) Vid., por ejemplo, Alfaro, *Interés social y derecho de suscripción preferente,* cit., pág. 120; J. García de Enterría, *Sociedades cotizadas, aumentos de capital y derecho de suscripción preferente,* cit., pág. 86 y sigs.; Tapia Hermida, *Algunos problemas sobre la emisión de pagarés...,* cit., pág. 1350, etc.

(44) Para una explicación detallada de la práctica de estos procedimientos de emisión vid., en nuestra literatura, las claras páginas de J. García de Enterría, *Sociedades cotizadas, aumentos de capital...,* cit., pág. 69 y sigs.

repetida de la relación, es muy infrecuente que los inversores se echen atrás). El banco se beneficia de la información que le procuran los inversores (permitiéndole así establecer el precio más exacto) y los inversores se benefician del proceso (pues a cambio de la información son compensados por el banco adjudicándoles los títulos, lo cual es importante cuando hay mucho exceso de demanda o sobresuscripción) (45). La evidencia empírica disponible pone claramente de manifiesto que el nivel de *underpricing* es mucho menor en los mercados que recurren a estas técnicas que en el resto.

Esta técnica puede utilizarse tanto en ofertas públicas (OPSs) como en colocaciones privadas, siendo frecuente en estos últimos casos proceder de manera «acelerada» al objeto reducir el tiempo de exposición y aprovechar una oportunidad —lo que en la jerga se denomina una «ventana de mercado»— en un marco de inestabilidad y volatilidad. Y no hace falta decir que, en todos los casos, la exclusión del derecho de suscripción preferente que necesariamente comporta la operación tiene *prima facie* todos los títulos para superar el test del interés social, al menos en las sociedades cotizadas.

## V. INTERVENCIÓN DEL SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS

Despejadas las dudas que pudiera suscitar la defectuosa remisión que el artículo 293.3 de la LSA realiza al artículo 158 del mismo cuerpo legal, y afirmada en los términos que han sido expuestos la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente en las emisiones de obligaciones convertibles, queda aún por examinar si la adopción por la Junta General —o, en su caso, por el Consejo de Administración— del acuerdo de exclusión requiere el complemento de alguna otra decisión adicional y, en particular, si precisa del *placet* del sindicato integrado por los poseedores de títulos convertibles en circulación.

### 1. Consideración previa: ¿tienen realmente derecho de suscripción preferente los titulares de emisiones convertibles anteriores?

El interrogante planteado presupone, naturalmente, que los titulares de obligaciones convertibles gozan del derecho de suscripción preferente en las emisiones de nuevas acciones y de nuevas obligaciones convertibles. En

(45) Sobre el particular, vid. Cornelli y Goldreich, «Bookbuilding and Strategic Allocation», en *Journal of Finance,* 56 (2001), págs. 2337-2338 y sigs.; para un análisis lúcido del carácter no formal y no reglado del procedimiento y de los mecanismos reputacionales que lo alimentan, vid. Wilhelm, «Bookbuilding, Auctions, and the Future of the IPO Process», en *Journal of Applied Corporate Finance,* 17 (2005), págs. 2 y sigs.

nuestro caso, la cuestión es clara de *lege lata* a la vista del tenor literal de los artículos 158 y 293.2 de la LSA. No obstante, podría ser discutida *de lege ferenda* y, en concreto, desde la perspectiva del Derecho Comunitario. Esta es, al menos, la posición mantenida por la Comisión Europea en el Dictamen Motivado y en la Demanda presentada contra el Estado español, donde sostiene que los dos preceptos citados de nuestra legislación de anónimas, en la medida en que extienden el derecho de suscripción preferente a los titulares de obligaciones convertibles, son contrarios a la Segunda Directiva. El argumento que se esgrime al efecto es muy simple: el artículo 29 de la Segunda Directiva no reconoce el derecho de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones y obligaciones convertibles a los obligacionistas y, por tanto, tampoco puede hacerlo la legislación interna (objeción del silencio); el reconocimiento por ésta de dicho derecho comprimiría injustificadamente el que imperativamente ha de reconocerse a los accionistas, pues se incrementaría el número de beneficiarios entre los que repartir un contingente fijo de derechos (objeción de la dilución). Hay que admitir, desde luego, que la argumentación se presenta con bastantes visos de verosimilitud (46). No obstante, no nos acaba de convencer (47).

*a)* A nuestro modo de ver, la «objeción del silencio» tiene poco peso. El hecho de que la Directiva no reconozca el derecho de suscripción preferente a los obligacionistas, no significa que no pueda reconocérselo el Estado. La omisión no debe interpretarse como una «regulación negativa» —como una decisión deliberada de dejar fuera del círculo de beneficiarios a los obligacionistas—, sino más bien como una mera «consecuencia sistemática», derivada de la circunstancia de no pertenecer las obligaciones a la materia regulada en la Segunda Directiva. Es lógico, en efecto, que una directiva sobre el capital no se ocupe de regular los derechos de los obligacionistas, que más bien deberían ser objeto de una directiva *ad hoc.* Por tanto, si falta una regulación del derecho de suscripción preferente de los titulares de obli-

(46) De hecho, algunos autores han manifestado, con anterioridad al Dictamen Motivado, posiciones similares en nuestra doctrina: vid., por ejemplo, GARCÍA VILLAVERDE, «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE», en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español,* I, Madrid, 1986, pág. 255; VÁZQUEZ ALBERT, «El derecho de suscripción preferente en el derecho comunitario», en *Revista de Derecho Mercantil* (1988), pág. 1698.

(47) Nuestro razonamiento se proyecta sobre las obligaciones convertibles con relación de cambio fija, que son las que suelen emitirse en el mercado español en la hora presente y, probablemente, las únicas que son compatibles con la regulación actualmente prevista en nuestra ley. En las obligaciones convertibles con relación de cambio variable, que eran las que prevalecían en la práctica tradicional anterior a la reforma de 1989, la atribución a los obligacionistas de un derecho de suscripción preferente resulta claramente improcedente, como ha demostrado eficazmente J. GARCÍA DE ENTERRÍA [«El significado de la nueva regulación de las obligaciones convertibles en acciones», en *Revista de Derecho Mercantil,* 195 (1990), págs. 42 y sigs.].

gaciones convertibles en la Segunda Directiva es porque falta en el Derecho Comunitario una disciplina completa sobre la emisión de obligaciones convertibles, cuya *sedes materiae* tiene que ser una directiva sobre emisión de obligaciones. Esta impresión se confirma examinando los antecedentes históricos y, en concreto, el Informe presentado a la Comisión Europea instando la elaboración de una normativa comunitaria sobre valores mobiliarios y obligaciones de la sociedad (48); un informe —conviene destacarlo— en el que precisamente se advertía sobre la necesidad de diseñar la protección de los titulares de obligaciones convertibles partiendo de su condición de socios virtuales o potenciales (*«Tal doble condición de los obligacionistas convertibles, de acreedores de la sociedad y de potenciales miembros de la misma, representa* —se ha dicho con acierto— *un componente ineliminable de una futura configuración jurídica comunitaria del préstamo convertible*») (49).

*b)* La «objeción de la dilución» tampoco parece decisiva, aunque ciertamente tiene algo más de peso. Es cierto que el artículo 29.1 de la Segunda Directiva obliga a los Estados miembros a atribuir el derecho de suscripción preferente a los accionistas *«en proporción a la parte de capital representada por sus acciones»,* al objeto de que puedan mantener la *pars quota* y la *pars quanta*; y también lo es que esa previsión no puede cumplirse en sus términos más estrictos —es decir, en términos aritméticos— si el legislador nacional extiende a los titulares de obligaciones convertibles tal derecho, como lo ha hecho el español (y antes lo había hecho el italiano). Pero de aquí a afirmar que los artículos 158 y 293.2 de la LSA «violan» la Segunda Directiva, como pretende la Comisión, hay un trecho. La determinación de si ha existido o no una «violación» no puede fiarse a una simple operación matemática, sino que ha de hacerse sobre la base de un juicio normativo y una valoración de los intereses en juego. Bajo esta perspectiva, no se trata de constatar si se produce o no una compresión del derecho de suscripción preferente de los accionistas (que evidentemente se produce), sino de discernir si esa comprensión está o no justificada. Y francamente, la afirmación de que los artículos 158 y 293.2 de la LSA comprimen de manera injustificada o irrazonable el derecho de los accionistas resulta, a nuestro modo de ver, exagerada o excesiva, porque a esos efectos podrían considerarse también accionistas —accionistas potenciales, para ser más exactos— los propios obligacionistas con título convertible (50) y, desde luego, peca de formalista. ¿Acaso puede

---

(48) Informa sobre ello CAVALLO BORGIA, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1978, pág. 295.

(49) *Ibid.,* pág. 296.

(50) Cuestión distinta, en la que no corresponde entrar ahora, es la de determinar si el derecho de suscripción preferente del obligacionista debe subordinarse o no a la efectividad de la conversión (sobre la cuestión, vid. J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le obbligazioni convertibili,* cit., pág. 106 y sigs.).

considerarse inadmisible el establecimiento estatutario de una prohibición de voto en caso de conflicto de intereses so pretexto de que lesiona matemáticamente la regla de la proporcionalidad valor nominal/derecho de voto establecida de manera imperativa por el artículo 50.2 *in fine* de la LSA? ¿Cabría objetar el reconocimiento contractual de una remuneración de los financiadores o de los directivos de la sociedad basada en la participación en beneficios sobre la base de que con ello se comprimen los derechos de los accionistas al reparto proporcional? (51).

*c)* Finalmente, no deja de sorprender que, a estas alturas, la Comisión Europea se preocupe de demandar al Estado español por supuesta violación de la Segunda Directiva cuando jamás ha expresado preocupación o inquietud alguna —tampoco ahora— ante la norma italiana del *Codice Civile*, en la que precisamente se inspiró nuestro legislador para extender a los obligacionistas con títulos convertibles el derecho de suscripción preferente. Uno se pregunta, además, si desde el punto de vista del principio de oportunidad, no existen otras anomalías en la transposición de las directivas por parte de los distintos Estados que merezcan de la Comisión una atención más preferente que la que nos ocupa, cuya trascendencia, aun en el caso de que finalmente debiera entenderse que los artículos 158 y 293.3 de la LSA efectivamente se apartan de la Segunda Directiva, es realmente insignificante. En estas circunstancias, es difícil no evocar la vieja máxima *de minimis non curat praetor.*

## 2. ¿Es necesario el *placet* del sindicato de obligacionistas?

Establecido lo anterior, estamos en condiciones de atender a la pregunta que anteriormente dejábamos planteada: ¿precisa la exclusión del derecho de suscripción preferente en una nueva emisión de acciones o de obligaciones convertibles la aprobación del sindicato integrado por los antiguos obligacionistas con títulos convertibles? La cuestión no es fácil ni pacífica entre los autores. La respuesta positiva parece ser *prima facie* la que tiene más títulos para imponerse. La aprobación de la exclusión por el sindicato sería precep-

(51) Es cierto que el legislador podría haber arbitrado otro mecanismo para proteger a los titulares de obligaciones convertibles (como han hecho el legislador francés o el alemán), pero no estando predeterminados en una directiva los mecanismos de tutela de los obligacionistas —se trata todavía de una «zona libre» de Derecho comunitario—, no se ve razón para impedirle que opte —como lo ha hecho el legislador italiano— por organizar la debida tutela contra el aguamiento por la vía del derecho de suscripción preferente (vid. las distintas posibilidades en J. García de Enterría, *El significado de la nueva regulación de las obligaciones convertibles en acciones,* cit., págs. 37 y sigs.). Otra cosa es que, en el plano técnico, la opción seguida pueda tacharse de simple o, como se ha observado, de «simplista» (cfr. J. García de Enterría, *Le obbligazioni convertibili*, cit., pág. 104).

tiva por imperativo de algunos principios básicos del derecho de sociedades y del derecho de los contratos, de los que se desprenderían dos reglas importantes para nuestro caso, a saber: (i) la imposibilidad para la sociedad de menoscabar los derechos de una categoría especial sin su consentimiento (arg. ex art. 148 de la LSA); (ii) la prohibición a la sociedad de modificar unilateralmente las condiciones del préstamo (arg. ex arts. 300 y 301 de la LSA y 314 del RRM) (52). Pero un planteamiento de esta índole, a pesar de su buena apariencia, tampoco puede ser aceptado sin alguna reserva. Entendemos, en efecto, que la exclusión del derecho de suscripción preferente que asiste a los titulares de obligaciones convertibles en circulación no requiere, bajo ningún concepto, de la intervención del sindicato (53). Los argumentos principales que avalan esta conclusión son los siguientes:

*a)* El primero de ellos es de corte literal: ni los obligacionistas convertibles constituyen una «clase» de acciones a efectos del artículo 148, ni el derecho de suscripción forma parte de las «condiciones de emisión» a que se refieren los artículos 300 de la LSA y 314 del RRM; bajo la rúbrica de «condiciones de emisión» han de estimarse incluidas solamente las pactadas en el contrato de empréstito (vid. art. 310.1.3.ª del RRM) y no las que vienen impuestas por la ley imperativa (54).

*b)* El siguiente argumento es más de fondo. En efecto, aunque hubiera de aceptarse la premisa de que el derecho de suscripción preferente de los titulares de obligaciones convertibles integra las llamadas «condiciones de emisión», no sería correcto extraer de esta consideración la necesidad de subordinar la exclusión al *placet* del sindicato.

---

(52) Este planteamiento es usual en un sector de la doctrina italiana, cuyo ordenamiento parte —según sabemos— de presupuestos normativos absolutamente iguales a los nuestros: vid. MODICA, *Profili della disciplina del diritto di opzione...,* cit., págs. 82 y sigs.; BUSSOLETTI, «La posizione del possesore di obbligazioni convertibili nell'ordinamento italiano», en *Rivista di Diritto Commerciale,* 1980, I, pág. 50), etc. En España no ha sido explícitamente desarrollado, aun cuando algunos autores han opuesto reparos a la posibilidad de excluir el derecho de suscripción en estos casos, so pretexto precisamente de la no intervención del sindicato (vid., por ejemplo, ANGULO RODRÍGUEZ, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dir. SÁNCHEZ CALERO), VIII, cit., págs. 410-411).

(53) Esta es también la doctrina que prevalece tanto en nuestro país como en Italia: vid. TAPIA HERMIDA, *Algunos problemas sobre la emisión de pagarés...,* cit., págs. 1353-1355, y con menor claridad, TORRES ESCÁMEZ, *La emisión de obligaciones,* cit., pág. 254; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le obbligazioni convertibili,* cit., pág. 113 y sigs.; CASELLA, *Le obligazioni convertibili in azioni,* cit., pág. 204 y sigs.; CAMPOBASSO, *Le obbligazioni,* cit., pág. 460; PORTALE, «Opzione e sopraprezzo nella novella azionaria», en *Giurisprudenza commerciale,* 1975, I, pág. 203, nota 23; CAVALLO BORGIA, *Le azioni e le obbligazioni,* cit., pág. 236; DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili,* cit., pág. 106, etc...

(54) Cfr. TAPIA HERMIDA, *Algunos problemas sobre la emisión de pagarés,* cit., pág. 1354; J. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le obbligazioni convertibili,* cit., págs. 113-114.

En ese caso, lo procedente sería entender que la atribución a la junta de la competencia para acordar la exclusión (art. 159 de la LSA) implica *ex lege* una dispensa singular de este requisito establecido con carácter general para la modificación de las condiciones de emisión (55).

*c)* Finalmente, no puede perderse de vista que si de otro modo se llegara a supeditar la procedencia de la exclusión del derecho de suscripción preferente al consentimiento del sindicato de obligacionistas, se estaría amparando una cierta subversión del sistema previsto en el artículo 159 de la LSA. La razón se comprenderá fácilmente si se tiene en cuenta que de esa forma se estaría atribuyendo a terceros competencia para valorar el interés social, lo cual no parece muy consistente si partimos —como creemos que debe partirse en nuestro Derecho— de una concepción contractual del interés social en la que no tienen cabida los intereses de los acreedores. En la concepción contractual, el interés social es única y exclusivamente el interés común de los socios o, para decirlo de forma gráfica, el interés del accionista común, que normalmente consiste en la maximización del valor de la empresa (56). La conclusión, por ello, es muy clara: la valoración del interés social que legitima el sacrificio del derecho de suscripción *también* de los obligacionistas está reservada a los socios.

---

(55) CAMPOBASSO lo ha explicado, en la doctrina italiana, con particular claridad: *«En realidad, la propia premisa de que el derecho de suscripción preferente de los obligacionistas forma parte de las condiciones de emisión (pudiendo y debiendo estimarse esa fórmula como comprensiva de la disciplina legal que integra la convencional) hace insostenible la tesis* [que combatimos], *que por lo demás resulta desaconsejable desde el punto de vista práctico. En efecto, de la integración legal, que no puede ser parcial, se desprende que el derecho de suscripción preferente puede sacrificarse mediante el solo acuerdo de la junta y que, por tanto, estamos en presencia de una condición de la emisión que, por expreso dictado de la Ley, se sustrae a la aplicación de* [la norma que exige la aprobación por parte del sindicato de obligacionistas de las modificaciones de las condiciones de emisión]» *(Le obbligazioni,* cit., pág. 460).

(56) Sobre esta discusión nos permitimos reenviar a PAZ-ARES, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en *Revista de Derecho de Sociedades,* 1 (2003), págs. 103-104 [también en *Indret,* núm. 4 (2003), págs. 53-54] e *ibi* más referencias; recordando asimismo que el reciente Código Conthe opta claramente por la tesis contractualista en su recomendación número 7. La cuestión se ha planteado en términos muy semejantes en la doctrina italiana (vid., por ejemplo, CASELLA, *Le obbligazioni convertibili*, cit., pág. 205). El argumento no es ciertamente definitivo (alguien podría reponer que los obligacionistas convertibles, en su condición de accionistas en potencia, están también legitimados para colaborar en la definición del interés social); pero no está exento de peso. Obsérvese que, cuando el sindicato delibera, no hay garantía de que no prevalezca el interés asociado a la condición de prestamistas de sus integrantes sobre el interés asociado a la condición de accionistas potenciales.

### 3. Los mecanismos adecuados de protección de los obligacionistas: remisión

En todo caso, no ha de deducirse de la conclusión precedente que los antiguos titulares de obligaciones convertibles queden desamparados. El hecho de que no gocen de una protección directa a través del reconocimiento al sindicato de una facultad de veto, no implica que los obligacionistas de anteriores emisiones se vean privados de la protección indirecta que les dispensan los remedios generales. Conviene no olvidar, en este sentido, que si la exclusión del derecho de suscripción preferente no se justifica por el interés social o infringe el principio de igualdad (como sucedería, por ejemplo, si se suprimiera únicamente el derecho de los obligacionistas, pero no el de los accionistas), los obligacionistas siempre podrán hacer uso de los medios de defensa que proporcionan las acciones contractuales de incumplimiento —resolución del préstamo y daños y perjuicios (por no estar justificada la exclusión)— o, en su caso, las acciones societarias de impugnación de los acuerdos sociales (57).

*RESUMEN*

*DERECHO DE SUSCRIPCIÓN*

*Contrariamente a lo que ha sostenido la Comisión Europea en su reciente demanda contra el Estado español por incorrecta transposición de la 2.ª Directiva en materia de Sociedades, el hecho de que la legislación doméstica guarde silencio sobre la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente en la emisión de obligaciones convertibles no significa que ésta sea inviable. Esta es la tesis central del presente estudio, que se ocupa además de otras cuestiones colaterales a esa principal y, singularmente, de la admisibilidad de la delegación en los administradores de la facultad de*

*ABSTRACT*

*SUBSCRIPTION RIGHTS*

*Contrary to what the European Commission sustained in its recent legal proceedings against Spain for incorrect transposition of the Second Directive on Companies, the fact that domestic legislation is silent on the possibility of refusing pre-emption rights in convertible bond issues does not mean that the possibility is unviable. This is the central thesis of this paper, which also addresses other questions collateral to the main question, particularly the admissibility of delegating to directors the power to issue convertible bonds with refusal of preemption rights and clarification of the*

(57) Sobre este extremo, que aquí únicamente puede quedar insinuado, vid., entre otros, Casella, *Le obbligazioni convertibili...,* cit., pág. 202 y sigs., esp. 205 y sigs.; J. García de Enterría, *Le obbligazioni convertibili,* cit., pág. 111 y sigs.; Tapia Hermida, *Algunos problemas sobre la emisión de pagarés,* cit., pág. 1354; Torres Escámez, *La emisión de obligaciones,* cit., pág. 254, etc.

*emitir obligaciones convertibles con exclusión del derecho de suscripción preferente y de la clarificación de los criterios con arreglo a los cuales ha de llevarse a cabo el juicio de adecuación al «interés social» de la exclusión.*

*criteria pursuant to which judgement must be made on how conducive refusal is to the «company interest».*

*(Trabajo recibido el 22-1-07 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario (1)

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

*SUMARIO*

1. INTRODUCCIÓN.
2. FUNCIÓN DE LOS SISTEMAS REGISTRALES.
3. LOS SISTEMAS REGISTRALES COMO REDUCTORES DE ASIMETRÍAS INFORMATIVAS.
4. TIPOS DE SISTEMAS REGISTRALES:
   4.1. Registros de documentos.
   4.2. Registros de derechos:
      4.2.1. *Concepto.*
      4.2.2. *Breve referencia a la inscripción como título-valor. El valor de la inscripción como título.*
5. EFICACIA DE LOS SISTEMAS REGISTRALES.
6. EVIDENCIAS EMPÍRICAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE SISTEMAS REGISTRALES Y MERCADO HIPOTECARIO:
   6.1. Eficacia operativa de los Registros:
      6.1.1. *Comparación de costes operativos.*

(1) Este artículo tiene su origen en dos conferencias. A saber: 1. La primera, titulada «El Registro como instrumento de intervención en el mercado», pronunciada el 20 de octubre de 2004 en el acto de clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, celebrado en Santiago de Compostela. 2. La segunda —con el título de este trabajo— pronunciada en Sao Paulo (Brasil) el 15-9-2006, con motivo del evento Febraban. V Congreso de Derecho Bancario.

6.1.2. *Tiempos de formalización del Registro y de ejecución de las garantías hipotecarias.*

6.2. VARIABLES SOCIOECONÓMICAS:

6.2.1. *Tamaño relativo del mercado hipotecario.*
6.2.2. *Inversión extranjera en inmuebles.*

6.3. LOS TIPOS DE INTERÉS.

7. LOS OBSTÁCULOS PARA EL DESARROLLO EMPRESARIAL EN AMÉRICA LATINA.

8. REFERENCIA A LAS POLÍTICAS DE FORMALIZACIÓN Y SU IMPACTO SOBRE EL MERCADO HIPOTECARIO.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas registrales desempeñan funciones esenciales en una economía de mercado, no solamente en relación con el desarrollo de los mercados crediticios —singularmente hipotecarios—, sino, también, en relación con el funcionamiento eficiente del sistema económico en su conjunto.

La presente exposición tiene por objeto, sin embargo, explicar únicamente el primer aspecto, esto es, la relación existente entre los sistemas registrales y los mercados hipotecarios, más concretamente entre los grados de eficiencia y de eficacia de un sistema registral y el desarrollo de tales mercados.

Aún así, para comprender tal relación en toda su profundidad, es preciso hacer una referencia, por breve que sea, a la función económica general de un sistema registral. Ello nos posibilitará, además, entender mejor los sistemas registrales, lo que, a su vez, nos permitirá evaluar tanto el grado de eficiencia como de eficacia de los mismos.

Para ello, recurriremos al método denominado *ingeniería inversa* (2). Como explica, S. PINKER, mientras en la *ingeniería proyectual* se diseña una máquina para hacer algo, para cumplir una función, la *ingeniería inversa* trata de averiguar la función para la que una máquina fue diseñada y, de ese modo, entender el diseño tanto de la máquina en su conjunto como el de cada uno de sus componentes. Pero la ingeniería inversa, según nos explica PINKER, sólo es posible cuando disponemos de una pista acerca de la función para la que fue concebido el aparato en cuestión.

Quizá sea así cuando hablamos de tecnología física, al menos en muchos casos. Pero, tratándose de instituciones —de *tecnología institucional*— cabe recurrir a la ingeniería inversa, aun cuando no dispongamos de las *pistas* a

(2) Esta expresión ha hecho fortuna en el ámbito de la psicología evolutiva, basada en las ideas darwinistas y que ha alcanzado notables éxitos en la explicación de la conducta humana o del funcionamiento de la mente. Vid., por todos, PINKER, Steven, *Cómo funciona la mente,* págs. 39, 40, 66. Ed. Destino, 2000, Barcelona.

las que se refiere PINKER, mediante el recurso de imaginar qué problemas tendría una sociedad sin esa institución concreta, deduciendo de ello la razón o razones de su creación, es decir, su función o finalidad. Aún así, obviamente, el recurso al método de la ingeniería inversa se verá facilitado si disponemos de pistas al respecto.

Porque esta idea —básica en una concepción evolutiva— es aplicable no sólo a los organismos en un sentido biológico, sino también a las herramientas o aparatos creados o fabricados por el hombre, y también, cual es el caso del registro, a las instituciones conformadas a lo largo de la historia para cubrir ciertas necesidades ineludibles para la supervivencia y el progreso de la especie humana.

Si identificamos adecuadamente esas necesidades, podremos entender mejor la función, y si entendemos la función adecuadamente, podremos entender el diseño institucional creado para desempeñarla, y entonces, y sólo entonces, estaremos en las condiciones adecuadas para evaluar su grado de eficiencia y de eficacia y de hacer, en su caso, propuestas de mejora. En definitiva, *la ingeniería inversa es la que nos permite hacer una buena ingeniería proyectual, también en el ámbito institucional* (3).

---

(3) Esta idea también es básica en el ámbito de la economía institucional, en el que pretende desarrollarse este trabajo. Como señala S. PINKER en *op. cit.* Fue DARWIN quien dio la justificación lógica de la ingeniería inversa, al señalar, en su conocida obra cómo los «órganos de una perfección y complejidad extremas, que justamente exaltan nuestra admiración» surgen no de la previsión divina sino de la evolución de replicantes durante un período de tiempo inmenso. Señala también el ejemplo de W. HARVEY, quien en el siglo XVII descubrió que las venas tenían válvulas, y de ello dedujo que las válvulas debían estar allí para permitir la circulación de la sangre. Desde entonces hemos avanzado en la comprensión del cuerpo como una máquina maravillosamente compleja... ¿Por qué tenemos, por ejemplo, orejas asimétricas y llenas de pliegues cartilaginosos? Para filtrar las ondas del sonido que provienen de direcciones diferentes y de modos también distintos. Los matices de la zona de sombra del sonido permiten al cerebro saber si la fuente emisora se halla arriba o abajo, delante o detrás de nosotros. Es la estratagia de la *ingeniería inversa* la que nos permite alcanzar esta comprensión.

De hecho es lo que hacen los científicos industriales de la Sony cuando la Panasonic anuncia el lanzamiento de un nuevo producto o viceversa. Compran uno, lo llevan al laboratorio, lo desmontan e intentan averiguar cuál es la finalidad que cumplen todas las piezas y de qué modo se combinan para hacer que el aparato funcione.

Es, además, el procedimiento que utilizamos todos nosotros cuando nos encontramos ante un nuevo artilugio. Al rebuscar en un viejo almacén, por ejemplo, damos con un ingenio que resulta impenetrable hasta que averiguamos para qué fue diseñado. Cuando caemos en la cuenta de que se trata de, v.gr.: un deshuesador de aceitunas, de pronto comprendemos que el anillo de metal está diseñado para ceñir la aceituna y que la palanca baja una cuchilla en forma de «x» por un extremo, de modo que el hueso salga por el otro. Las formas y la disposición de los resortes y de los muelles, bisagras, charnelas, hojas y cuchillas, palancas y anillos cobran sentido cuando se comprende la función y entonces llegamos a comprender, además, por qué las aceitunas envasadas tienen una incisión en forma de x en uno de sus extremos. Vid., S. PINKER, *op. cit.*

## 2. LA FUNCIÓN DE LOS SISTEMAS REGISTRALES

Decíamos que la *ingeniería inversa* aplicada al ámbito institucional, aun cuando no requiera una pista de la función para la que fue diseñada la institución en cuestión, ve facilitado su uso si disponemos de pistas al respecto.

Pues bien, en el caso de los registros tenemos algo más que una pista. Tenemos declaraciones explícitas por parte de los legisladores: se trataba de fomentar el crédito territorial, esto es, de convertir a los bienes inmuebles en activos económicos, capaces de servir de garantía al crédito, la gran palanca de toda economía moderna que, como se ha dicho, no es sino una economía de créditos (4). Para que los inmuebles puedan cumplir esta función es necesario que se den dos condiciones: 1) que la propiedad sobre los mismos sea una propiedad segura, y 2) que sea fácilmente transmisible (5).

---

Es también la estrategia característica de la economía institucional que exige entender previamente la racionalidad subyacente —función— de las instituciones —y de cada una de sus partes— antes de proponer reformas. De lo contrario, se corre el riesgo cierto de que no se sepa valorar adecuadamente una determinada institución y de que los *resultados* de las reformas sean muy distintos de los *deseados*. Este es el sentido de un refrán español, según el cual «el camino del infierno se halla empedrado de buenas intenciones». Aunque solamente, claro está, cuando hay buenas intenciones, pues también puede suceder algo muy distinto, que el desconocimiento de la función que cumple una determinada institución —y, por tanto, qué costes alternativos y superiores ahorra— sea utilizado por determinados grupos de interés para, en connivencia o no con el poder político, proponer reformas que fuercen un coste social mayor y de ese modo poder obtener mayores beneficios privados. Vid. v.gr.: POSNER, R. A., *El análisis económico del Derecho,* págs. 502 y sigs., ed. Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1998. COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley,* Alianza Ed. Madrid, 1994.

En el ámbito «micro» o «intrainstitucional» puede darse también un fenómeno parecido. Puede suceder que quien tiene a su cargo una parte de la institución entienda muy bien el mecanismo —cómo funciona esa parte— pero no la función de esa parte dentro de la institución, o que conozca la función de esa parte, pero no la de la institución en su conjunto, ni la de la institución dentro del sistema general. En tales situaciones, es difícilmente evitable que se produzca un déficit, más o menos importante, de eficiencia o de eficacia de la institución como tal.

(4) LEPAGE, Henri, *Por qué la propiedad,* CCE, Madrid, 1985.

(5) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley para la Reforma de la Legislación Hipotecaria, de 11 de febrero de 1858, es de una claridad meridiana: «*Cuando la propiedad no puede transmitirse fácil y seguramente, no acuden los capitalistas a emplear sus fondos en préstamos con hipoteca. La escasez de la oferta produce la carestía del interés de los capitales prestados como compensación del riesgo a que se exponen los prestamistas*». Asimismo, la «Exposición de 6 de junio de 1860, de los motivos y fundamentos del proyecto de Ley Hipotecaria»: «*...Nuestras leyes hipotecarias están condenadas por la ciencia y por la razón, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguran debidamente a los que sobre esta garantía prestan sus capitales. En esta situación...*

En efecto, cuando quien adquiere una propiedad inmobiliaria adquiere una «caja de sorpresas» —no puede estar seguro de si ha adquirido del verdadero dueño, o si hay cargas que no ha podido conocer porque el transmitente no se las ha revelado o porque tampoco las conocía—, porque no puede conocer el verdadero «estado civil» de la propiedad que adquiere o porque sólo puede hacerlo a un precio extremadamente elevado, la consecuencia son que hay pocas transacciones, que los mercados no se desarrollan y que la propiedad así adquirida no sirve de garantía para acceder al mercado de capitales.

Desde Adam SMITH sabemos que la especialización —la división del trabajo— es la base del bienestar público. A mayor especialización, mayor crecimiento y mayor bienestar. La especialización implica interdependencia y ésta necesita de intercambios voluntarios en beneficio recíproco.

Pero intercambiar —contratar— no es fácil. El motivo estriba en que, al tener cada una de las partes sus propios intereses, pueden emplear el intercambio como instrumento para apropiarse de los frutos del esfuerzo ajeno.

Esta lucha expropiatoria derrocha recursos de forma directa e indirecta (6). Directamente, porque requiere dedicar medios valiosos tanto para efectuar el fraude o engaño como para evitarlo. Indirectamente, porque al darse cuenta del riesgo que corren, muchos contratantes potenciales se niegan a contratar, reduciendo así el grado de especialización.

Debido a esta posibilidad de conducta oportunista, para que sea viable la especialización, es necesario organizar los intercambios de tal modo que se

---

*la reforma es urgente e indispensable para la creación de bancos de crédito territorial, para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos sobre la cosa, para poner límites a la mala fe, y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados».* Pone de manifiesto B. OLIVER que en aquella época (1855) el Gobierno dedicó todos sus esfuerzos «al estudio de los medios más conducentes y rápidos para atraer los capitales con que debían fomentarse las tres principales fuentes de la riqueza pública: la agricultura, el comercio y la industria. Y juzgando que los primeros y más fuertes obstáculos que se oponían... nacían de la legislación mercantil, en lo que toca al crédito comercial e industrial, y de la legislación civil, en lo que toca al crédito territorial y agrícola, acordó acometer simultáneamente la reforma de ambas legislaciones y llevarla a cabo en el más breve plazo posible». Esta reforma simultánea de la legislación mercantil e hipotecaria con la finalidad de fomentar el crédito —comercial e hipotecario— apenas ha sido puesta de manifiesto por la doctrina hipotecaria española. El estudio conjunto de ambas reformas hubiera facilitado grandemente la comprensión de la función y de la arquitectura registral que se introducía, como he puesto de manifiesto en otro lugar. Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando Pedro, *El Registro como instrumento de intervención en el mercado,* Discurso de Clausura del II Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Santiago de Compostela, 24 de octubre de 2004.

(6) HIRSHLEIFER, J., «The Dark Side of the Force», *Economic Inquiry,* 32, 1994, citado por ARRUÑADA, B., en «Límites institucionales al desarrollo de la empresa», en *Papeles de la Economía Española,* págs. 78-79, 1999.

armonicen los intereses potencialmente conflictivos de las partes. Como ha observado R. WRIGHT, para que los individuos y grupos —que persiguen el interés propio— quieran obtener beneficios comunes, es decir, quieran cooperar, intercambiar, es preciso resolver dos problemas previos: la incomunicación y la desconfianza (7), o, si se prefiere, la desconfianza generada por el desconocimiento, la desinformación, la incomunicación, junto con la seguridad de que cada parte contractual se comportará conforme al modelo conductual que maximiza el autointerés (8).

Pues bien, la humanidad, a lo largo de la historia, ha ido generando todo tipo de tecnologías dirigidas a superar estos obstáculos y, de este modo, facilitar los intercambios.

Así, como han puesto de manifiesto A. JOHNSON y T. EARLE, en la época de los liderazgos supraaldeanos, en sociedades que desconocían la escritura, existía una figura —«el hombre importante»—, dotado de una memoria prodigiosa para las relaciones de parentesco y para las transacciones del pasado (9).

La invención de la *escritura* fue decisiva para contribuir a vencer estos obstáculos, ya que impedía a ambas partes desconocer o negar lo pactado. Si la falta de información, y, por tanto, las dificultades para obtenerla, son uno de los obstáculos básicos para la cooperación, es obvio que las nuevas tecnologías de la información —cual es el caso de la escritura— facilitan la cooperación y por lo tanto los intercambios. La escritura, además, no sólo sirve para transmitir información, sino para generar confianza (10).

---

(7) Vid. WRIGHT, R., *Nadie pierde. La teoría de los juegos y la lógica del destino humano*, pág. 354. Ed. Tusquets, Barcelona, 2005.

(8) Todas las actividades económicas están sometidas a esta lógica, que obliga a los individuos a salvaguardar con cuidado los intercambios, lo que impone unos costes que se han venido en denominar «costes de transacción», que tienen por finalidad reducir este derroche de recursos y posibilitar una mayor especialización. En efecto, el vendedor, por ejemplo, puede poseer cierta información acerca del bien que, si también conociese el comprador potencial, no compraría o lo haría a menor precio, lo que el vendedor sabe perfectamente. A su vez, el comprador sabe que si el vendedor posee esa información, no se la facilitará. En definitiva, no puede estar seguro sobre si el vendedor le oculta información relevante.

(9) JOHNSON, A. y EARLE, T., *The Evolution of Human Societies: from Foraging Group to Agrarian State*, Stanford U.P., 1987.

(10) De hecho, como pone de manifiesto WRIGHT, en *op. cit.,* pág. 107, aunque la escritura ha sido y es instrumento de algunas de las más altas expresiones del espíritu humano —poesía, filosofía, ciencia—, surgió como instrumento de lo más prosaico: la economía, la administración, la política. Es interesante reproducir aquí la siguiente cita que hace el *New York Times* de 11 de noviembre de 1997, que decía lo siguiente: «La referencia escrita más antigua que se conserva sobre el templo del rey Salomón es una inscripción en un pedazo de arcilla del siglo VII antes de Cristo. ¿Qué podría ser? ¿Versículos de una plegaría? ¿Un himno a la divinidad? No. Es un recibo. Un individuo donó tres siclos de plata al templo y el donativo quedó debidamente registrado».

En efecto, en la Antigua Mesopotamia, el prestamista no temía que el prestatario le negase la recuperación del préstamo, ni el prestatario temía que el prestamista hinchase la deuda, porque había un registro —en el sentido de archivo de contratos— que lo atestiguaba.

Pero, como observa R. WRIGHT, la escritura no fue ni mucho menos lo único que contribuyó a solucionar el problema de la confianza en los antiguos estados de Asia, Oriente Próximo y Mesoamérica.

Otro medio fue la *sistematización de la justicia:* la seguridad de que los tramposos serían castigados. Pero también para ello la escritura era de un valor inestimable, ya que los códigos tienen más precisión y autoridad cuando se graban en algo. Así, el Código de la ciudad mesopotámica de Eshnuna —escrito un siglo antes que el celebérrimo Código de Hammurabi— no deja dudas sobre lo que ocurría si pagábamos un siclo a un hombre para que nos segara el campo y el hombre no se presentaba: tendría que darnos diez siclos.

También en Mesopotamia, los funcionarios tenían unos sellos cilíndricos con adornos que, cuando se estampaban en una tablilla de arcilla, dejaban impresa una firma prestigiosa, de valor oficial, que reforzaba la confianza, cuando se trataba de préstamos u otras transacciones (11).

La clave está en que las tecnologías de la información, al abaratar el coste del transporte de datos y su conservación, vencen la desinformación y, junto con la actuación compulsiva del Estado, fundamentan la confianza, por lo que facilitan la coordinación de los intereses comunes, y, por tanto, la realización de los intercambios, base del crecimiento y del bienestar.

Obsérvese que las *tecnologías de la información*, al facilitar la obtención y difusión de la información requerida, lo que hacen en realidad es *disminuir* las *asimetrías informativas* entre los individuos.

## 3. LOS SISTEMAS REGISTRALES COMO REDUCTORES DE ASIMETRÍAS INFORMATIVAS

Piénsese que una de las características de las economías reales es que el nivel de información/desinformación *no* es homogéneo, sino que, por el contrario, son habituales los supuestos de asimetría informativa, es decir, los supuestos en los que una de las partes conoce mucho mejor que la otra los atributos —incluidos los jurídicos, que constituyen el único aspecto relevante a los efectos de esta exposición— del bien objeto de intercambio.

(11) Puede verse todo ello en WRIGHT, R., *op. cit.,* pág. 107 y sigs.

Las derivaciones de la asimetría informativa son múltiples, así como las instituciones —tecnologías organizativas— generadas por la humanidad a lo largo de la historia para prevenir o compensar los riesgos que de ella derivan.

De todo ello, interesa destacar ahora, primordialmente, dos aspectos:

*a)* Probablemente, a la parte mejor informada respecto de los atributos jurídicos del bien objeto de intercambio le reporte alguna utilidad ocultar esa información. Según el supuesto conductual que maximiza la riqueza, la parte mejor informada ocultará o mentirá cuando el beneficio de tal comportamiento sea mayor que el de las oportunidades alternativas que se le ofrezcan. La asimetría informativa, por tanto, genera el riesgo de comportamientos oportunistas, especialmente graves en el ámbito inmobiliario, lo cual dificulta el intercambio y la especialización (12).

*b)* La inexistencia de mecanismos eficientes y eficaces dirigidos a disminuir las incertidumbres derivadas de las asimetrías informativas deviene así en un obstáculo crítico para aumentar la especialización, el intercambio y, finalmente, el crecimiento económico y el bienes-

---

(12) El éxito del oportunista conduce a un incremento generalizado de costes transaccionales. Sobre este particular, más extensamente MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho», en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (ed.), *La calificación registral,* Tomo I. Ed. Civitas, Madrid, 1996. Piénsese que uno de los problemas fundamentales que se planteaban en España, con anterioridad a 1861, era el denominado «crimen stellionatus», es decir, la ocultación por el vendedor al comprador de las cargas que pesaban sobre el inmueble, lo cual dificulta el intercambio y la especialización. En este sentido es necesario considerar que, al concretar las ventajas derivadas de la especialización en el ámbito inmobiliario, suelen distinguirse las asociadas a inversiones específicas y las asociadas al papel de los inmuebles como garantía crediticia, por lo que resulta claro que el disponer de un sistema bien desarrollado de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles genera incentivos eficientes para efectuar inversiones específicas sobre esos mismos bienes y facilita su utilización como garantía para el cumplimiento de otros contratos, singularmente de crédito. Estos aspectos fueron meridianamente puestos de manifiesto en el Dictamen de la Comisión del Congreso acerca del proyecto de ley autorizando al Gobierno para la reforma de la legislación hipotecaria vigente, emitido el 18 de febrero de 1858. En él puede leerse: «...las hipotecas tácitas y las cargas ocultas no permiten contratar sobre los bienes raíces con toda la seguridad que exigen la justicia y el interés público. Y, por último, la existencia indefinida de estas mismas hipotecas y cargas son para el propietario una amenaza constante que le roba la tranquilidad y la confianza a que tiene derecho según la naturaleza de su dominio.

...El crédito territorial, que se funda principalmente en la confianza del reembolso de los capitales prestados, no puede prosperar y desenvolverse allí donde la propiedad, por efecto de las leyes que la rigen, no es una garantía indefectible». En efecto, en una situación así, se genera: 1. Un bajo nivel de confianza de los inversores y, en consecuencia, bajos niveles de inversión privada. 2. Escasa seguridad en el ejercicio de los derechos, lo que condiciona, a su vez, que los mercados de compraventa y alquiler sean ineficientes. 3. Escaso desarrollo del sector crediticio, especialmente del hipotecario.

tar, pues su consecución requiere una larga y compleja cadena de contratos (13).

Pues bien, la función central de los sistemas registrales consiste en contribuir a disminuir e, incluso, eliminar las asimetrías informativas referentes a los atributos jurídicos de los inmuebles objeto de intercambio, vedando esta vía de incursión a los comportamientos oportunistas.

En este aspecto, cumplirán tanto más eficazmente su función cuanto más información y de mejor calidad suministren al respecto, de modo que la misma sea aceptada, tanto por sus atributos legales como por su reputación, como insumo incuestionable tanto en el ámbito contractual como en el judicial.

Desde un punto de vista económico, es esencial entender que *la utilidad de los productos registrales para las empresas —para todas, pero singularmente para las crediticias— y en general para los diferentes agentes económicos depende de cuál sea el valor que les otorguen los jueces.*

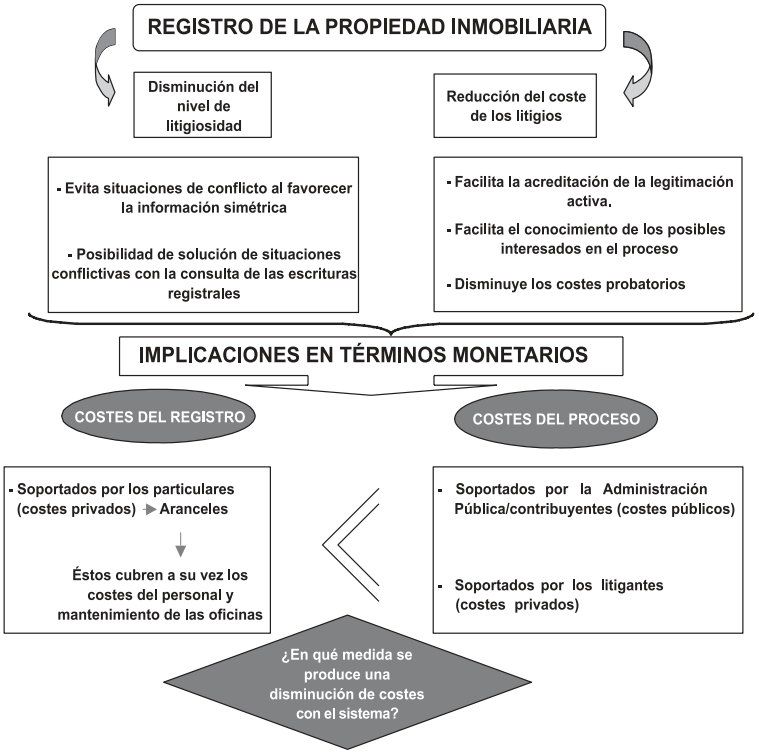
El motivo reside en que la contratación privada sólo se basará en la información registral si, en caso de litigio, los jueces respaldan los pronunciamientos registrales —especialmente a los que despejan titularidades y cargas— pues, de lo contrario, el mercado atenderá a otros elementos a los que los jueces concedan mayor valor probatorio (14). Si se produce tal respaldo, redundará en una disminución de la litigiosidad, con el subsiguiente ahorro transaccional, dadas las diferencias de costes entre el proceso de inscripción y el de litigación hasta obtener una sentencia. Si los pronunciamientos registrales, especialmente los de los registros de derechos, gozan de respaldo judicial, contribuyen a disminuir, también, el coste de la litigación, como acreditan las siguientes tablas:

---

(13) Vid. NORTH, D. C., en *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico.* Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995. También MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., en «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo,* T. III, pág. 4037 y sigs. Ed. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2003.

(14) Esta idea fundamental aparece expuesta y desarrollada en el informe *Simplificación administrativa para PYMES: Sistema de seguimiento y evaluación de proyectos. Una estrategia de creación de valor,* realizado por la empresa Registra SLU del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para el Banco Mundial en 2005. Fue realizado por un equipo de consultores dirigido por Benito ARRUÑADA. En dicho informe se señala también que, precisamente por este motivo, es necesario pensar en estos aspectos jurídico-judiciales cuando se proyectan reformas de los sistemas registrales, si se quiere que tales reformas sean realmente útiles para las empresas y, en general, para la economía.

## El Registro de la Propiedad y los costes de litigiosidad



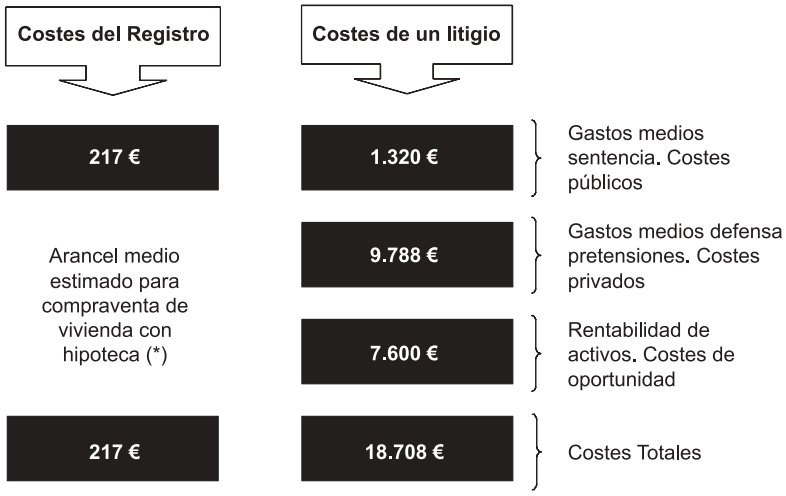

*Fuente: AFI*

APROXIMACIÓN A LA ESTIMACIÓN DE LAS TASAS DE LITIGIOSIDAD

| | *Hipotecarios* | *Arrendaticios* |
|---|---|---|
| Volumen de litigiosidad (Registros de asuntos, Juzgados de 1.ª Instancia) | 6.360 | 27.345 |
| Volumen de Actividad | 6.201.887 (*) | 4.411,619 (**) |
| Tasa de litigiosidad (%) | 1,03 | 6,20 |

(*) Inscripciones, anulaciones y cancelaciones practicadas por los Registros (2002).
(**) Número de viviendas en alquiler o bajo otro régimen, y estimación de locales comerciales y otros inmuebles no residenciales en arrendamiento.
*Fuente:* AFI a partir de CGPJ, INE, DGRN.

COSTES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD *VERSUS* COSTES DE LA LITIGIOSIDAD




*Nota: (*) Estimación arancel registral a partir del precio de vivienda media en España 2004 para una compraventa con hipoteca, incluyendo tasa de presentación y reducciones aplicables tras las reformas de 1999 y 2000*

Es preciso también entender que el valor reputacional de la información registral —y, a la postre, también su valor legal— se halla en función directa de su calidad (15), y ésta depende de las garantías —en definitiva, de la fiabilidad— que ofrezca el proceso de producción de la misma. Por ello, *el tipo de servicios que produce el registro viene determinado en gran medida por la estructura de la organización encargada de producirlos y, a su vez, el tipo de servicios que se desea que produzca el registro determina, en gran medida, la estructura de dicha organización* (16).

---

(15) Calidad en el ámbito registral quiere decir extensión —idealmente *complitud,* que abarque todos los elementos jurídicamente relevantes— y *fiabilidad.* Sólo de este modo, la información registral puede vencer los dos grandes obstáculos para la cooperación, a saber: incomunicación y desconfianza, señalados al principio de la exposición.

(16) Es este un aspecto fundamental en el que no nos podemos detener por no ser el objeto de esta exposición. Pero es fundamental ser consciente de ello. Obviamente la fiabilidad de la información registral requiere rigurosos controles de entrada realizados por una organización registral independiente. Tales controles suelen ser molestos para las empresas y demás agentes que operan en el mercado y, a menudo, suelen utilizar su capacidad de interlocución política para intentar suprimirlos o eliminarlos, sin ser conscientes de las graves distorsiones que pueden producirse, comenzando por la disminución de los efectos jurídicos de los registros, es decir, por la disminución de su valor legal

## 4. TIPOS DE SISTEMAS REGISTRALES

Es sabido que no todos los sistemas registrales son del mismo tipo, y también que no todos los del mismo tipo son igualmente eficientes ni eficaces.

Expuesta la función primaria de los sistemas registrales —fomentar el crédito territorial mediante la seguridad de la propiedad y su fácil movilidad—, es preciso hacer una breve referencia a los dos tipos fundamentales de sistemas, para, después, poder evaluar su grado de eficacia en relación con el objetivo perseguido o, si se prefiere, con la función asignada (17).

En realidad, los dos tipos básicos de sistemas registrales que se conocen —de documentos y de derechos— son dos respuestas distintas a una misma pregunta: si alguien adquiere de buena fe de quien no es dueño, ¿a quién debe proteger la ley? ¿al verdadero dueño? ¿al adquirente de buena fe? Si se opta por la primera solución estaremos ante un registro de documentos; si por la segunda, ante un registro de derechos (18).

---

(pérdida o disminución de valor probatorio). Esta dilución puede ser eficiente en determinados casos, pero ha de decidirse tras estudiar detenidamente costes y beneficios, en vez de dar por supuesto que los beneficios exceden a los costes. Por el contrario, la experiencia demuestra que el valor de semejantes reformas suele ser muy limitado e incluso negativo para las propias empresas, por mucho que puedan reducir sus costes —explícitos e implícitos— de tramitación. El motivo: la disminución del valor legal y judicial de la información registral impide que el registro pueda prestar su mayor utilidad: reducir costes de transacción futuros a las propias empresas y agentes en general.

Por ello, aumentar el valor legal y judicial de los pronunciamientos registrales siempre es eficiente. Ello requerirá exigir controles rigurosos, que no pueden ni deben ser suprimidos, a la vez que no deben exigirse más de los necesarios y, además, deben ser instrumentados del modo menos gravoso posible. Para que tales controles produzcan los efectos deseados se requiere una organización independiente, competente y eficientemente estructurada.

(17) Evidentemente, se trata de una referencia somera. Por otra parte, no es momento de entrar a evaluar en profundidad las diferencias de eficacia y de eficiencia dentro de los mismos tipos de sistemas registrales, lo que se halla íntimamente relacionado con su organización y con su gestión.

(18) Para un examen más amplio de estas cuestiones, MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., «La función económica del sistema registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2002. También, «Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo.* Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003. Asimismo, ARRUÑADA, Benito, *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa,* Ed. Palestra, Perú, 2004. También PARDO NÚÑEZ, C. R., «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», puede verse en *La calificación registral. T. I.* GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., ed. Civitas, Madrid, 1996. COOTER, R., y ULEN, Th., *Derecho y Economía*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

### 4.1. Registros de documentos

Los registros de documentos —también denominados de mera oponibilidad— se caracterizan por archivar los documentos, dando fe de su entrada —cuya fecha y no la del propio documento suele ser la relevante a efectos de tercero— y emitiendo copias o certificaciones de su contenido. La ley suele establecer, además, que los documentos no presentados, no son oponibles a terceros. Por ello, no informan acerca de quién es el legítimo propietario, o, al menos, la persona de quien se puede adquirir sin temor a evicción.

En consecuencia, es necesario recurrir bien a procedimientos judiciales previos a la adquisición, bien al seguro privado, si se quiere tener una cierta seguridad, al menos indemnizatoria, o si se desea utilizar el inmueble como garantía de un crédito.

Cuando la ley asigna el efecto de inoponibilidad, produce una importante consecuencia: aunque no informen acerca de quién sea el dueño y demás extremos necesarios, sin embargo, en relación a los terceros, el dueño sólo puede ser uno de los que el registro publica, lo que acota el área y reduce los costes de investigación, tanto para adquirentes como para compañías de seguros, al reducir las fuentes generadoras de posibles «sorpresas» —en forma de *verus dominus* o de cargas preferentes ocultadas, excepción hecha de los privilegios legales—.

### 4.2. Registros de derechos

#### 4.2.1. *Concepto*

Los registros de derechos, también denominados de fe pública, se denominan así porque la inscripción produce, junto con otros, un efecto fundamental denominado, precisamente «fe pública registral». Tal efecto consiste en que quien adquiere, mediante contraprestación, confiando en lo que el registro publica, es mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el derecho del transferente, si la causa de anulación o de resolución de su derecho no constaba en el propio registro y era ignorada por el adquirente —*bona fides*—. El Registro desempeña, así, respecto del adquirente, una doble función: de publicidad y de garantía de lo publicado.

Para que este fundamental efecto se pueda producir es necesario que la ley prescriba que, al menos frente a tercero, el contenido de la inscripción registral se imponga al contenido del título que la motivó, salvada la buena fe del tercero. Es necesario, asimismo, que el registro ejerza una función de control legal, mediante la cual supervisa que las correspondientes transacciones respeten el ordenamiento legal, tanto en lo que respecta a terceros como

a los propios contratantes. Al control se conecta el efecto fe pública, el derecho queda intabulado y el registro se convierte en un sistema de producción de derechos de propiedad aptos para el mercado («marketables»).

### 4.2.2. *Breve referencia a la inscripción como título-valor* (19). *El valor la inscripción como título*

Es muy importante entender esta idea, clave para que un registro sea de derechos.

*En efecto, estos tipos de registros no se limitan, ni mucho menos, a publicar el derecho, sino que, por el contrario, desde la perspectiva del mercado, lo crean*.

Este es el sentido de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, al decir:

*«Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero* —léase del mercado— *el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»* (20).

No se trata de reproducir ahora la vieja polémica sobre el carácter declarativo o constitutivo de la inscripción en el registro, ni de argumentar sobre si la inscripción suple a la tradición, polémicas que han consumido muchas páginas entre los hipotecaristas y no hipotecaristas (21).

---

(19) Se adelantan aquí, con trazo grueso, algunas ideas de un trabajo más amplio de próxima publicación, a saber: *La inscripción como título-valor.*

(20) No debe olvidarse que esta es la razón, además, por la cual la Exposición de Motivos disponía lo siguiente —absolutamente esencial—: «Esta manera que tiene la comisión de considerar la Ley de Hipotecas, necesariamente había de conducirla a consignar como una de las bases capitales del proyecto que los registros deben estar bajo la dependencia exclusiva del Ministerio de Gracia y Justicia y bajo la inspección de la autoridad judicial, siendo ésta únicamente la llamada a decidir las cuestiones y dudas que se susciten. Lo que a derechos civiles se refiere, no puede, con arreglo a nuestra legislación política, estar subordinado a las autoridades del orden administrativo, a lo que es consiguiente que tampoco dependa de los centros que han de impulsar la marcha de la administración activa».

(21) Estas discusiones, que tanto tiempo han ocupado, tiene sentido técnico, pero la argumentación utilizada suele corresponder a una época propia de una economía de sub-

Lo que la Exposición de Motivos pretende expresar es, a mi juicio, otra idea, bastante obvia por otra parte. A saber:

Cuando *Ticio* adquiere v.gr.: por compra un inmueble de quien se presenta como dueño mediante la exhibición de un contrato o de su título adquisitivo, sólo deviene dueño si su *tradens* lo es en el momento de la transmisión. Pero la exhibición por el transmitente de su título adquisitivo —en el ejemplo, de su contrato de compraventa— nada garantiza a *Ticio* al respecto.

En efecto, no le garantiza: ni *a)* que el *tradens* de su *tradens* era dueño cuando le transmitió, ni *b)* que, aunque lo fuera, su *tradens* no haya transmitido anteriormente a otra persona y se lo oculte. Si en estas condiciones adquiere, sólo es dueño respecto de su vendedor —de su *tradens*— porque es el único que no le puede reclamar, si recibió el precio (22), pero no lo es —o puede no serlo— respecto de los demás que puedan haber adquirido del mismo transmitente, especialmente respecto del que haya inscrito su derecho. Si, por el contrario, no han inscrito otros posibles adquirentes previos y el inscribe, su título prevalecerá frente a todos los demás, por la fuerza de la inscripción, y, gracias a ellas devendrá dueño *erga omnes,* es decir, dueño en sentido estricto.

En efecto, quien no puede exhibir un título que prevalezca frente a los demás no es dueño, porque el mercado no lo considerará tal, sino un simple poseedor (porque, en efecto, o se puede acreditar que se es dueño frente a todos o no se es dueño, porque no se puede ser dueño frente a unos y no

---

sistencia, esto es, de épocas en las que el principal valor de los inmuebles no era su valor de cambio, sino su valor de uso, en la que los intercambios inmobiliarios eran escasos —y aún no bien vistos—, las comunidades eran pequeñas, todos se conocían entre sí y todo el mundo sabía de quién era cada inmueble del lugar. Es este contexto de contratación escasa entre conocidos el que actúa como telón de fondo de la discusiones. Ahora bien, en una economía desarrollada, con mercados inmobiliarios de grandes proporciones, en la que el valor del inmueble como activo económico —su valor de cambio— es, al menos, tan importante como su valor de uso, y en el que la inmensa mayoría de los intercambios tiene lugar entre desconocidos, lo verdaderamente relevante es determinar los requisitos necesarios para que el mercado considere dueño a quien se presenta como tal. En este contexto es donde cobra sentido la propia existencia del Estado como instrumento para fundamentar la confianza y posibilitar la contratación entre extraños —incrementando así el crecimiento y el bienestar—. Y es aquí donde el registro de derechos desempeña un papel de una eficacia difícilmente igualable, mediante el efecto fe pública —entre otros—, *que convierte a la inscripción en el auténtico título a efectos del mercado*. En un cierto sentido, puede afirmarse que la inscripción equivale a la *patente* del derecho.

(22) En efecto, en sentido estricto, lo único que garantiza el contrato de compraventa al comprador que pagó el precio, es que queda subrogado en la posición jurídica del vendedor en relación al bien; y, en consecuencia, que el vendedor nada podrá reclamarle, pero no le garantiza que no pueda haber reclamaciones de cualquier otro, porque el contrato, por sí solo, no suministra un título esgrimible *erga omnes,* en virtud del principio de eficacia relativa que gobierna nuestro derecho contractual (art. 1.257 del Código Civil). No le garantiza haber adquirido la propiedad, porque el contrato no garantiza que el vendedor sea dueño en el momento de la venta.

frente a otros, como si la propiedad fuese un derecho de crédito) (23). La experiencia de los países —generalmente del tercer mundo y en vías de desarrollo— que carecen de adecuados sistemas de seguridad jurídica de la propiedad —y de las transacciones de derechos— es elocuente al respecto.

Cuando el sistema evoluciona y se convierte en un registro de derechos —dotando a la inscripción, entre otros, del efecto «fe pública registral»— el potencial adquirente, ya no necesita «fiarse» del título que le exhiba su transmitente; le basta con consultar el contenido del Registro, porque a sus efectos —supuesta su buena fe— el registro *delimita el contenido del derecho,* y no le pueden afectar las causas de resolución o anulación del derecho —de origen negocial, obviamente— del transmitente que no consten en el registro.

La inscripción del derecho produce, en relación al negocio del que surge, un efecto similar al que deriva de la incorporación de un derecho surgido de un acto o negocio causal o extracartáceo a una letra de cambio. *Puede afirmarse que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria incorpora, en el ámbito inmobiliario, el denominado «principio de literalidad» de los títulos valores* (24), *también denominado «principio de abstracción»* y que viene a sig-

---

(23) Es lógico que el mercado reaccione así. A diferencia de los derechos de crédito, con sujetos pasivos determinados, los derechos reales —y, singularmente, su paradigma, el derecho de propiedad— tienen un sujeto pasivo universal. Se es acreedor frente a unas personas —los obligados— y no frente a otras. Pero no se puede ser dueño frente a unos y no frente a otros. O se es frente a todos o no se es dueño. Y la inscripción es una suerte de *adjudicación* del derecho*, en el sentido de que es el instrumento a cuyo través el Estado reconoce la pertenencia del derecho a una persona determinada e impone su reconocimiento y respeto a los demás. Por eso se es dueño desde ese momento y no antes, porque todos los actos anteriores han tenido lugar «interprivatos»* y tales actos, a los terceros *nec nocet nec prodest,* porque son *res inter. alios acta.* En consecuencia, de un contrato no puede derivar un derecho de propiedad en sentido estricto, aunque sí puede ser la causa de que el Estado reconozca tal derecho y lo imponga a todos mediante la inscripción en un registro de derechos. Por ello, en presencia de un Registro de Derechos, y desde la perspectiva del mercado, la inscripción es el título, porque es el documento, a sus efectos, más seguro.

(24) Según GARRIGUES: «La literalidad del derecho es la característica propia de los títulos valores perfectos, o sea, aquellos en los que se verifica por completo la incorporación del derecho al título. Significa esta nota que para determinar la naturaleza, vigencia y modalidad del derecho documentado, es decisivo el elemento objetivo de la escritura contenida en el título. En oposición a estos títulos perfectos (llamados también jurídico-escriturarios) están los títulos imperfectos (llamados jurídico-materiales)... que incorporan un derecho preexistente cuya vigencia y modalidad se determinan por elementos extraños al título (ejemplo, acciones de una sociedad anónima, las cuales no representan más que un certificado relativo a los estatutos). En los títulos jurídico-escriturarios el suscriptor del título, para modificar su contenido, no puede invocar ningún elemento que esté fuera del título y no sea recognoscible a través de éste (lo que no está en el título no está en el mundo). Estos títulos ofrecen al tráfico el derecho documental tal y como está escrito. Quien adquiere el derecho sobre el título, adquiere también el derecho derivado del título, según el tenor del documento, y lo adquiere libre de todo vicio que sea visible en éste. También se designan estos títulos con el nombre de títulos de fe pública. Con esta expre-

nificar que el contenido del derecho queda delimitado por lo que consta por escrito en el documento y, en su sentido absoluto, que las relaciones entre el deudor y el acreedor del documento se han de regular por lo que expresa el título mismo, cualesquiera que fuesen el contenido, régimen o vicisitudes propias del derecho incorporado según el negocio del que surgió.

Y nada de ello debería sorprendernos (25).

En efecto, recuérdese que uno de los problemas fundamentales que se planteaban en España antes de 1861 era el denominado «crimen stellionatus», es decir, la ocultación por el vendedor al comprador de las cargas que pesaban sobre el inmueble. Adquirir un inmueble en estas condiciones era tanto como adquirir una caja de sorpresas. Y, por esa razón, no podían desarrollarse los mercados inmobiliarios, ni tampoco los crediticios basados en la garantía inmobiliaria.

También era una caja de sorpresas adquirir un crédito bajo el régimen civil de la cesión de créditos pues, conforme a este régimen, el cesionario no puede estar seguro de haber adquirido el crédito, estando sometido al riesgo de la compensación que pueda alegar el deudor cedido, el cual puede, además, oponer al cesionario, en el momento en el que éste le exija su importe, no sólo las excepciones derivadas de las relaciones entre ambos, sino también las que habría podido oponer al cedente (26). Finalmente, el cedente no responde de la solvencia del deudor cedido como regla general (27).

---

sión se caracterizan aquellos títulos cuya expresión literal es la que sirve de norma a favor del adquirente de buena fe. Quien de buena fe adquiere el título sobre su expresión literal adquiere el derecho documentado precisamente como aparece en el título. La fe en la escritura opera aquí milagros: se adquiere el derecho derivado del título, aunque jamás hubiese correspondido al transmitente o aun cuando se hubiese extinguido en él. Esto es muy importante desde el punto de vista de las excepciones oponibles por el deudor al adquirente de buena fe». GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil,* Tomo I, 7.ª ed., pág. 729, Madrid, 1976.

(25) Obsérvese que la «racionalidad subyacente» del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es la misma que la del principio de literalidad o obstracción, la misma que la del artículo 85 del Código de Comercio en relación a la «compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público», la misma que la del artículo 545 del Código de Comercio en relación con los títulos al portador, e, incluso, la misma que la del artículo 464, según ciertas interpretaciones del mismo: la protección del crédito mediante la seguridad del tráfico jurídico. El presupuesto del artículo 34 LH es el principio de legitimación recogido, en su formulación positiva, por el artículo 38 LH —completado por los arts. 97 y 32 LH—, el cual, a su vez, descansa en los principios de legalidad, prioridad y cierre del registro.

(26) Recuérdese, por ejemplo, lo dispuesto por el artículo 1.198 del Código Civil en materia de compensación de créditos.

(27) En este punto difieren el régimen del Código Civil y el Código de Comercio. El primero exceptúa del régimen general de responsabilidad (art. 1.529 del Código Civil) —tratándose de vendedor de buena fe— los casos de pacto expreso y de que la insolvencia del deudor cedido fuese anterior y pública. El segundo (art. 348 del Código de Comercio) no distingue entre cedente de buena y de mala fe y sólo exceptúa al cedente de responder de la solvencia del deudor cedido, si hay pacto expreso al respecto.

En estas condiciones, la circulación del crédito —y, por tanto, la expansión de los mercados crediticios— era, prácticamente, imposible: las incertidumbres eran, también este ámbito, excesivas.

Pero la incorporación de tales derechos de crédito a un título-valor como la letra de cambio, bastaba para eliminar todas las incertidumbres que afectaban a la existencia y legitimidad del crédito o a las excepciones potencialmente oponibles al cesionario por el deudor cedido.

En efecto, mientras el acreedor que había incorporado su derecho de crédito a una letra —*Verkörperung* (28)— la conservaba en su poder, entre él y el deudor regía el contrato causal, pero una vez transmitida la letra por endoso, al nuevo acreedor no le eran oponibles las excepciones derivadas de ese contrato, sino tan sólo las que constasen en la propia letra.

La letra *incorporaba* el derecho de crédito y lo *independizaba*, a efectos del endosatario, de las vicisitudes que afectasen al negocio causal, convirtiéndolo así, y en este sentido, en un *título abstracto*. Entre las partes primitivas o primeras regía el contrato; a efectos del tenedor sólo el contenido de la letra. Las incertidumbres desaparecían y los mercados crediticios podían desarrollarse.

Obsérvese que esta es la misma construcción a la que se recurre para activar el mercado inmobiliario y el crédito territorial: entre partes regirá el contrato, pero, una vez inscrito el derecho resultante del mismo, esto es, una vez incorporado el contenido de tal derecho —intabulado, si se prefiere— al folio registral, cuando el derecho se pone en circulación, es decir, cuando alguien lo adquiere del titular registral, el efecto fe pública impone que al adquirente —a título oneroso y de buena fe— únicamente le afecte el contenido del registro, pero no el del negocio causal ni las vicisitudes que puedan afectar a éste.

Así, *respecto de tercero, el derecho inscrito queda independizado del negocio causal y deviene en abstracto, lo mismo que sucede con el derecho incorporado a la letra respecto del endosatario*.

Esta idea ha sido acogida por el Tribunal Constitucional. En efecto, en la sentencia del Alto Tribunal 87/1997 de 24 de abril (29) —Fundamento cinco— se dice:

*«En efecto, en un sistema de registro de inscripción y no de transcripción, como el que tradicionalmente ha imperado e impera en España, los*

(28) Según expresión de la doctrina alemana, que fue la que primero hizo referencia a esta idea, ver PAZ-ARES, C., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.

(29) Dictada en el conflicto positivo de competencia 1080/1990 promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con la expresión «en lengua castellana» contenida en el artículo 36.1 del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

*documentos "en virtud de los que se practican en los asientos", en expresión reiterada del Reglamento del Registro Mercantil, 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.).*

*...y, por fin, lo que es más relevante, aún en los (escasos) casos en que los documentos se incorporan íntegramente a* los asientos, *como queda dicho,* los efectos registrales los producen estos últimos o su publicación, no los documentos de los que traen causa, *como lo demuestra el reconocimiento de que estos efectos continúan produciéndose incluso en supuestos de inexactitud o nulidad del asiento por discrepancia entre éste y el documento. En definitiva, aunque el contenido de determinados asientos sea simple reflejo del contenido de los documentos, la* inscripción, *incluso literal, de los mismos, tiene lugar mediante un acto que cobra* vida jurídica propia y produce efectos relativamente autónomos».

Los efectos sólo son «relativamente autónomos», como dice el Alto Tribunal, porque sólo son autónomos *inter tertios;* sin embargo, *inter partes,* rige el contrato o negocio causal; o, si se prefiere, la inscripción sólo produce efectos entre aquellos, gobernando las relaciones entre los segundos el correspondiente acto o negocio jurídico.

Obviamente, tales efectos adquieren mayores dimensiones en el ámbito del Registro de la Propiedad, cuyos efectos externos —efectos sobre terceros— son más enérgicos, por regla general, que los propios del Registro Mercantil.

El registro de derechos es un sofisticado y elegante ingenio que permite convertir la inscripción del derecho de propiedad inmueble —así como los *iura in re aliena*— de quien adquiere de un titular registral mediante un acto de tráfico —es decir, a título oneroso y de buena fe— en un título-valor, inmunizando la posición jurídica del adquirente, tanto en el plano jurídico-obligacional como en el jurídico-real, mediante la inoponibilidad de excepciones y la eventual adquisición *a non domino,* cuando el titular registral no es *verus dominus,* que derivan, esencialmente, de los artículos 32, 34 y 38 LH, los cuales consagran la presunción de exactitud, el principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos en relación a los inscritos y el principio de protección de la confianza fundada en la apariencia registral, facilitando así la circulación de la propiedad y demás derechos reales inmobiliarios y activando, de este modo, tanto los mercados inmobiliarios como los crediticios basados en la garantía inmobiliaria, por lo que puede afirmarse que, en ellos, la inscripción, aun cuando sea voluntaria, es *funcionalmente constitutiva o inmunizadora del derecho adquirido,* como sucede en nuestro sistema —y en determinadas legislaciones

nacionales, constitutiva, sin más—» (29bis). Este fue el gran mérito de nuestra Ley Hipotecaria de 1861 (30).

Las inscripciones registrales pueden así informar a los potenciales contratantes sobre quién es el titular de cada derecho, su capacidad para disponer y las cargas que pesan sobre el inmueble, logrando así, idealmente, eliminar las asimetrías informativas de carácter jurídico. Como consecuencia, la contratación subsiguiente es mucho menos costosa y totalmente segura para los futuros adquirentes, pues tanto los derechos como sus titulares quedan perfectamente identificados y definidos. Todo ello se logra, además, sin que exista ningún riesgo para los titulares de derechos, siempre que la calificación sea eficaz (31).

---

(29bis) Según GARCÍA GARCÍA: «A diferencia del artículo 34 LH, precepto basado en la *fe pública registral,* es decir, en la *confianza en la apariencia* ante supuestos *patológicos de nulidad y de resolución de efectos reales,* los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil tienen otro fundamento.

El artículo 34 suple la *falta de título* previo por haberse declarado nulo o resuelto el contrato precedente. En cambio el artículo 32 viene a dar al tercero un *modo* de mayor eficacia que la tradición. No es que la inscripción cumpla precisamente la función técnica de modo, pues ésta la tiene en nuestro sistema la tradición instrumental. Pero queremos resaltar a efectos gráficos que *en el artículo 32, la inscripción no suple la falta de título, sino que trata de reforzar los efectos del modo, en forma similar a la inscripción constitutiva, sólo que referida exclusivamente a las relaciones con terceros y no entre partes, donde impera exclusivamente la tradición*. En la esfera de los terceros, por virtud de los artículos 32 LH y 606 del Código Civil, junto a la tradición meramente instrumental, opera la eficacia de la inscripción frente a los títulos no inscritos». GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* T. II, pág. 63, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

Estando de acuerdo con nuestro ilustre y excepcional hipotecarista, creo que el significado y la funcionalidad del artículo 32 LH cobran, además, especial relieve, si lo ponemos en relación con el artículo 38 LH y damos por supuesto que el ordenamiento registral regula esencialmente las relaciones *inter tertios,* pues las relaciones *inter partes* aparecen gobernadas esencialmente por el contrato. Desde este punto de vista, si se presume que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38 LH), necesariamente ha de concluir que, *inter tertios,* los títulos no inscritos no afectan al titular registral (art. 32 LH), y viceversa.

(30) La presunción de exactitud no se formula como tal hasta la vigente Ley Hipotecaria, y la fe pública registral, si bien tiene precedentes en la Ley de 1861, nunca llegó a entrar en vigor como consecuencia de sucesivas prórrogas hasta que, finalmente, desaparece en la Ley Hipotecaria de 1869, para volver a resurgir en la vigente Ley Hipotecaria de 1944. Por ello, es propiamente la vigente Ley Hipotecaria la que tiene el inmenso mérito de haber sabido convertir la inscripción registral en un título-valor.

(31) Este efecto potencialmente expropiatorio de los registros de derechos —en el límite sacrifican al verdadero sueño— puede ser previsto por la ley a condición de que el supuesto de hecho no se dé nunca o casi nunca, pues de lo contrario tales sistemas se colapsarían. Ello requiere que la organización registral sea independiente y muy profesional integrada por profesionales de alto nivel, de modo que la tasa de errores registrales que puedan dar lugar a expropiaciones o pérdidas de algún tipo de derechos sea insignificante. Cuestión distinta es que tales supuestos se produzcan porque los titulares no quieran acudir a la protección registral —cuando la inscripción es voluntaria—...

En otros términos, un riguroso y fiable control de legalidad de los derechos que pretenden entrar en el registro posibilita que las inscripciones registrales gocen de fuertes efectos legales y de gran valor probatorio en caso de litigio, lo que redunda los costes de transacción futuros en relación con el mismo inmueble. A su vez, si se desea reducir los costes de transacción futuros, es necesario que las inscripciones registrales gocen de fuertes efectos legales y alto valor probatorio en caso de litigio, lo que requiere un control de entrada riguroso y fiable.

Obviamente, para que el control de entrada —calificación— sea creíble para el mercado, es imprescindible que quienes realizan el control sean independientes, tanto de quienes desean obtener la inscripción de un derecho a su favor como de quienes tienen interés en impedir que tal inscripción se produzca. Sin independencia —y la consiguiente responsabilidad— legal y efectiva del Registrador no es posible la confianza en el sistema registral.

## 5. LA EFICIENCIA DE LOS SISTEMAS REGISTRALES (32)

Tanto la literatura académica, como los textos profesionales y los documentos de las agencias internacionales de desarrollo (33) coinciden en señalar que el registro de derechos es más eficiente que el registro de documentos, sin perjuicio de que incluso este último sea preferible a una situación en la que no exista ningún tipo de publicidad registral (34).

Incluso en los Estados Unidos los expertos independientes consideran ineficiente su peculiar sistema, basado en la mayoría de los condados en unos registros públicos de documentos —mal organizados—, lo que ha hecho necesario suplir la inseguridad jurídica con un seguro privado de títulos (35).

---

(32) Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Seguridad del tráfico versus...* y ARRUÑADA B., *Sistemas de titulación...*

(33) Las cuales han sido muy activas durante los últimos años en organizar y apoyar sistemas institucionales en los países menos desarrollados y en las antiguas economías socialistas.

(34) Pueden verse a este respecto, entre otros, el informe del Banco Mundial «From Plan to the Market», 1996. También *Land Administration in the ECE Region. Development Trends and Main Principles 2004 Un-Ece Nueva York y Ginebra.*

(35) BOSTICK, C. D., 1987 *Land Title Registration. An English Solution to an American Problem*, Indiana Law Journal, vol. 63, pág. 57, sostiene que «current practices in all American jurisdictions are wastefull, unreasonably expensive, archaic, and worst of all, uncertain to achieve that which they purportdedly intent to acomplish: certaninty in land ownership». Sin cuestionar estas afirmaciones, algunos autores estadounidenses guardan alguna reserva sólo para el coste de introducción de un registro de derechos en un país desarrollado dotado de un registro de documentos. Vid. CRIBBET, J. E., *Principles of the Law Property,* The Foundation Press, Nineola, N.Y., 1975.

SISTEMA DE DOCUMENTOS Y DE DERECHOS

| | *Registro de documentos* | *Registro de derechos* |
|---|---|---|
| Efectos | Inoponibilidad de los títulos no depositados | Inoponibilidad de los títulos no depositados<br>Garantía de lo publicado |
| Ventajas | Fácil organización<br>Bajos costes<br>Celeridad | Reducción de la incertidumbre<br>Reducción de los costes de transacción<br>Reducción de las asimetrías informativas |
| Inconvenientes | Sin control previo de legalidad<br>Seguridad jurídica insuficiente<br>Mecanismos adicionales de aseguramiento<br>Costes para los particulares | Costes del registro<br>Plazos procedimiento<br>Rigor procedimental |
| | ↓ *Inseguridad Jurídica* | ↓ *Seguridad Jurídica* |

*Fuente:* AFI.

CLASIFICACIÓN DE LOS REGISTROS SEGÚN SISTEMA Y CARÁCTER DE LA INSCRIPCIÓN

| | *Sistema de derechos* | *Sistema de documentos* |
|---|---|---|
| Constitutito | Alemania<br>Austria<br>Polonia | |
| Predominantemente declarativo | Dinamarca<br>España<br>Finlandia<br>Grecia<br>Hungría<br>Irlanda<br>Letonia<br>Portugal<br>República Checa<br>Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte)<br>Suecia | Bélgica<br>Francia<br>Holanda<br>Italia<br>Luxemburgo<br>EE.UU. |

*Fuente:* AFI.

Por otro lado, esta valoración teórica tiene un fundamento empírico, pues el registro de derechos es también la fórmula dominante en el mundo (36).

En Europa, no sólo por ser la utilizada en la mayoría de los estados, sino porque su utilización está aumentando y ello por dos vías. Por un lado, varios

| | *USA* | *Inglaterra y Gales* | *Escocia* | *España* | *Francia* | *Alemania* |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Cost. Totales en $ | | | | | | |
| Abogado | 1.000 | 879 | 1.793 | – | – | – |
| Certificación | – | 101 | 100 | 21 | 12 | 3 |
| Notario | 18 | – | – | 343 | 960 | 3.000 |
| Registro | 50 | 150 | 404 | 94 | 75 | 252 |
| Seguro del título | 525 | – | – | – | – | – |
| Costes legales | 1.593 | 1.130 | 2.297 | 458 | 1.047 | 3.255 |
| A.P.I. | 4.500 | 1.893 | 851 | 3.000 | 3.750 | 4.125 |
| Costes de transacción | 6.093 | 3.023 | 3.148 | 3.458 | 4.797 | 7.380 |
| Impuestos | 2.250 | 750 | 750 | 4.500 | 5.357 | 1.500 |
| Costes totales | 8.343 | 3.773 | 3.898 | 7.958 | 10.154 | 8.880 |
| Coste en porcentaje | | | | | | |
| Abogado | 1,33% | 1,17% | 2,39% | – | – | – |
| Certificación | – | 0,14% | 0,13% | 0,04% | 0,02% | 0,00% |
| Notario | 0,02% | – | – | 0,46% | 1,28% | 4,00% |
| Registro | 0,07% | 0,20% | 0,54% | 0,13% | 0,10% | 0,34% |
| Seguro del título | 0,70% | – | – | – | – | – |
| Costes legales | 2,12% | 1,51% | 3,06% | 0,63% | 1,40% | 4,34% |
| A.P.I. | 6,00% | 2,52% | 1,13% | 4,00% | 5,00% | 5,50% |
| Costes transacciones | 8,12% | 4,03% | 4,19% | 4,63% | 6,40% | 9,84% |
| Impuestos | 3,00% | 1,00% | 1,00% | 6,00% | 7,14% | 2,00% |
| Costes totales | 11,12% | 5,03% | 5,19% | 10,63% | 13,54% | 11,84% |

*Fuente:* B. ARRUÑADA, «The Economics of Notaries», *European Journal of Law and Economics,* Vol. 3, n.° 1, 1996, p. 6. Y M. GALLANTER, M. BALLARD and J. ESSE, *The cost of Common Legal Transactions in the United States,* Institute of Legal Studies, University of Wisconsin, Madison, WI July 1994.

(36) Vid., especialmente para Europa y Canadá, MANTHORPE, J., *Study on Key Aspects of Land Registration and Cadastral Legislation*, impreso y publicado en colaboración entre UN-ECE Working Party of Land Administration y Her Majesty Land Registry, London, May. 2000.

de los países que empleaban el registro de documentos se hallan en transición hacia un registro de derechos (Grecia y Escocia, como antes Inglaterra). Por otro lado, el registro de derechos ha sido la opción elegida por casi todos los países del este para desarrollar su sistema de seguridad jurídica de la propiedad, al abandonar el sistema de economía planificada.

Se observa asimismo que el registro de derechos es autosuficiente, en el sentido de que para cubrir el nivel de seguridad jurídica requerido por el mercado no es necesario acudir a mecanismos complementarios —con sus correspondientes costes de seguridad económica—, lo que reviste una considerable importancia.

| *Servicio* | *Estados Unidos* | | | *España* | *Super. USA* |
|---|---|---|---|---|---|
| | *Mínimo* | *Máximo* | *Media* | | |
| Seguro de títulos | $ 450 | $ 600 | $ 525 | $ 0 | $ 525 |
| Honorarios Abogados | 500 | 1.500 | 1.000 | 0 | 1.000 |
| Derechos Registradores | 40 | 60 | 50 | 94 | –44 |
| Derechos Notarios | 10 | 25 | 18 | 343 | –325 |
| *Coste Legal equivalente* | *1.000* | *2.185* | *1.593* | *437* | *1.156* |

*Fuente:* B. ARUÑADA, «The Economics of Notaries», *European Journal of Law and Economics,* Vol. 3, n.° 1, 1996, p. 6. Y M. GALLANTER, M. BALLARD and J. ESSE, *The cost of Common Legal Transactions in the United States,* Institute of Legal Studies, University of Wisconsin, Madison, WI July 1994.

En efecto, si bien la seguridad jurídica incorpora siempre seguridad económica, la igualdad en sentido contrario por la que la seguridad económica incorpora seguridad jurídica es imposible por definición, pues el adquirente desposeído percibe una compensación pero pierde el bien, lo que permite concluir que la seguridad económica es un sucedáneo imperfecto de la jurídica (37).

Ello se confirma empíricamente por dos vías. Por un lado, al observar que los seguros de título estadounidenses no cubren el valor del bien, sino tan sólo todo o una parte del precio de compra (38).

(37) Esta idea aparece desarrollada en ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación...,* en el que se basa gran parte de este apartado.

(38) Vid. VARGAS, J. A., *El seguro de títulos de propiedad inmobiliaria en Estados Unidos,* Colegio de Notarios del Distrito Federal, México D. F., 1994.

Por otro lado, el aseguramiento económico se desarrolla en proporción inversa a la seguridad jurídica (39).

Este último aspecto es de una especial relevancia. En efecto, como sabemos, los registros públicos se han desarrollado en grado diferente en los diferentes países, produciendo por sí mismos seguridad jurídica en grados también muy diferentes. Por este motivo, en aquellos países en los que los efectos del registro son menores, es de esperar un mayor desarrollo de las funciones ejercidas por los demás participantes en el proceso, así como la aparición de organizaciones especializadas, en respuesta a la demanda de seguridad no cubierta por el sistema registral, al contrario de lo que sucede en los países dotados de registros con mayores efectos, lo que nos permite afirmar que el nivel de seguridad jurídica del tráfico está en función directa de los efectos asignados al sistema registral por el sistema legal en cada país. En definitiva, del grado en que el sistema informa de quién es el titular de cada derecho, de su capacidad para disponer, así como de las cargas que pesan sobre el inmueble y que pueden anteponerse al derecho del potencial adquirente, y del valor probatorio que tales informaciones tengan ante los tribunales en caso de litigio.

Así, las evidencias empíricas muestran que aquellos países que se han dotado de sistemas registrales productores de fuertes efectos jurídicos, el mercado no ha generado mecanismos alternativos o complementarios de seguridad sencillamente porque no los necesita (40).

Los fuertes efectos de los registros de derechos necesitan, obviamente, rigurosos controles de entrada a los mismos, efectuados por una organización independiente y cualificada, como se ha expuesto repetidamente.

---

(39) No existe como tal en Alemania, Inglaterra o España; ha fracasado en Australia, mientras que florece, en cambio, en Estados Unidos y, en parte, en Francia.

(40) Se observa así que en los países con registros de derechos, como son el alemán, el inglés, en cierto sentido, o el español, la propia eficacia del registro en la definición y protección de los derechos hace innecesaria —e inviable por el conflicto de intereses que entrañaría— una intervención de quienes preparan los documentos —sean partes, abogados o notarios— más allá de la dirigida a conformar la voluntad de las partes. Como mucho, la intervención pública de los notarios latinos o de los abogados especializados en transacciones de «conveyance» se reduce a controlar ciertas dimensiones de la calidad de los documentos —identidad, capacidad, consentimiento y concordancia entre lo dicho y lo escrito— con el fin de que los documentos que aspiran a entrar en el registro reúnan ciertos requisitos mínimos, lo que permite, a su vez, una mayor especialización de los registros.

## 6. EVIDENCIAS EMPÍRICAS SOBRE LA RELACIÓN ENTRE SISTEMA REGISTRAL Y MERCADO HIPOTECARIO (41)

En este apartado vamos a tratar de analizar si la evidencia empírica disponible sobre los dos tipos de registros —de derechos y de documentos— puede aportarnos alguna información sobre la diferente contribución de ambos al desarrollo del mercado hipotecario.

Con el fin de establecer una relación directa entre los tipos de registros y el desarrollo del mercado hipotecario, se ha realizado una comparación entre los correspondientes a los cinco mayores países de la Unión Europea: Alemania, Reino Unido (42), España, Francia e Italia. De ellos, los tres primeros poseen registros de derechos y los dos últimos registros de documentos (43).

El contraste de los datos manejados resulta complejo en la medida en que hay factores determinantes, distintos del tipo de registro, como pueden ser los tipos de interés, el crecimiento del PIB, o la composición y costumbres de una población, que tienen también relación con el grado de desarrollo del mercado hipotecario, lo que tiende a oscurecer el efecto del tipo de registro.

Por esta razón se procura encontrar patrones comunes entre los países con un mismo tipo de registro y contrastarlos con los que se observan en los países con el tipo de registro alternativo.

### 6.1. Eficacia operativa de los Registros

Aquí seleccionaremos tres variables directamente relacionadas con la forma de operar del Registro de la Propiedad en los países estudiados.

Contrastando estas *ratios* con lo que cabría esperar de lo que hemos venido exponiendo de ambos tipos de registros, resulta evidente que el nivel de los costes operativos y los tiempos de ejecución y formalización son claramente mayores en los países con registro de documentos. Lo que confirma empíricamente el argumento que sostiene que el registro de derechos es más eficiente e involucra menores costes que el de documentos.

---

(41) Este epígrafe está desarrollado tomando como base dos trabajos. En primer lugar, el trabajo denominado *La función económica del Registro de la Propiedad Inmobiliaria.* Fue elaborado por Analistas Financieros Internacionales para el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en 2005. En segundo lugar, el trabajo denominado *Study on the Financial Integration of European Mortgage Market, de 2003,* elaborado por Mercer Oliver Wyman para la European Mortgage Federation.

(42) Aunque deberíamos diferenciar entre los registros implantados en Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, por simplicidad y por la disponibilidad de datos estadísticos, los informes se refieren genéricamente al Reino Unido.

(43) Todo ello con independencia de que los Registros de la Propiedad de cada país presenten diferencias sustanciales en términos operativos, tecnológicos e institucionales.

COSTES Y TIEMPOS DE LOS PRINCIPALES SISTEMAS REGISTRALES EUROPEOS

| *Datos 2003* | *Registro de derechos* | | | *Registro de documentos* | |
|---|---|---|---|---|---|
| | *RU* | *España* | *Alemania* | *Italia* | *Francia* |
| Costes operativos/saldo vivo de crédito hipotecario | 0,40% | 0,38% | 0,43% | 0,72% | 0,68% |
| Tiempo medio de ejecución de una garantía (meses) | 15 | 10 | 15 | 60 | 15 |
| Tiempo medio de formalización del registro (meses) | 0,80 | 0,22 | 0,42 | 1,18 | 1,00 |

*Fuente:* AFI, a partir de Mercer Oliver Wyman (2003).

Con el fin de profundizar en este aspecto, veamos a continuación cada una de las variables manejadas.

### 6.1.1. *Comparación de costes operativos*

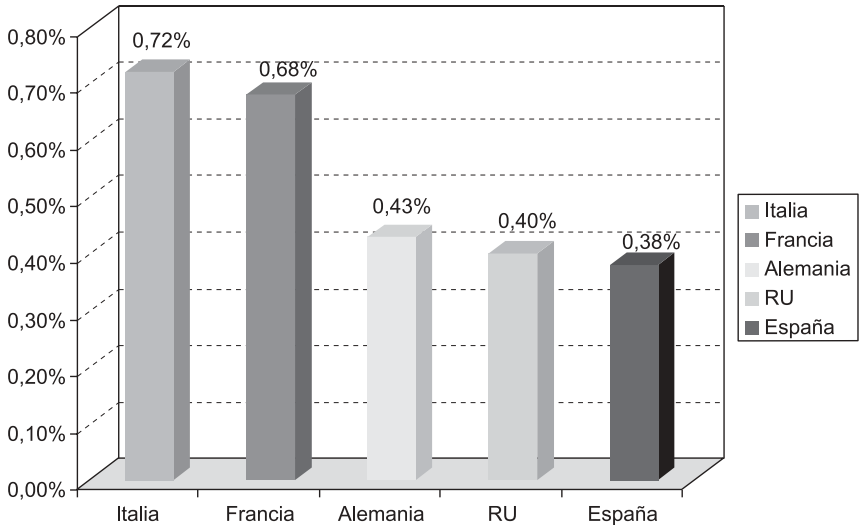
Un elemento particularmente relevante en la formación de precios en el mercado hipotecario viene dado por los niveles de costes de operación asociados a los procesos de distribución, establecimiento y servicio de las hipotecas (44). Aspectos relacionados con la eficiencia del Registro de la Propiedad y el tiempo necesario para la reposición de las garantías pueden verse reflejados en el nivel de los costes de operación de las entidades que participan en cada mercado.

Analizando la *ratio* de costes de operación sobre el saldo vivo de crédito hipotecario, se observa que son precisamente los países con registros de derechos —Alemania, Reino Unido y España— los que presentan una mayor eficiencia en sus procesos de gestión hipotecaria. Aunque los mercados hipo-

(44) El estudio de Analistas Financieros Internacionales (AFI) toma estos datos del Informe Wyman, el cual, a pesar de afirmar que los niveles de costes son altamente comparables, también recomienda tener en cuenta las diferencias en los modelos de negocio hipotecario de cada país.

tecarios del Reino Unido y de Alemania son —dentro de la muestra analizada— los de mayor tamaño, y la anterior conclusión podría interpretarse en términos de economías de escala, no sucede así en el caso de España, que, además, es el país que presenta menores *costes* operativos, por lo que nada impide asociar esta circunstancia a una mayor eficiencia de los registros de derechos, sobre todo cuando se observa el tamaño del salto que se produce en los costes operativos de los registros de documentos.

**Costes operativos sobre el saldo vivo hipotecario**

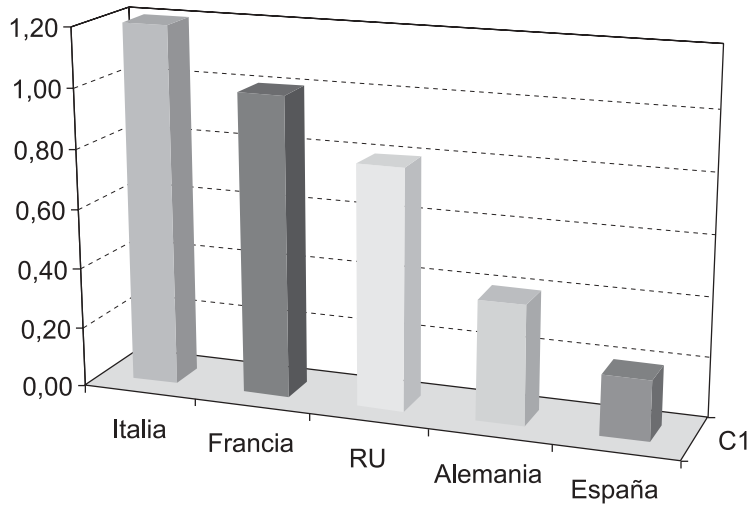



*Fuente:* M. O. Wyman, 2003.

### 6.1.2. *Tiempo de formalización de registro y de ejecución de las garantías hipotecarias*

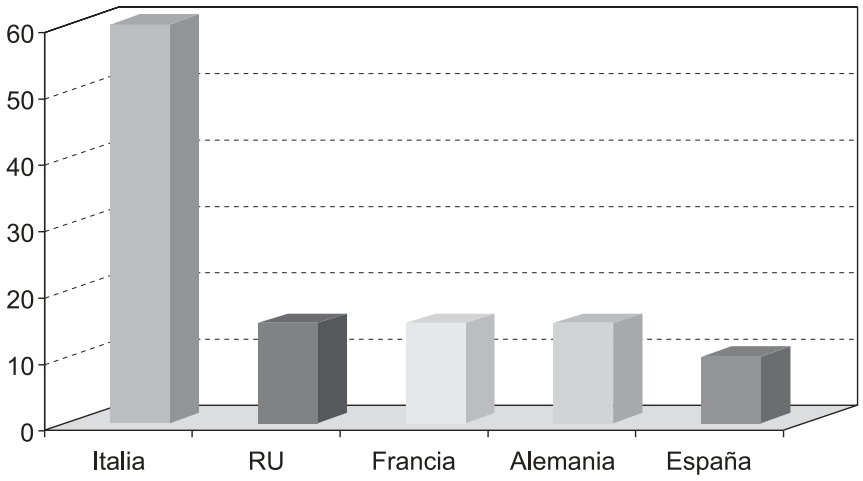
Al contrastar la ratio de eficiencia, anteriormente mencionada, con el tiempo medio requerido para inscribir una hipoteca y para ejecutarla en caso de impago, obtenemos una nueva evidencia empírica con respecto a la bondad de los sistemas de registros de derechos.

**Tiempo medio de formalización del registro (meses)**




*Fuente:* M. O. WYMAN, 2003.

**Tiempo medio de ejecución de las garantías hipotecarias (meses)**




*Fuente:* M. O. WYMAN, 2003.

Asimismo, se confirma el mercado español como el más eficiente de la muestra comparada. El grado de eficiencia del Registro de la Propiedad español permite unos tiempos muy reducidos en el primer caso y que el tiempo de ejecución en caso de impago se aproxime a los diez meses.

Francia e Italia, por el contrario, que cuentan con registros de documentos, presentan plazos muy superiores. En Italia, la ejecución requiere alrededor de cinco años. Y en Francia, la complejidad de los procesos legales, así como ciertas leyes proteccionistas, incrementan los costes de establecimiento de las hipotecas para las entidades de crédito.

### 6.2. VARIABLES SOCIOECONÓMICAS

Una vez comparados los tipos de registros en relación con su eficiencia operativa, seleccionamos algunas variables socioeconómicas, con la finalidad de poder efectuar una comparación más global de ambas clases de registros.

Hemos seleccionado las siguientes:

— Volumen y evolución de la deuda hipotecaria de cada país, no tanto en términos absolutos, como en relación al Producto Interior Bruto (PIB).
— Inversión extranjera en el mercado inmobiliario de cada país, también en relación al PIB.

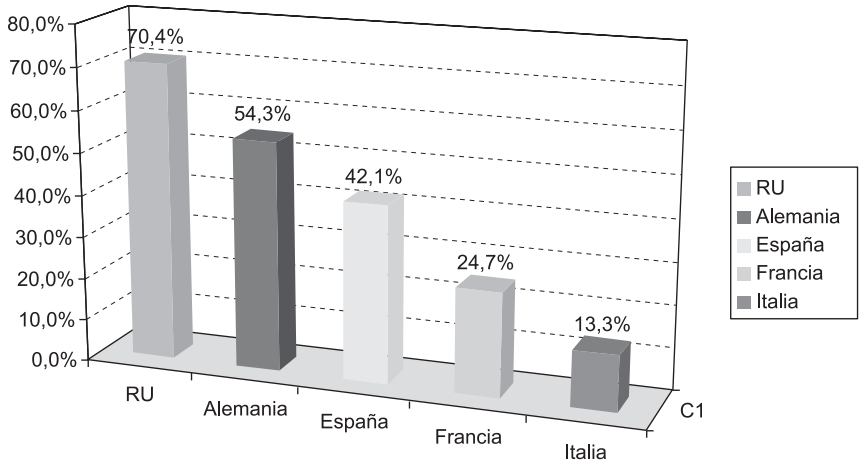
#### 6.2.1. *Tamaño relativo del mercado hipotecario*

Al observar la muestra de países analizados, puede afirmarse claramente que el tamaño relativo del mercado hipotecario guarda relación directa con el tipo de registro. En particular, los países con registros de derechos tienen mercados hipotecarios más desarrollados en términos de su volumen sobre el PIB. Tal es el caso de Alemania, el mercado hipotecario con mayor dimensión en términos absolutos. El tamaño de su deuda hipotecaria equivale al 54,3 por 100 de su PIB. En términos relativos, el Reino Unido ocupa el primer lugar con un peso de deuda hipotecaria sobre el PIB cercano al 71 por 100, pero con un tamaño de su saldo vivo inferior al alemán, siendo la cuota de mercado sobre la UE de ambos países del 53 por 100.

El caso español es particularmente interesante, en la medida en que es un mercado de reciente desarrollo, pero con una ratio de deuda sobre el PIB del 42,1 por 100 (45), bastante superior al de Francia que, en teoría, debería ser un mercado más maduro, pese a lo cual cuenta con una *ratio* mucho menor.

(45) En el momento en que se elaboró el informe de AFI. Hoy puede estar ya en torno al 50 por 100 del PIB.

**Deuda hipotecaria sobre PIB-2003**




*Fuente:* M. O. WYMAN, 2003.

Aunque es evidente que el crecimiento del mercado español está explicado por la conjunción de factores más relevantes (46), es interesante observar cómo Italia, con un escenario similar, no ha logrado alcanzar una mayor dimensión de su mercado hipotecario.

### 6.2.2. *Inversión extranjera en inmuebles*

Esta variable no permite observar una relación clara con los sistemas registrales.

Y, ciertamente, existen razones para ello.

En efecto, las diferencias en términos de regulación, la fragmentación interna de la mayoría de los mercados hipotecarios europeos (47), han dificultado históricamente las operaciones transfronterizas. Estas circunstancias explican que los niveles actuales de inversión inmobiliaria extranjera en cada país resulten, en general, todavía bastante limitados.

(46) Convergencia de tipos de interés —en España han pasado del 16 por 100 en 1990 a los niveles actuales, situados entre el 3 y el 4 por 100—, alargamiento de plazos, ciclo económico expansivo, abaratamiento del coste de sus productos.

(47) A pesar de los intentos habidos, no existe todavía una «eurohipoteca», y las operaciones hipotecarias transfronterizas apenas representan el 1 por 100 del total.

Por otro lado, puede afirmarse que los países que integran la muestra elegida gozan de un buen nivel de seguridad jurídica general, abstracción hecha del tipo de sistema registral, cuya importancia relativa aumenta, sin embargo, para el desarrollo de estas inversiones en países en transición o con cierto grado de inestabilidad.

Por otro lado, el escaso volumen de las operaciones transfronterizas en el ámbito inmobiliario también está asociado a la existencia de operativas bancarias mayoritariamente locales en muchos países (48). Lo probable es, sin embargo, que futuras homologaciones regulatorias y la convergencia de procedimientos en el mercado único europeo tiendan a incentivar el desarrollo transfronterizo del mercado hipotecario y aumenten las operaciones que tienen lugar en su seno.

### 6.3. Los tipos de interés

Decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861 que si la propiedad no era segura, el acreedor o bien no prestaría o bien *compensaría tal incertidumbre con intereses exorbitantes.*

Habría que concluir, pues, que en la medida en que el sistema registral cumpla más eficazmente su función, los tipos de interés deberán ser comparativamente más bajos *coeteris paribus* y, desde luego, deberá aumentar el diferencial en relación a los préstamos no garantizados con hipoteca, sino tan sólo con garantía personal. Sucede, sin embargo, que realizar en este punto comparaciones interinstitucionales resulta sumamente complicado.

En efecto, la evolución de los tipos de interés depende claramente de factores como la inflación, el nivel de competencia de los mercados financieros locales, el tipo de cambio, el grado de desarrollo de los sistemas financieros y, en general, de todos los demás factores habitualmente considerados como determinantes de los tipos de interés. Asimismo, la legislación y la operativa con un mayor o menor grado de eficiencia de un mercado hipotecario —en el que juega un papel fundamental el sistema de registro— deberían tener algún impacto en el nivel de precio de las hipotecas, que en el mercado viene dado por los tipos hipotecarios.

Con el fin de hacer un análisis comparado más detallado de los tipos de interés y los diferenciales entre diversos tipos se han seleccionado dos períodos de estudio; por un lado, de 1993 a 1998, antes de la Unión Monetaria Europea; por otro lado, de 1999 a 2003, una vez establecido el euro. La razón de diferenciar entre ambos períodos es obvia, ya que, al menos para los

(48) Hay que considerar, no obstante, que están aumentando rápidamente en el caso de España, donde cada año se calcula que los extranjeros —comunitarios e inmigrantes— adquieren unas 100.000 viviendas.

países que introdujeron el euro, cambiaron significativamente las condiciones de fijación de los tipos de interés de uno a otro período. Los datos correspondientes para cada período y para el conjunto del período de estudio, se recogen en la siguiente tabla. Centraremos la atención en los niveles medios de los tipos de interés.

TIPOS DE INTERÉS Y SISTEMAS REGISTRALES

| | | *Registro de derechos* | | | *Registro de documentos* | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | *RU* * | *España* | *Alemania* | *Italia* * | *Francia* |
| Tipo de interés hipotecario Período Completo | Máx. | 8,88% | 15,58% | 8,50% | 13,89% | 11,50% |
| | Mín. | 5,30% | 3,29% | 4,35% | 4,79% | 5,08% |
| | Medio | 7,00% | 7,57% | 6,20% | 8,35% | 7,57% |
| Tipo de interés hipotecario Período I (1993-1998) | Máx. | 8,88% | 15,58% | 8,50% | 13,89% | 11,50% |
| | Mín. | 6,93% | 5,16% | 4,80% | 6,17% | 6,45% |
| | Medio | 7,87% | 9,73% | 6,72% | 11,19% | 8,73% |
| Tipo de interés hipotecario Período II (1999-2003) | Máx. | 7,64% | 6,42% | 6,53% | 6,99% | 6,99% |
| | Mín. | 5,30% | 3,29% | 4,35% | 4,79% | 5,08% |
| | Medio | 6,49% | 4,98% | 5,56% | 6,99% | 6,16% |
| Tipo de interés hipotecario-tipo interbancario Período Completo (1993-2003)** | Máx. | 2,38% | 5,64% | 3,71% | 8,77% | 4,33% |
| | Mín. | –0,03% | 0,70% | 0,13% | 1,20% | 1,27% |
| | Medio | 1,18% | 2,48% | 1,63% | 4,10% | 2,81% |
| Tipo de interés hipotecario-tipo interbancario Período I (1993-1998)** | Máx. | 2,38% | 5,64% | 3,71% | 8,77% | 4,33% |
| | Mín. | –0,03% | 1,62% | 0,13% | 3,14% | 1,27% |
| | Medio | 0,90% | 3,56% | 1,28% | 6,22% | 3,02% |
| Tipo de interés hipotecario-tipo interbancario Período II (1999-2003) | Máx. | 2,12% | 2,18% | 3,71% | 3,06% | 3,52% |
| | Mín. | 0,29% | 0,70% | 1,26% | 1,20% | 1,64% |
| | Medio | 1,35% | 1,40% | 1,99% | 2,32% | 2,61% |
| Hipotecario Período Completo (1993-2003) | Máx. | 12,68% | 4,70% | 7,32% | n.d. | 4,06% |
| | Mín. | 7,26% | 2,04% | 3,30% | n.d. | 1,73% |
| | Medio | 9,41% | 3,13% | 5,21% | n.d. | 2,35% |
| Hipotecario Período I (1993-1998) | Máx. | 12,68% | 4,36% | 5,95% | n.d. | 4,06% |
| | Mín. | 9,06% | 2,18% | 4,81% | n.d. | 1,97% |
| | Medio | 10,65% | 3,23% | 5,27% | n.d. | 2,58% |
| Hipotecario Período II (1999-2003) | Máx. | 10,43% | 4,70% | 5,77% | n.d. | 2,48% |
| | Mín. | 7,26% | 2,04% | 3,30% | n.d. | 1,73% |
| | Medio | 8,67% | 3,01% | 4,65% | n.d. | 2,07% |
| Tipo hipotecario actual (Oct. 2004) | | 6,69% | 3,20% | 4,40% | 3,50% | 3,70% |

* *Las series de datos están disponibles a partir de 1996.*

** El análisis con respecto al interbancario se hace a partir de 1994, no del 1993 por la disponibilidad de los datos de Euribor.

*Fuente:* AFI a partir de BCE y Bancos Centrales de los diferentes países.

Por lo que se refiere al nivel absoluto de los tipos de interés hipotecarios, para el conjunto del período no se observa una relación clara con la clase de registro, puesto que países con diferentes tipos registrales proporcionan el mismo tipo promedio de interés, como son los casos de España y Francia. Sin embargo, cuando contemplamos el segundo período, en el que cuatro de los países comparten el mismo esquema de fijación de los tipos de interés, la relación empieza a estar mucho más clara, si no fuera por el caso del Reino Unido, el único país que no forma parte del área euro. Esta circunstancia nos llevará a considerar, más adelante, el diferencial entre los tipos de interés hipotecarios y los tipos interbancarios, estos últimos como representativos de la financiación en el mercado mayorista de los créditos.

Considerando que los préstamos hipotecarios suponen un menor riesgo para las entidades prestamistas, el análisis de los diferenciales entre los tipos de interés hipotecarios y los tipos de los préstamos personales es especialmente relevante.

Sin embargo, de la tabla no se observa, a simple vista, ningún patrón claro en el comportamiento del diferencial que permita establecer alguna relación con el tipo registral de cada país. Es muy indicativo, no obstante, que los diferenciales sean menores en Francia —donde el registro ofrece menos garantías—. Lamentablemente, no disponemos de datos en relación con Italia.

Ahora bien, dado que el Reino Unido no se ha incorporado al euro y, en consecuencia, tiene un Banco Central que determina los tipos de forma diferente, parece conveniente hacer el análisis siguiente: restamos el *libor* a los tipos del Reino Unido y a los demás países el euribor, lo que nos permitirá hacer una comparación más acertada de los niveles de tipos en cada país.

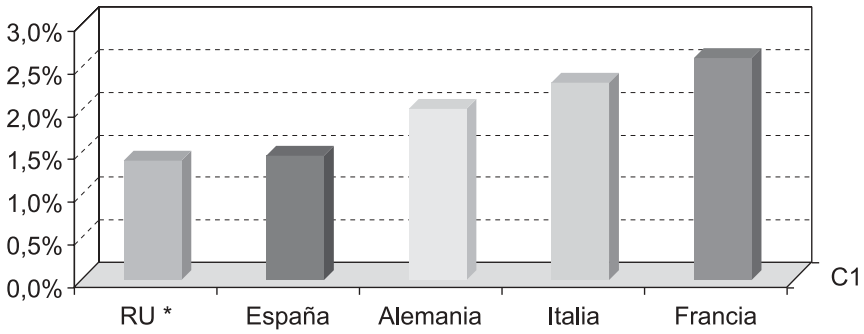
Este análisis nos permite obtener los siguientes resultados:

*a)* En ambos períodos hay diferenciales más altos para los países con registros de documentos, tanto para el período completo como para el segundo período (1999-2003).

*b)* En el período 1993-1998, aunque los tipos promedios de los registros de documentos son también sustancialmente altos, España —con un registro de derechos— presenta un nivel de tipos incluso superior al francés, lo que debe atribuirse al mayor nivel de los mismos, propios de una economía con moneda débil.

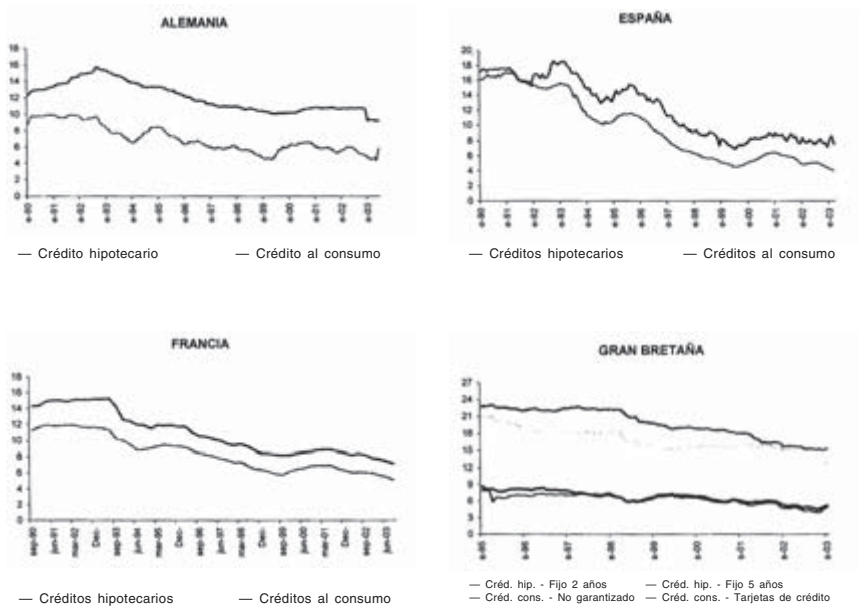
Tal y como se observa en los siguientes gráficos (2.6), si bien la caída de los tipos de interés ha sido un fenómeno general europeo, el punto de partida de los tipos españoles fue sustancialmente alto.

**Diferenciales de tipos de interés 1999-2003**




*Fuente:* M. O. WYMAN, 2003 y AFI, 2005.

EVOLUCIÓN DE LOS TIPOS DE INTERÉS DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y CRÉDITOS PERSONALES




*Fuente:* AFI a partir de BCE.

*c)* Asimismo, el grado de desarrollo económico de los países europeos en el primer período (1993-1998), era más desigual que en el segundo y, por tanto, el nivel comparado de tipos de interés para ese período tiene menos validez, debido a las diferencias existentes en los fundamentos de cada economía. Por el contrario, el análisis del segundo período, donde la caída de tipos ha tenido lugar y la brecha de desarrollo entre los países de la muestra se ha estrechado, la comparación entre los diferenciales de los tipos hipotecarios sobre el interbancario pone de manifiesto que los tipos hipotecarios de Francia e Italia —países con registros de documentos— son los más altos de la muestra estudiada.

Todo lo cual permite concluir lo que el sentido común suponía: existen indicios racionales que permiten afirmar que existe una relación directa entre los tipos hipotecarios y el tipo de sistema registral.

Los registros de derechos dan mayor seguridad a la tenencia de derechos, facilitan su transmisión y adquisición, impiden sorpresas a los adquirentes y acreedores y facilitan la ejecución hipotecaria, lo que facilita la contención de los tipos de interés y aumenta el tamaño del mercado hipotecario, lo que redunda en un beneficio general para los ciudadanos, para las empresas y para la economía.

En América Latina no se dispone de la misma riqueza estadística que en la Unión Europea, desgraciadamente. Por otro lado, las grandes diferencias existentes entre los diferentes países, la ausencia de instituciones económicas comunes, hacen muy difícil la comparación interinstitucional. No obstante, puede afirmarse que los mercados hipotecarios se hallan muy poco desarrollados, que los tipos hipotecarios son relativamente altos en relación a la inflación, que no hay un gran diferencial con los préstamos personales y que hay una larga demora en la ejecución en caso de impago, con independencia del tipo de sistema registral, lo que puede deberse a problemas endógenos de los sistemas judiciales o a otras causas. En cualquier caso, en los países menos desarrollados, con sistemas registrales más débiles, apenas hay mercados hipotecarios y los costes de transacción son muy altos.

## 7. OBSTÁCULOS PARA EL DESARROLLO EMPRESARIAL EN AMÉRICA LATINA

RELACIÓN DE OBSTÁCULOS CALIFICADOS

| | *Obstáculos* | *Obstáculos* | *Obstáculos* |
|---|---|---|---|
| Acceso financiación | Tipos impositivos | Crimen y robo | Infraestructura inadecuada |
| Burocracia ineficiente | Regulaciones fiscales | Inflación | Falta de ética en el trabajo |
| Corrupción | Regulaciones laborales | Regulaciones de tipo de cambio | |
| Políticas inestables | Inadecuada formación | Golpes de estado | |

*Fuente:* PORTER, Michael E., y otros, 2005.

Según los propios empresarios, los obstáculos más importantes para el desarrollo en América Latina son la corrupción, la inestabilidad de las políticas, la ineficiencia de la burocracia y el acceso al crédito. En una escala de 1 a 10, las dificultades de acceso al crédito merecen una puntuación de 10 (49).

Como se ha señalado acertadamente (50), tales dificultades contrastan poderosamente con la liquidez de los bancos en América Latina y con su capacidad para aumentar el volumen de sus préstamos, manteniendo unos coeficientes de solvencia aceptables. Existe, pues, una demanda insatisfecha de crédito, junto con un sistema bancario con capacidad para aumentar sus balances, pero temeroso de hacerlo (51).

---

(49) Vid. PORTER, Michael E., y otros, World Economic Forum 2004-2005. *The Global Competitivenes Report, 2004-2005*. Nueva York. Palgrave. Macmillan. Según el Informe *Doing Business 2006,* elaborado por expertos del Banco Mundial de 155 países estudiados, Brasil ocupa el 119 en cuanto a las dificultades legales y administrativas para la creación de empresas y el último lugar en cuanto a la ineficiencia de su burocracia fiscal. Sin duda, todo ello se halla relacionado con el hecho de que, mientras Brasil ha ido creciendo en los últimos años a un ritmo del 3 por 100, India lo ha hecho al 8 por 100 y China al 11 por 100.

(50) Vid. BEATO, Paulina, y VIVES, Antonio, *¿Por qué se está quedando atrás América Latina?* Banco Interamericano de Desarrollo. Departamento de Desarrollo Sostenible. Subdeparatamento de Empresa Privada y Mercados Financieros, Washington D.F. 2005.

(51) Como señalan BEATO, P., y VIVES, A., en *op. cit.,* las siguientes preguntas son relevantes para este debate: ¿Son las limitaciones del sistema legal las causantes del des-

OBSTÁCULOS DE RELEVANCIA MEDIA Y ALTA

| *Obstáculos* | *Calificación* | *Número de países donde el obstáculo está entre los tres primeros* | *Obstáculos* | *Calificación* | *Número de países donde el obstáculo está entre los tres primeros* |
|---|---|---|---|---|---|
| Acceso financiación | 10,00 | 11 | Tipos impositivos | 5,30 | 3 |
| Burocracia ineficiente | 10,00 | 14 | Regulaciones laborales | 5,01 | 2 |
| Corrupción | 9,32 | 12 | Infraestructura inadecuada | 5,10 | 1 |
| Políticas inestables | 9,24 | 10 | Inadecuada formación de la fuerza de trabajo | 4,70 | 3 |

*Fuente:* Elaboración propia a partir de cifras en PORTER, Michael E. y otros (2005).

OBSTÁCULOS DE RELEVANCIA BAJA

| *Obstáculos* | *Calificación* | *Número de países donde el obstáculo está entre los tres primeros* |
|---|---|---|
| Crimen y robo | 4,07 | 4 |
| Inflación | 2,10 | 1 |
| Regulaciones de tipo de cambio | 1,00 | 1 |
| Golpes de estado | 2,30 | 1 |

*Fuente:* BEATO, P. y VIVES, A. a partir de cifras en PORTER, Michael E. y otros (2005).

equilibrio entre la oferta y demanda de préstamos? ¿Son las regulaciones de prudencia bancaria las culpables? ¿Es la oferta de enormes cantidades de deuda pública lo que está impidiendo que los bancos atiendan la demanda de crédito de los clientes privados?

Esta situación se debe, entre otras, a las siguientes causas (52):

1. Los bancos pueden tener dificultades en cobrar préstamos impagados por la lentitud del sistema legal.
2. Adicionalmente, la deficiencia en las legislaciones referentes a liquidación, reposición de activos, *constitución de garantías y Registro de la Propiedad —Mueble e Inmueble—*, desincentiva al sector financiero a prestarle al sector privado, particularmente al de la micro, pequeña y mediana empresa —más del 98 por 100 de las empresas de América Latina.

Todas estas imperfecciones y otras (53) presentes en la mayor parte de los países en vías de desarrollo, potencian su efecto negativo cuanto peor sea la distribución de la renta. En efecto, sólo accederán a los préstamos aquellas familias que tengan activos líquidos que ofrecer, mientras que los demás no podrán explotar sus oportunidades de inversión.

En íntima relación con lo anterior, es necesario destacar que la seguridad jurídica es uno de los factores con mayor poder explicativo del crecimiento

CAPACIDAD DE HACER CUMPLIR LAS LEYES Y REGULACIONES
(Calificación del año 2005)

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Argentina | 1,5 | Ecuador | – | Paraguay | 2,0 |
| Bolivia | 3,0 | El Salvador | 3,0 | Perú | 3,0 |
| Brasil | 2,5 | Haití | 1,0 | República Dominicana | 2,0 |
| Colombia | 1,0 | Honduras | 1,5 | Uruguay | 2,5 |
| Costa Rica | 4,0 | México | 3,0 | Venezuela | 3,0 |
| Chile | 5,0 | Nicaragua | 2,0 | Media ALC | 2,5 |
| Guatemala | 2,5 | Panamá | 3,0 | China | 5,0 |

*Fuente:* International Country Risk Guide.

(52) Vid. BEATO, P., y VIVES, A., en *op. cit.*

(53) BEATO y VIVES, en *op. cit.,* argumentan acertadamente que la consideración de la estabilidad del sistema financiero como prioridad máxima, desincentiva su función de intermediación en operaciones que puedan acarrear riesgos. De este modo, los bancos, enfrentando poca competencia en la captación de depósitos, pueden preferir colocar sus recursos en deuda del estado, estrangulando así la demanda de crédito privado, elevando las tasas activas de interés y los márgenes de intermediación.

económico. En efecto, como ha mostrado BARRO, Robert J., a mayor nivel de seguridad jurídica, mayor crecimiento anual acumulativo y mayor aumento de la inversión privada.

Ello ya es razón suficiente para considerar una prioridad en cualquier política para aumentar la inversión y la competitividad, el aumento de la seguridad jurídica. Más aún, si consideramos la baja puntuación de los países de la región al respecto y el hecho de que los países competidores de América Latina tiene puntuaciones muy altas: de 0 a 6, China obtiene 5, Corea del Sur 4,5 e India 6, mientras que la puntuación media de la región se sitúa en el 2,5.

Por otro lado, el exceso de regulaciones y el intervencionismo del Estado fomenta no sólo la falta de respeto por las leyes, sino también la corrupción. Por el contrario, la liberalización de las actividades empresariales reduce necesariamente la corrupción y favorece el respeto a la legalidad. El beneficio económico de la lucha contra la corrupción y el aumento de la legalidad compensará el costo fiscal que su eliminación requiere (54).

Para la consecución de una mayor seguridad jurídica en su ámbito competencial —muebles e inmuebles, sociedades mercantiles—, el papel de los Registros de la Propiedad es clave, especialmente, el de los registros de derechos que requieren un riguroso control *ex ante* de que no se han violado normas imperativas en los actos o negocios de los que resulten los derechos cuyo reconocimiento y atribución frente a terceros se exige del Registro.

## 8. REFERENCIA A LAS POLÍTICAS DE FORMALIZACIÓN Y SU IMPACTO SOBRE EL CRÉDITO HIPOTECARIO

Hernando DE SOTO formuló en su día una pregunta clave (55): ¿Qué es lo que desprende valor de una simple casa y lo fija de forma tal que le permite desprender capital? Su respuesta: que sea una propiedad identificada, documentada y protegida por un sistema formal de derechos de propiedad.

En Occidente, observa, todo activo —toda parcela de tierra, vivienda o bien mueble de consumo duradero— ha sido formalmente fijado en registros mantenidos al día y regidos por normas contenidas en el sistema de propiedad, de modo que todo incremento en la producción, todo producto, inmueble u objeto con valor comercial es propiedad formal de alguien. La propiedad

---

(54) BEATO y VIVES, en *op. cit.* Citando investigaciones de BARRO (1997) y los datos del *International Country Risk Guide,* publicación mensual de The PRS Group Inc, East Syracuse, Nueva York. http://www.prs.group.com, afirman que un nivel superior en la escala 1 a 6, explica un mayor crecimiento anual acumulativo de un 0,3 por 100 durante el período 1980-2004. Y que un aumento de un punto en la calificación aumenta la inversión privada en un 1,1 por 100.

(55) Vid. DE SOTO, H., *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*. Ed. Península/Atalaya, Barcelona, 2001.

formal invita a percibir la casa como algo más que mero refugio y, por ello, un activo inerte invita a verla como capital vivo.

En Occidente, nos dice el ilustre economista, los inmuebles formales son fáciles de usar como garantía para un préstamo; para obtener una inversión mediante su intercambio por activos; como domicilio para el cobro de deudas o de impuestos, o con fines comerciales o judiciales, de modo que, mientras las casas como tales actúan como refugios o lugares de trabajo de sus dueños, sus acreditaciones formales de propiedad llevan una vida paralela, cumpliendo varias funciones adicionales para afianzar los intereses de quienes intentan crear nueva riqueza.

Por el contrario, aquellos activos cuyos aspectos jurídicos —y magnitudes relevantes desde un punto de vista económico— no están fijados en un sistema de propiedad formal, son sumamente difíciles de mover en el mercado y su intercambio comercial se circunscribe a círculos básicamente locales de amigos y conocidos.

Los efectos de este fallo legal son dificultar la contratación con extraños, restringir la división del trabajo y frenar la productividad y, finalmente, el crecimiento económico y el bienestar.

Asimismo, en Occidente, continúa diciéndonos, sus sistemas formales de propiedad se caracterizan por que, si bien están concebidos para proteger tanto la seguridad de los títulos como la de las transacciones, conceden prioridad a la seguridad de estas últimas con el fin de facilitar que los activos puedan cumplir su función paralela como capital.

Por ello, la mayor parte de los países avanzados se han dotado de sistemas registrales de derechos, en tanto que muchos de los países en vías de desarrollo siguen anclados en sistemas registrales de documentos, los cuales se limitan, como observa DE SOTO, «a ser guardianes de los deseos de los muertos».

«Esto acaso explique —continúa el ilustre economista— por qué crear capital sobre propiedades occidentales es tan sencillo y por qué en los países en vías de desarrollo, la mayor parte de los activos se ha escabullido del sistema formal legal en busca de movilidad».

Pues bien, mientras eso es lo que sucede en los países desarrollados, en América Latina, según las investigaciones llevadas a cabo por el equipo de DE SOTO, al menos seis de cada ocho edificaciones se hallan en el sector subcapitalizado y el 80 por 100 de toda la propiedad inmobiliaria es poseída fuera de la ley. Si consideramos, por otro lado, que dos tercios de la riqueza nacional de los países en vías de desarrollo están relacionados con la propiedad inmobiliaria, la conclusión inevitable es que la ley es la excepción y la marginalidad la norma y que, debido a ello, concretamente a la ausencia de un sistema formal y universalizado de derechos de propiedad, dos tercios de los activos físicos están inhabilitados para crear capital, no sirven como

garantía para obtener un crédito ni tampoco para desempeñar ninguna de las demás funciones que las representaciones formales de la propiedad permiten.

Todo ello constituye un auténtico dispendio en un mundo inmerso en una auténtica lucha —nacional e internacional— por la captación de capitales.

En Estados Unidos, por el contrario, la mayor fuente individual de recursos para nuevos negocios es la hipoteca sobre la vivienda del empresario. O en España, como hemos visto, el volumen de los saldos vivos de los activos hipotecarios se sitúa en torno al 50 por 100 del PIB, y cada año se constituyen más de un millón de nuevas hipotecas.

Se hace imperativo, por tanto, concluye DE SOTO, legalizar la situación extralegal de las posesiones inmobiliarias de esos países, si se quiere que puedan empezar a generar capital.

La cuestión, obviamente, es cómo integrar los activos extralegales de un país en un único sistema de propiedad formal, especialmente cuando la situación de extralegalidad afecta a una gran parte de los activos inmobiliarios.

Prescindiendo de otros aspectos, esta cuestión se presenta como un auténtico desafío jurídico —y no sólo jurídico—; su solución requiere una sofisticada tecnología jurídica capaz de ofrecer soluciones sencillas, universales, poco costosas y sumamente eficaces en la protección de los derechos y, sobre todo, de las transacciones (56).

El asunto es, sin duda alguna, complejo. DE SOTO apunta cuatro líneas maestras con las que coincido plenamente:

*a)* Para crear una economía moderna de mercado se necesitan estándares comunes precisados en un único cuerpo de normas (57).

*b)* Los sistemas deben proteger los derechos de propiedad y las transacciones, pero, sobre todo, estas últimas (58).

*c)* Deben facilitarse los expedientes para ingresar en los sistemas formales; más concretamente, a mi juicio, deben facilitarse los procedimientos para que las propiedades que viven fuera del registro ingresen en el sistema registral (59).

---

(56) Esta cuestión —cómo— deviene así en un asunto crítico, pues es sabido que una mala instrumentación de una buena idea puede acabar invalidando la idea misma.

(57) Esta necesidad está tras el proceso de creación de los estados nacionales, superando el régimen feudal, y tras el proceso de creación de instituciones de vocación global: la necesidad de crear zonas libres de fricción para el comercio, con códigos de conducta únicos en sus líneas esenciales.

(58) En realidad cuanto más se protejan las transacciones más se protegen los derechos. El pretendido dilema planteado en su día por V. EHRENBERG entre la seguridad del tráfico y la seguridad de los derechos es un falso dilema. Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., *Seguridad del tráfico...*

(59) El sistema español contiene soluciones originales y que se han demostrado eficaces. Facilita los sistemas de inmatriculación, lo que permite el acceso de la propiedad no inscrita o informal al registro, sin demasiadas garantías, por lo que el sistema no le

*d)* La cuestión básica no consiste en mapear y fotografiar los edificios y las tierras, sino en fijar reglas que reflejen un consenso sobre cómo los activos físicos deben ser poseídos, intercambiados y utilizados.

Si las políticas de formalización no responden a estas ideas o no se ejecutan correctamente, pueden conducir a grandes dispendios seguidos de grandes frustraciones.

No es mi propósito evaluar ahora los resultados de tales políticas, sino simplemente realizar algunas llamadas de atención al respecto.

En ocasiones se han llevado a cabo costosísimos programas de mapeo para organizar catastros, esperando que se produjeran resultados mágicos que, obviamente, no se han producido. Un catastro es necesario para la Administración, especialmente la fiscal, pero no para la seguridad de los derechos ni de las transacciones, como demuestra la historia de todos los países europeos sin excepción. Un magnífico catastro, integrado por exquisitas fotos y planos, etc., no producirá ningún efecto sobre la economía, si no hay un registro, especialmente de derechos, cuyos pronunciamientos tengan un alto valor probatorio ante los tribunales.

Por el contrario, un registro de derechos tiene grandes efectos sobre el crédito y las transacciones, aunque no haya catastro. La razón es muy sencilla: para que las transacciones inmobiliarias sean seguras no es necesario que las fincas estén perfectamente identificadas; basta con que la identificación disponible evite, en la mayor parte de los casos, su confusión. La perfecta identificación es, además, una cuestión de derecho, no de hecho. Además, los individuos se comportan racionalmente e invierten en costes de transacción hasta el límite de la utilidad marginal: invertirán en identificación tanto más cuanto mayor sea el valor del inmueble (60). Finalmente, el coste explícito e implícito —tiempo— de supeditar las inscripciones a la elaboración gráfica catastral conlleva, en la generalidad de los casos, un balance negativo. La hipotética mejor identificación no compensa ni el encarecimiento ni los retrasos que provoca.

Cuando se desarrollan proyectos catastrales debe quedar claro que no son proyectos registrales y que, por lo tanto, no se puede esperar de ellos, lo que sólo puede esperarse de los registros.

Lo mismo puede decirse de algunos programas de titulación masiva, los cuales, en mi opinión, pueden llegar a ser contraproducentes.

---

asigna sus efectos hasta transcurridos dos años, previa realización de las publicaciones correspondientes.

(60) En algunos proyectos se han gastado sumas fabulosas; hay países que se han catastrado varias veces, en ocasiones por un precio superior al de los propios inmuebles. El desconocimiento, las presiones de grupos de interés, la corrupción, se hallan sin duda tras estas prácticas. Es más fácil, sin duda, vender ordenadores, planos, etc., que un concepto y su organización, cual es el caso del Registro. Los fracasos, sin embargo, acabarán imputándose a un concepto y a una institución que nunca se desarrollaron.

En economías de subsistencia caracterizadas por la escasez de los intercambios inmobiliarios, realizados normalmente entre personas conocidas de grupos reducidos, no tiene el menor sentido que el Estado les obligue o les presione para registrar sus propiedades, ya que el registro les servirá sólo para informarles de lo que ya saben —quién es el dueño de cada inmueble—, no para solicitar créditos que no se hallan en su horizonte vital. Forzarles a ello sólo genera desconfianza, expande la creencia de que, en realidad, es una estrategia para obligarles a pagar impuestos —lo que, en ocasiones, es, además, cierto— y todo ello, junto con lo anterior, explica que apenas se registren segundas transacciones.

Por el contrario, hay que organizar un sistema registral sencillo, de fuertes efectos jurídicos, de utilización voluntaria, totalmente separado del sistema fiscal, que pueda ser usado cuando el individuo lo considere necesario, dada la evolución de su situación personal y de las oportunidades que ofrezca la economía.

Es obvio que el hecho de que los derechos informales no puedan ser comercializados e intercambiados más allá de la comunidad es uno de los motivos por los que, en muchas circunstancias históricas, han evolucionado hacia derechos de propiedad más formalizados, pero sólo una vez que los valores del recurso han aumentado lo suficiente como para justificar el coste de hacerlo. Los mecanismos principales de formalización son los registros, especialmente los de derechos, los cuales no solamente proporcionan protección frente a reivindicaciones de otros individuos, sino que facilitan su transmisión, y por ello, los convierten en activos aptos como garantía para respaldar créditos (61).

Hay que tener en cuenta también que el efecto positivo de la formalización sobre la concesión de crédito, no se produce de un modo automático, general y homogéneo. La titulación e inscripción formales del suelo probablemente tendrán un efecto importante sobre la concesión de crédito en situaciones en las que los mercados de crédito informales ya sean operativos y exista una demanda latente de crédito formal que no puede ser satisfecha como consecuencia de la falta de título formal.

Ello sucede cuando se ha alcanzado un cierto nivel de renta per cápita, de forma que el suelo ya no es la principal red de seguridad y existen oportunidades de inversión rentable para los potenciales prestatarios.

---

(61) En efecto, una diferencia clave entre la posesión informal y un sistema de derechos de propiedad más formalizado es que, en este último, quienes ostentan los derechos podrán acudir a los poderes coercitivos del Estado para que les garantice el cumplimiento forzoso en caso de vulneración de sus derechos, en lugar de verse obligados a confiar únicamente en sus propias fuerzas. Por ello, el valor de los registros será escaso, si sus pronunciamientos no son respaldados por los tribunales, si acceder a éstos es costoso, si son corruptos, o si son incapaces de hacer cumplir sus decisiones.

Cuando se dan tales condiciones, la concesión de títulos formales puede contribuir a la emergencia de los mercados financieros.

Sin embargo, pueden darse muchas circunstancias en las que los títulos formales no tengan repercusiones sobre el acceso al crédito. A saber: 1) no es viable la ejecución hipotecaria (62), 2) puede no existir un sistema bancario o financiero que preste a pequeños productores, 3) puede no haber proyectos suficientemente rentables.

El motivo esencial radica en que, con niveles de renta bajos y a falta de otros mecanismos de seguridad social, el suelo sirve, precisamente, como red de seguridad asocial. La ejecución hipotecaria del suelo de aquellas economías familiares que hayan incumplido el pago de un crédito les privaría de sus medios básicos de subsistencia y puede no resultar socialmente deseable, lo que constituye el motivo esencial de que los sistemas consuetudinarios limiten la comercialización del suelo. Las entidades financieras, por supuesto, no concederán crédito en estas condiciones, por lo que no se materializará el efecto del mercado de crédito.

*RESUMEN*

*MERCADO HIPOTECARIO*

*Los registros desempeñan funciones esenciales en una economía de mercado. El recurso a la ingeniería inversa nos permite conocer esas funciones. Permiten la conversión de los inmuebles en activos económicos y facilitan la contratación, pues al disminuir las asimetrías informativas, permiten que las partes puedan superar las principales dificultades para el intercambio —falta de comunicación y desconfianza— y coordinar mejor sus intereses comunes.*

*Pero no todos los sistemas registrales son igualmente eficientes y eficaces en la consecución de estos objetivos. Los registros de derechos son claramente superiores a los registros de documen-*

*ABSTRACT*

*MORTGAGE MARKET*

*Registries perform essential functions in a market economy. Reverse engineering reveals those functions. Registries enable real property to be converted into economic assets, and they facilitate contracts, because by reducing information asymmetry they enable the parties to any exchange to overcome the main difficulties in their way (lack of communication and mistrust) and better coordinate their common interests.*

*But not all registration systems are equally efficient and effective at attaining these objectives. Title registries are clearly superior to recording systems. The effect of conclusive title, which is characteristic of title registration syste-*

(62) El motivo radica en que, con niveles de renta bajos y a falta de otros mecanismos de seguridad social, el suelo sirve como red de seguridad social. En tales circunstancias, la ejecución en caso de impago privaría a las familias de sus medios básicos de subsistencia, lo que puede no ser socialmente deseable y constituye el motivo esencial por el que los sistemas consuetudinarios limitan la comercialización del suelo. Y, en tales condiciones, los bancos no concederán préstamos.

*tos. El efecto fe pública, característico de los primeros, equivale al principio de literalidad de los títulos valores perfectos o de fe pública y permite considerar la inscripción un título-valor que facilita la circulación de la propiedad y su aptitud como garantía crediticia. Desde la perspectiva del mercado, la inscripción no es así un mecanismo de publicación, sino de creación del derecho, independizando —abstrayendo— al mismo de las vicisitudes que puedan afectar al negocio causal, salvada la buena fe del tercero.*

*Es preciso, para ello, que el sistema judicial otorgue un alto valor probatorio a los pronunciamientos registrales, lo que, en última instancia, depende de su fiabilidad y ésta de las garantías que ofrezca el procedimiento registral, lo que determina, en gran medida, la estructura de la organización encargada del mismo.*

*El análisis de las evidencias empíricas sobre la relación entre los sistemas registrales de diferentes países y sus mercados hipotecarios así lo confirma.*

*En esta misma línea se hace un análisis crítico de las políticas de formalización seguidas en algunos países de América Latina.*

*ms, is equivalent to the rule for securities whereby, in securities fully verified as incorporating the right and securities attested to by an official for oaths, the scope of the lender's right is circumscribed to what is written in the securities certificates against which he has made his loan. So, entry in a registry may be regarded as a security certificate that facilitates the circulation of property and the eligibility of property as collateral for loans. From the market perspective, entry in a registry is not therefore a mechanism of disclosure, but of right creation, making the right independent of (i.e., abstract from) the vicissitudes that may affect the business at issue in the entry, third-party good faith notwithstanding.*

*It is necessary therefore for the judicial system to look upon registrar pronouncements as good, reliable evidence. This ultimately depends on the reliability of registrar pronouncements, which in turn depends on the guarantees the registration procedure offers, and that is largely determined by the structure of the organization in charge of the registration system.*

*Analysis of the empirical evidence on the relationship between the registration systems of different countries and their mortgage markets confirm this hypothesis.*

*Along these same lines, there is a critical analysis of the formalization policies used in some Latin-American countries.*

*(Trabajo recibido el 13-12-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# DICTÁMENES Y NOTAS

# Apuntes para una historia del *modo de expresar la representación en las escrituras públicas*

por

JESÚS MARÍA MARTÍNEZ ROJO
*Registrador de la Propiedad y Mercantil*

*SUMARIO*

1. PRIMERA ETAPA: DESDE LAS LEYES HIPOTECARIAS (1861) Y DEL NOTARIADO (1862), HASTA LA INSTRUCCIÓN DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1874.
2. SEGUNDA ETAPA: DESDE LA INSTRUCCIÓN DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1874 HASTA EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1921:
   - 2.1. Normas aplicables.
   - 2.2. La práctica notarial.
   - 2.3. La jurisprudencia de la Dirección General:
     - 2.3.1. *Resolución de 12 de agosto de 1878.*
     - 2.3.2. *Resolución de 18 de abril de 1879.*
     - 2.3.3. *Resolución de 13 de mayo de 1880.*
     - 2.3.4. *Resolución de 11 de noviembre de 1880.*
     - 2.3.5. *Resolución de 15 de marzo de 1887.*
     - 2.3.6. *Resolución de 1 de abril de 1892.*
     - 2.3.7. *Resolución de 3 de enero de 1893.*
     - 2.3.8. *Resolución de 24 de octubre de 1899.*
     - 2.3.9. *Resolución de 14 de febrero de 1916.*
     - 2.3.10. *La representación de las personas jurídicas.*
   - 2.4. La opinión de los autores.
3. TERCERA ETAPA: DESDE EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1921 HASTA EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 8 DE AGOSTO DE 1935:
   - 3.1. Normas aplicables.
   - 3.2. La jurisprudencia de la Dirección General:

3.2.1. *Resolución de 23 de marzo de 1926.*
3.2.2. *Resolución de 20 de diciembre de 1932.*

3.3. La opinión de los autores.

4. CUARTA ETAPA: DESDE EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 8 DE AGOSTO DE 1935 HASTA EL VIGENTE REGLAMENTO DEL NOTARIADO:

4.1. Normas aplicables.
4.2. La jurisprudencia de la Dirección General.
4.3. La opinión de los autores.

5. CONCLUSIONES.

La Ley 24/2005, de 18 de noviembre, parece haber sellado definitivamente la reforma del sistema de acreditación y expresión de la representación en la escrituras públicas introducido por el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Mucho se ha escrito desde entonces acerca de este importantísimo precepto, y no es intención del autor proseguir la polémica, al menos, por los mismos derroteros. Más bien pretenden estas líneas elevar la mirada por encima de reformas contingentes hacia el campo de los principios que informan las instituciones jurídicas, a fin de averiguar si resulta posible alterar un concreto modo de expresar la representación en las escrituras públicas, sin por ello desvirtuar la naturaleza de dichas instituciones.

Para ello se propone una retrospección a las normas que han regido la formalización pública de los negocios jurídicos y su publicidad, desde el nacimiento del Notariado y del Registro modernos; a las Resoluciones de la Dirección del ramo que nos revelan el modo como fueron entendidas y aplicadas aquéllas; y a la mirada crítica de los autores coetáneos a unas y otras. Se trata, en definitiva, de los «antecedentes históricos y legislativos» de que habla el artículo 3 del Código Civil, aunque contemplados no sólo en su función interpretativa.

Estas líneas se articulan siguiendo grandes períodos de tiempo señalados por las normas de Derecho notarial que se han ido sucediendo desde 1861. Se ha preferido este modo de acotar por dos razones fundamentales: por el propio objeto de estudio, que es la escritura pública, y en concreto la forma de expresar en la intervención la representación invocada; y porque la evolución del Derecho positivo notarial ha sido más acusada que la del hipotecario, prácticamente inalterado desde 1861 en cuanto al ámbito y a los medios de calificación. En cada fase se tomarán en cuenta las normas vigentes, las resoluciones recaídas y las opiniones de los autores del momento.

El autor pretende intervenir lo menos posible. Para ello se reproducen íntegramente todos los preceptos relevantes de las Leyes y Reglamentos correspondientes; se recogen todas las resoluciones que han construido el camino de

la interpretación autorizada de dichas normas, si bien extractadas en lo pertinente (1); y, por obvias razones de espacio, se han seleccionado las opiniones relevantes de algunos autores, procedentes de estudios sobre la materia, de manuales destinados a la preparación de oposiciones y de formularios para la práctica notarial. Siempre se ha procurado la transcripción literal de aquellos pasajes que más directamente atañen al objeto estudiado (2). Sólo al final, el autor se permitirá extraer algunas conclusiones que se desprenden directamente de todo lo anterior. El lector sabrá alcanzar otras muchas.

Como se indica en el título, las líneas que siguen tienen la modesta pretensión de ser unos «apuntes». No tratan de agotar la materia sino de facilitar los materiales indispensables, dejando amplio margen a mayores indagaciones y al campo de la opinión doctrinal.

## 1. PRIMERA ETAPA: DESDE LAS LEYES HIPOTECARIA (1861) Y DEL NOTARIADO (1862), HASTA LA INSTRUCCIÓN DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1874

Durante esta primera etapa, el estudio de las normas relevantes para el objeto de este estudio debe arrancar de las contenidas en la *Ley Hipotecaria (Real Decreto de 8 de febrero de 1861),* y en particular en los siguientes preceptos:

> Artículo 18. 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.
>
> 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.
>
> Artículo 141. La hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante, podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto

(1) La mayor parte de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se estudiarán en este artículo fueron tenidas en cuenta por la Resolución de 12 de abril de 1996, la más reciente que, por extenso, explicó el sistema tradicional español de expresión de la representación en la escritura pública y de correspondiente calificación. Aquí se facilita la consulta de esas resoluciones en su contenido esencial, incluyendo los argumentos de los respectivos Notarios, Jueces y Registradores: únicamente se eluden los detalles concretos de los supuestos de hecho que las motivaron, y se ciñe el extracto a la materia que es aquí objeto de estudio.

(2) Asimismo, se ha intentado, en la medida de lo posible, conservar la misma grafía y puntuación del texto original.

sino desde la fecha en que por una nueva inscripción se subsane la falta cometida (3).

Del primer Reglamento Hipotecario (Real Decreto de 21 de junio de 1861), deben destacarse los siguientes preceptos:

> Artículo 36. La calificación que hagan los Registradores o, en su caso, los regentes o la Audiencia, de la legalidad de las formas extrínsecas de las escrituras, de la capacidad de los otorgantes o de la competencia de los jueces que ordenen las cancelaciones, según lo prevenido en los artículos 18, 100 y 101 de la Ley, se entenderá limitada para el efecto de negar o admitir la inscripción, y no impedirá ni prejuzgará el juicio que pueda seguirse en los tribunales, sobre la nulidad de la misma escritura, o la competencia del mismo juez, a menos que llegue a dictarse sentencia de casación.
>
> Si de la ejecutoria que en dicho juicio recayere, resultare que fue mal calificada la escritura, la capacidad de los otorgantes o la competencia del juez, el Registrador hará la inscripción o cancelará la que hubiere hecho, según el caso, tomando el nuevo asiento la fecha del de presentación del título que hubiere dado lugar al incidente.
>
> Artículo 37. El Registrador considerará como falta de legalidad de las formas extrínsecas de los documentos o escrituras, cuya inscripción se solicite, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, todas las que afecten a su validez, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos públicos, siempre que resulten del texto de los mismos documentos o escrituras, o puedan conocerse por la simple inspección de ellos. Y como una de las circunstancias extrínsecas que más pueden afectar a la validez de dichos instrumentos públicos, es la falta de claridad en su redacción, deberán considerarse comprendidos en dicho artículo 18, los que no expresen o expresen sin la claridad suficiente, cualquiera de las circunstancias, que según la misma Ley, debe contener la inscripción bajo pena de nulidad.
>
> Artículo 57. 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 fuere nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen, u otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuese válida, atendidas las circunstancias dichas, y el vicio o defecto estuviere tan sólo en el documento que la contenga, y que se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta.

(3) Este precepto y su complemento reglamentario que luego se verá, revelan las atribuciones calificadoras que, en orden a las facultades representativas, confería al Registrador la primitiva Ley Hipotecaria; y presupone que el conocimiento que dicho funcionario alcanzaba de esas facultades derivaba del mismo título calificado o de la propia copia autorizada del poder que con él se acompañaba.

Es de notar, además, cómo el modelo décimo que para la «inscripción de hipoteca voluntaria» recogía dicho Reglamento, contemplaba el caso de hipoteca constituida por apoderado del hipotecante, transcribiéndose en el cuerpo de la inscripción las facultades pertinentes, y citando como presentada la copia del poder.

Por *Real Orden de 12 de junio de 1861* fue aprobada la primera «Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro». En dicha Orden se mandaba «que todos los Notarios o Escribanos a quienes incumbe su cumplimiento empiecen a observar las prescripciones contenidas en ella desde el 1.º de enero de 1862» (4). Su estructura revela que su objeto primordial era el de recoger disposiciones particulares dirigidas a la aplicación de los principios que en materia de hipotecas innovaba la Ley Hipotecaria. Por ello, no comprende ninguna que regule específicamente el concreto modo de expresar en el instrumento público el título de legitimación del representante:

> Así, su artículo 10, por la remisión que hace al 25 del Reglamento Hipotecario, obligaba a que los instrumentos en cuya virtud hubiera de practicarse una inscripción a favor de sociedad o establecimiento público expresase «el nombre de la persona que en su representación pida la inscripción, si no fuere una sociedad conocida únicamente por su razón».
>
> Por su parte, el artículo 20 de la Instrucción disponía que la designación de las sociedades o establecimientos públicos indicase «el nombre de los directores, administradores, o personas competentemente autorizadas para representarlos o llevar su firma».
>
> En su artículo 22 ordenaba: «Los escribanos harán constar en toda escritura, la capacidad de los otorgantes para celebrar el acto o contrato a que se refieran, expresando las circunstancias que, según los casos, determinen dicha capacidad».
>
> El artículo 26, al referirse a los instrumentos públicos en cuya virtud hubiera de cancelarse alguna inscripción o anotación preventiva, indicase, entre las circunstancias que hubiera de contener, «la representación legal con que obra la persona a cuya instancia, o con cuyo consentimiento se haga la inscripción, si fuere distinta de aquella a cuyo favor estuviera hecha la inscripción que deba cancelarse».
>
> En materia de hipotecas voluntarias, el artículo 42 regula que «los poderes para hipotecar podrán darse, bien con limitación a una finca determinada, o bien para todas las que posea el poderdante, y en uno y otro caso con las demás condiciones que tenga a bien señalar el propietario. El apoderado de este último modo estará facultado para hipotecar cualquiera de las que pertenezcan al poderdante».
>
> En cuanto a las hipotecas legales, el artículo 56, relativo a la dotal, prescribía que la escritura de constitución debía expresar, entre otras, la circunstan-

(4) Es de notar cómo esta disposición, que puede calificarse de Derecho Notarial, derivada de la Ley Hipotecaria y del Reglamento para su ejecución, se adelantó a la propia Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862.

> cia de la «representación de la persona que, en su caso, hubiere exigido la constitución de dicha hipoteca». Y la de constitución de hipoteca para asegurar las resultas de las cuentas de la tutela, no rendidas o no aprobadas, que debía otorgar el marido de la viuda, que siendo o habiendo sido tutora o curadora de sus hijos, hubiera contraído nuevo matrimonio, debía expresar, entre otras, la circunstancia de la «representación legal de la persona que haya exigido la constitución de la hipoteca, el juzgado en que se haya seguido el expediente, y la providencia que haya recaído» (art. 67).

La *Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862,* dedica relativamente pocos preceptos a la forma de los instrumentos, pareciendo más preocupada por el ejercicio de la fe pública y la organización del Notariado. Por ello, prácticamente se limita a regular los requisitos imprescindibles para la válida existencia del instrumento. Lo mismo puede afirmarse del primer *Reglamento Notarial (Real Decreto de 30 de diciembre de 1862).* No puede encontrarse en ellos disposición que detalle el modo de expresión en el instrumento público de la representación alegada.

Cierta consideración merece la *Real Orden de 5 de septiembre de 1867,* dado que, aunque suscitada con el fin de determinar si las escrituras de herencia o hijuelas de las mismas eran títulos bastantes para la inscripción de los bienes hereditarios, resulta interesante dado que en ella se precisa el modo de redactar en el instrumento público la justificación de ciertos extremos relevantes:

> Y así, después de aclarar que dichas escrituras no pueden ser inscritas si no se acompaña a ellas el testamento, o, en su caso, el testimonio de la declaración judicial de herederos, o se insertan estos documentos en la misma escritura de partición bajo la fe del Notario autorizante, debiendo contener la inserción, además de la relación necesaria, el auto íntegro de la declaración judicial de herederos, y en caso de testamento, la cabeza y pie del mismo, la cláusula de institución de herederos y todas las demás que puedan modificarla; afirma que, además, el inserto debe contener las que sean necesarias para que los Registradores tengan el conocimiento necesario de la legalidad de las formas extrínsecas del documento y de la capacidad de los otorgantes, cuya calificación les corresponde según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, señalando, a modo ejemplificativo, que si la inscripción se solicitase dentro de los 180 días de la muerte del testador, deberán asimismo insertarse todas las cláusulas que contengan legados, a fin de cumplir debidamente lo prevenido en el artículo 49 de dicha Ley.

La *Ley de 21 de diciembre de 1869* introdujo importantes matizaciones en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria:

> Artículo 65. Serán faltas subsanables las que afecten a la validez del mismo título sin producir necesariamente la nulidad de la obligación en él constituida.

> Si el título contuviere alguna de estas faltas, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva si la solicita el que presentó el título.
>
> Serán faltas no subsanables las que produzcan necesariamente la nulidad de la obligación.
>
> En caso de contener el título alguna falta de esta clase, se denegará la inscripción sin poder verificarse la anotación preventiva.

Del *Reglamento Hipotecario de 29 de octubre de 1870* conviene destacar los siguientes preceptos:

> Artículo 57 (párrafo primero). 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 fuese nula por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen u otra causa semejante, independiente de su forma extrínseca, se considerará la falta como no subsanable. Si la obligación fuese válida, atendidas las circunstancias dichas, y el defecto estuviere tan sólo en la forma externa del documento que la contenga, que se pueda reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción, se tendrá por subsanable la falta.
>
> Artículo 112 (párrafo primero). Siempre que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de la ley, se ratifique por el dueño de los bienes hipotecados la hipoteca constituida por un tercero sin poder bastante, se hará una nueva inscripción, en la que se exprese el motivo que haya dado lugar a ella, y se cancelará la anterior.

La práctica notarial (5) parece haber sido proclive durante este período, en el punto que es objeto de examen, a la transcripción de la cláusula del poder pertinente al caso. Así resulta de la siguiente fórmula para «venta hecha por procurador» que recoge el Notario don Félix María FOLGUERA (6), que se transcribe no sin antes aclarar que el autor, como se verá, utiliza dicho término «procurador» como sinónimo de «apoderado»:

---

(5) Como ya se anticipó, estos apuntes toman como punto de partida el año 1861 como inicio emblemático del Registro de la Propiedad y del Notariado (1862) modernos. Valga aquí como referencia del tiempo anterior a esa fecha lo que Josef FERRERO dejó escrito en la nota de la página 255 del tomo III de la Parte I de su monumental *Librería de escribanos é instrucción jurídica theórico practica de principiantes,* Imprenta de Pedro Marín, Madrid, 1789: «Sabiendo el Escribano la naturaleza, y cláusulas de los contratos, sabrá... que si se ofrece extender algún contrato en su virtud [en virtud de poder], ha de declarar, y asegurar en él el Apoderado que no le está revocado, suspenso, ni limitado, sin que sea preciso decir que lo tiene aceptado, y acepta, pues por el uso de él es visto aceptarlo; que si es especial para otorgar un contrato, se ha de unir original, é insertar en él: y si para mas, sacarse un traslado, é incorporarlo, o á lo menos citarlo individual y substancialmente en la Escritura, y dar fe de que es bastante».

(6) Félix María FOLGUERA, *Formulario completo de Notaría,* Barcelona, 1862, pág. 10.

> «Sépase que Joaquín Espalter y Ros, carpintero, vecino de Barcelona, casado, de edad de cuarenta y cinco años, Procurador, entre otras cosas, para los objetos que abraza este contrato constituido por Pedro Rius y Costa, droguero, vecino de la misma ciudad, casado, de edad de cuarenta y dos años, según consta por la escritura de poder autorizada por N. Notario a ... de ... de .... que copiada en la parte correspondiente es como sigue =Transcríbase=. En dicho nombre y representación VENDE perpetuamente, etc.».

Sin embargo, la jurisprudencia de la Dirección General durante esta etapa exige para la inscripción la inserción del poder en la escritura presentada al Registro. Así resulta de la *Resolución de 14 de julio de 1867* (7), que confirmó la nota de suspensión de una escritura de préstamo en que no se había insertado el poder en cuya virtud se otorgó la escritura, criterio que había sostenido igualmente el Regente de la Audiencia. Esa exigencia aparece confirmada implícitamente en la *Resolución de 23 de junio de 1874.*

## 2. SEGUNDA ETAPA: DESDE LA INSTRUCCIÓN DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1874 HASTA EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1921

### 2.1. Normas aplicables

Además de las enunciadas o transcritas en el apartado anterior durante el tiempo que estuvieron vigentes en este período, debe destacarse, en primer lugar, la segunda *«Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro, de 9 de noviembre de 1874»,* y, en particular, sus siguientes artículos:

> Artículo 4.º La designación de toda persona que intervenga en cualquier acto o contrato sujeto a inscripción, se hará expresando su nombre, sus apellidos, su edad, si fuere menor, su estado civil, su profesión y su vecindad, según apareciese de la cédula personal. Si fuere conocida con un segundo nombre unido al primero, se expresará necesariamente.
>
> Los que tengan su vecindad en un punto y su residencia en otro, deberán señalar expresamente uno de ellos para todas las notificaciones y diligencias a que pueda dar lugar el acto o contrato.

(7) Conviene aclarar que hasta la Orden de 18 de junio de 1874, las Resoluciones de la Dirección no eran fundadas, ni era obligatoria su inserción en la Gaceta de Madrid. Así se explica al comienzo de la *Colección oficial de Leyes, Reales Decretos, Reales Órdenes, Circulares y Resoluciones que se han hecho referentes al Registro de la Propiedad inmueble y de los demás derechos reales, desde el 1 de enero de 1874 hasta el 31 de diciembre de 1878, formada por la Dirección General de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado,* Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1882, origen del actual Anuario de la Dirección.

> Artículo 5.º Cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una sociedad, establecimiento público, corporación o persona jurídica se expresará esta circunstancia, designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, e indicando el título del cual resulte la expresada representación, debiendo autorizar en su caso el instrumento público con la firma social.
>
> Artículo 6.º Los Notarios harán constar en toda escritura que los otorgantes tienen la capacidad legal necesaria para celebrar el acto o contrato a que se refieran, cuya circunstancia se determinará a juicio propio del Notario, no bastando que éste la consigne en el instrumento apoyándose en el solo dicho de los otorgantes.

Vuelve a recoger en su artículo 33 la norma según la cual «los poderes para hipotecar podrán darse, bien con limitación a una finca determinada, o bien para todas las que posea el poderdante, y en uno y otro caso, con las demás condiciones que tenga a bien el propietario»; y en su artículo 46 reitera la necesaria expresión en la escritura de constitución de la hipoteca dotal de «la representación de la persona que en su caso hubiera exigido la constitución de dicha hipoteca».

Coetánea a esta Instrucción es el *Reglamento para la Organización y Régimen del Notariado de 9 de noviembre de 1874.* En él no se encuentran preceptos de interés para la materia de este estudio, dada su finalidad organizativa y los escasos artículos que dedica a las formas de los instrumentos públicos. Lo mismo puede decirse del *Reglamento de 9 de abril de 1917,* que, además, contiene en su artículo 211 remisión a las reservas y advertencias contenidas en la citada Instrucción (cfr. art. 8 de ésta).

Importante para la mejor precisión del ámbito de calificación de los Registradores es la nueva redacción dada por la *Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909,* al

> Artículo 18. 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.

Del *Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915* conviene considerar aquí los siguientes preceptos:

> Artículo 51.6 (circunstancias de la inscripción). El nombre, apellidos y estado civil de la persona que transmite o constituye el derecho que se inscribe, se harán constar según aparezcan en el título, sin que sea permitido al Registrador, ni aun con acuerdo de las partes, añadir ni quitar ninguna circunstancia. Se añadirán, si también resultaren del título, la edad, cuando se tratare de un menor, la profesión y el domicilio o vecindad. Las Corporaciones o personas jurídicas se designarán por el nombre con que fueren conocidas, expresándose

> al mismo tiempo su domicilio y el nombre y circunstancias de la persona que en su representación otorga el acto o contrato. Del mismo modo se harán constar, en sus respectivos lugares, el nombre y circunstancias de las personas que adquieran el derecho que se inscribe.
>
> Artículo 78. La calificación que hagan los Registradores, o en su caso el Presidente de la Audiencia, de la legalidad de los documentos o de la competencia de los Jueces o Tribunales, así como de la capacidad de los otorgantes y de la validez de las obligaciones contenidas en las escrituras públicas, según lo prevenido en los artículos 18, 65, 100 y 101 de la ley, se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o negar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada; y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o de la obligación, o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento.
>
> Si la ejecutoria que en éste recayere resultare contraria a la calificación, el Registrador practicará el asiento solicitado, el cual surtirá sus efectos desde la fecha del de presentación del título si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva.
>
> Artículo 118. Para distinguir las faltas subsanables de las que no lo sean y extender o no en su consecuencia la anotación preventiva a que se refiere el artículo 65 de la Ley, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título, y a los asientos del Registro con él relacionados.

### 2.2. La práctica notarial

El modo de redactar la intervención en nombre e interés ajeno parece haber seguido, durante este período, las mismas pautas indicadas en la etapa anterior. Baste aquí transcribir la siguiente fórmula para la comparecencia «de un mandatario» (8):

> «Comparece don Juan Armet y Santonja, comerciante, casado, de veintiocho años, vecino de esta ciudad, empadronado en la plaza de Tetuán, número 20, según consta de la cédula que exhibe, expedida en este día bajo el número mil, en concepto de apoderado de don Manuel Moreno y Torres, propietario, casado, de sesenta años, vecino de Madrid, empadronado en la calle de Espoz y Mina, número 6, cuyas facultades le confirió, según escritura ante don Juan Martínez, Notario de dicha villa, en 28 de septiembre de 1868, cuya copia legalizada exhibe, y entre otras cláusulas aparece la siguiente (se insertará la que se refiera a la escritura que se va a otorgar). Concuerda a la letra con su original, que devuelvo rubricado, a que me remito. Y asegurando el compareciente no tener revocados, suspendidos ni limitados dichos poderes, y hallán-

(8) Ezequiel Zarzoso y Ventura, *Teoría y práctica de la redacción de instrumentos públicos, conforme al programa del cuarto año de la carrera del Notariado,* Imprenta de Juan Guix, Valencia, 1893, pág. 126.

> dose él y su principal en aptitud legal para otorgar esta escritura, libre y espontáneamente, dice».

### 2.3. La jurisprudencia de la Dirección General

Dos grandes fases pueden distinguirse en la jurisprudencia del Centro Directivo durante este período: la primera, quizá bajo una mayor influencia de la importante Instrucción de 9 de noviembre de 1874, discurre hasta la Resolución de 11 de noviembre de 1880, y en ella las Resoluciones recaídas parecen conformarse con la inserción en el cuerpo de la intervención de los particulares del poder relativos al negocio documentado. A partir de la citada Resolución la Dirección se inclina por exigir la inserción literal e íntegra del poder o el acompañamiento de la copia autorizada del mismo.

#### 2.3.1. *Resolución de 12 de agosto de 1878*

Con esta Resolución da su inicio la primera de las fases indicadas. De ella parece desprenderse la suficiencia de la copia por el Notario, en la escritura por él autorizada, de la cláusula oportuna del poder:

> Venta por apoderado a favor de menor representado por el mandatario de su madre, tutora y curadora. En cuanto a este último poder, el Notario se limitó a expresar que se le exhibió y ser bastante para el otorgamiento.
>
> El Registrador suspendió el despacho, entre otros motivos por no hacerse constar las facultades del apoderado del menor, consignando las que se refieran al contrato.
>
> El Notario en el recurso alegó que los Notarios, para hacer constar que una persona obra como apoderado de otra, no necesitan insertar ni transcribir la escritura al intento otorgada, siendo suficiente que el autorizante, en vista de la escritura de poderes que se le exhiba, dé fe de que es bastante (9), cumpliéndose de esta suerte con lo prevenido en el artículo 6 de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos, toda vez que los funcionarios de su clase, si bien deben expresar en las escrituras que los otorgantes reúnen la capacidad legal necesaria para la celebración del acto o contrato, es según el juicio que los mismos se formen y bajo su responsabilidad.
>
> El Registrador en su informe alegó oscuridad y falta de ilación del documento, puesto que el apoderado, de la manera y en el concepto que se le hacía figurar en el mismo, daba lugar a que se dudase si había tenido sólo facultades para pagar y no para obrar en nombre del menor, y en todo caso bajo qué concepto y representación, pues los poderes otorgados por la madre no lo expresaban [subyacía el problema de determinar si las madres viudas al tiempo

(9) Sorprende la actualidad del argumento del señor Notario en el caso de esta Resolución.

> de la publicación de la Ley de Matrimonio Civil tenían la patria potestad sobre sus hijos; postura que sostenía el Registrador]. Concluía que no resultaba suficiente que el Notario se limitase a dar fe de que las partes tenían capacidad legal necesaria para celebrar el contrato, sino que era indispensable acompañar e insertar los documentos en justificación de dicha capacidad.
>
> La Dirección General, después de afirmar que ninguno de los defectos atribuidos por el Registrador afectaban a la validez del acto ni a la del instrumento, sin que se refiriesen a ninguna de las circunstancias que según la Ley Hipotecaria debiera contener la inscripción, considera que el Notario no infringió la Instrucción, al haber consignado el estado civil del otorgante y haber copiado la cláusula oportuna del poder que facultaba al representante del vendedor para vender, sin que debiera hacerse mención de la clase de peculio, por tratarse de hijos que se hallan libres de la patria potestad.

La Dirección no acoge el criterio del Notario, antes bien da por entendida la necesidad de transcribir la cláusula oportuna del poder. Así lo afirma en relación al apoderado del vendedor, al que el Registrador no había aludido en su nota. Y en cuanto al apoderado del comprador, la cuestión suscitada por el Registrador decae una vez que la Dirección se pronuncia sobre la capacidad de aquél, no sujeto a la patria potestad.

### 2.3.2. *Resolución de 18 abril de 1879*

De modo tangencial alude esta Resolución a la materia de este estudio, dado que tenía por objeto la expresión en la escritura del juicio de capacidad. Llama la atención cómo la Dirección se acoge al contexto de la escritura para resolver la cuestión suscitada:

> Escritura de préstamo hipotecario.
>
> El Registrador del distrito hipotecario de radicación de una de las fincas suspendió la inscripción, entre otros motivos, dado que, a su juicio, el Notario no hacía constar la capacidad de dichos otorgantes en la forma que exigía el artículo 6.º de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874.
>
> El Notario en su recurso consideró que aún cuando era cierto que en la escritura no se había hecho constar la capacidad de los otorgantes en la forma que exigía el artículo 6.º de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874, dicha falta no era, sin embargo, de las comprendidas en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 37 de su Reglamento, pues sólo las que afectan a la validez de la obligación del título son las comprendidas en el artículo 65 de dicha Ley.
>
> El Registrador informó que comportaba una falta de legalidad en la forma extrínseca de la escritura el expresar en ella la capacidad de los otorgantes con relación al dicho de los mismos, y no por juicio propio, como disponía el referido artículo 6.º de la citada Instrucción; falta que incumbía calificar a los Registradores, según el artículo 18 aludido.
>
> El Juzgado dictó auto declarando subsistente la nota puesta por el Registrador por razones análogas a las por él aducidas.

El Presidente de la Audiencia confirmó el auto.

La Dirección consideró que el no haber determinado el Notario la capacidad legal de los contratantes en virtud de su propio juicio y sin referirse a lo dicho por los mismos, si bien constituía una infracción del artículo 6.º citado, no impedía la inscripción del documento, toda vez que resultaba del mismo que los otorgantes por su edad, sexo y estado tenían capacidad necesaria para el otorgamiento, no siendo, por otra parte, la determinación de la capacidad esencial en ese caso para la validez del instrumento.

### 2.3.3. *Resolución de 13 de mayo de 1880*

Esta Resolución continúa la pauta señalada por la de 28 de mayo de 1879 (vid. apartado 2.3.10) de situar el ámbito de la calificación en la materia que es objeto de este estudio, en el de la capacidad de los otorgantes, en cuanto afecta a la validez del acto documentado. Además, resulta interesante, al menos, por un doble motivo: por un lado, la Dirección parece admitir el testimonio de las facultades representativas; pero, por otro, exige que los datos testimoniados sean bastantes para apreciar que el apoderado hubo obrado dentro de los límites del poder:

Escritura de préstamo hipotecario en que el deudor comparece representado, relacionándose la escritura de poder.

El Registrador denegó al no acreditarse en forma legal el carácter de apoderado.

El Notario recurrió alegando que se relacionaban las facultades del mandatario, habiéndose observado el artículo 5 de la Instrucción de modo que el Registrador no debió exigir la presentación de las escrituras de poder, siendo esa la doctrina de la Resolución de 28 de mayo de 1879.

El Registrador en su informe reiteró la imposibilidad de inscribir si no se acompañaba la escritura de poder, por no ser el Notario la persona llamada por la ley para calificar la escritura de poder, y por eso, si bien puede examinarlas para cerciorarse de su contenido, lo que él afirme como resultado de tal examen no debe ser bastante para verificar una inscripción (dado que si así fuese, las escrituras de partición serían directamente inscribibles sin necesidad del testamento o de la declaración de herederos, puesto que en ellas el Notario autorizante «reseña» el título sucesorio). Asimismo afirmaba que no era aplicable la Resolución alegada por el Notario por no ser igual gravar bienes que adquirirlos. Y que aunque el Notario hubiese insertado literalmente la cláusula del poder, lo cual no lo hizo, todavía podía reclamarse la escritura original.

El Juez declaró inscribible la escritura, porque de la «relación circunstanciada» de la escritura de poder no cabía dudar, en cuanto de ella da fe el Notario autorizante y se ajusta al artículo 5 de la Instrucción; y que los Registradores deben calificar la legalidad de las formas extrínsecas y la capacidad de los otorgantes, por lo que resulte de las escrituras que se presenten a inscripción.

La Dirección General recordó que, a tenor del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores deben calificar la capacidad de los otorgantes por lo

> que resulte de las mismas escrituras. Consideró que en la escritura calificada existían «datos bastantes» para apreciar que el apoderado obró dentro de los límites del poder, sin lo cual no es de presumir que la entidad prestamista hubiese entregado a dicha persona el principal del préstamo, si no fuese mandatario. Concluía afirmando que en la escritura denegada constaba que el poder reunía las circunstancias exigidas por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria; y que el Notario se ajustó en la redacción de la escritura a los artículos 4 y 6 de la Instrucción.

Debe, no obstante, estimarse endeble la conjetura de considerar suficientes los datos relacionados del poder, por el solo hecho de la celebración del contrato.

### 2.3.4. *Resolución de 11 de noviembre de 1880*

Aunque el supuesto de hecho que dio lugar a la Resolución no era el de intervención por apoderado, la doctrina que sentó la Dirección en esta ocasión resultó, como ya se ha adelantado, trascendental:

> Escritura de cancelación de hipoteca en garantía de un préstamo en parte concedido por el liberante y en parte por cierta señora, de quien, según palabras del Notario, aquél era heredero universal en virtud de cierto testamento otorgado ante el mismo Notario, que tuvo efecto en determinado día.
>
> El Registrador advirtió el defecto de no acreditarse en forma el carácter de heredero que usaba el liberante.
>
> El Notario invocó el artículo 18 de la Ley en el sentido de que los Registradores deben calificar por lo que resulte de las mismas escrituras.
>
> El Registrador argumentó que no son los Notarios sino los Registradores los llamados a calificar las formas extrínsecas de los documentos, por lo que debería, al menos, haberse insertado, en el de que se trataba, la cláusula de institución.
>
> El Juzgado confirmó la nota del Registrador por entender que sin inserción de la cláusula testamentaria de institución, no es posible venir en conocimiento de si se hizo con alguna condición respecto de la parte de capital que la testadora representaba en el préstamo; sin que bastase la referencia hecha por el Notario autorizante, porque los testamentos y declaraciones judiciales de herederos, en su caso, son los únicos medios legales para acreditar en forma dicha cualidad.
>
> La Presidencia de la Audiencia declaró, por el contrario, estar bien extendida la escritura, y ser, por tanto, inscribible, supuesto que en ella aparecía por testimonio del Notario y bajo su responsabilidad, con referencia al testamento ante él otorgado, la cualidad de heredero, lo que entendía bastante para su justificación.
>
> La Dirección General entiende que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, al imponer a «los Registradores la obligación de calificar la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras, se propuso evitar que

juzgasen de ella por noticias particulares, mas no que hubiesen de tenerla por probada en todo caso sólo por la afirmación del Notario».

«Si bien esa afirmación es suficiente respecto de las circunstancias que determinen la capacidad natural de los otorgantes para obrar en nombre propio, porque según el artículo 4.º de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro, el Notario debe expresar las circunstancias como aparezcan de la cédula personal, sin que sobre esto pueda haber apreciación, no sucede lo mismo respecto a la capacidad legal para obrar en nombre ajeno o como causa-habiente de otra persona, pues ya el Notario, con arreglo al artículo 6.º de la citada Instrucción, determina esa capacidad a su juicio, con el cual puede no estar conforme el del Registrador».

«Para apreciar si es o no exacto ese juicio es indispensable que los documentos que sirvieron para formarlo resulten de la misma escritura o se presenten con ella».

Y dado que en la escritura que dio origen al recurso no resultaba inserto el documento que acreditaba la capacidad legal como causahabiente para consentir en la cancelación del derecho inscrito, no resultaba posible al Registrador hacer la calificación con arreglo a lo prevenido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Citaba la Real Orden de 20 de abril de 1867 —invocada por el propio Notario— que si bien eximió a los herederos de los que tuviesen inscritos derechos en su favor para consentir en la cancelación de la necesidad de inscribir previamente su derecho hereditario, exigía empero que de las mismas escrituras resulte haber acreditado aquellos debidamente su calidad de tales herederos y el fallecimiento de su causante.

Señalaba, en fin, como medio de subsanación, presentar el testamento y el certificado de defunción de la causante, al efecto de acreditar la personalidad del otorgante.

La Dirección parece exigir en esta Resolución la inserción literal del documento legitimador, y así se vio confirmado por la interpretación auténtica que de ella hizo, como se verá, en la siguiente Resolución estudiada. De entre las variadas modalidades que se ofrecían, pudiera haber admitido, como sugiere el Registrador, la inserción parcial; quizá el testimonio en relación; pero, desde luego, excluye la nuda afirmación del Notario, porque la clave del argumento del Centro Directivo, a la hora de delimitar la fe notarial, es la de no extenderla a sus juicios o apreciaciones particulares (10).

(10) Antes de proseguir puede resultar de interés, por las afirmaciones que la Dirección formula acerca de las respectivas funciones de Notarios y Registradores, la Resolución de 17 de junio de 1886, relativa al juicio de identidad y de capacidad. Se trataba de una escritura de venta otorgada por apoderado, si bien en la escritura de poder al determinar sus circunstancias personales sólo se expresaron su nombre y apellidos y se hizo mención de que era vecino de cierta ciudad. El Notario autorizante de la escritura de venta advirtió que autorizaba la escritura en vista de la insistencia del apoderado, pero que a su juicio no tenía capacidad para otorgarla [ni la poderdante, por ciertos defectos que aquí no interesan] porque en la escritura de poder no se determinaban sus circunstancias personales con la claridad y precisión que las leyes previenen.

### 2.3.5. *Resolución de 15 de marzo de 1887*

Es la primera resolución que aplica la doctrina de la resolución anterior al caso del poder, y para ello utiliza el argumento que pudiera calificarse de «orgánico», esto es, de consideración íntegra de la totalidad del poder en orden a la calificación:

---

El Registrador suspendió la inscripción, por lo que aquí incumbe, porque en el poder no aparecía la edad del mandatario [parece que se acompañó la escritura de poder], por lo que no podía calificar su capacidad, cuya expresión [la de la edad] corresponde exclusivamente determinar a la mandante [como habitualmente ocurre en las escrituras de poder, que es otorgado unilateralmente por el poderdante, a quien compete facilitar los datos de identificación del apoderado], así como las demás prevenidas en la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 para la identificación del apoderado, por cuyo motivo el Notario autorizante de la escritura de venta no afirmó que el compareciente fuera el mismo que la escritura de mandato designaba.

La poderdante pidió la revocación de la nota fundándose, en lo que aquí interesa, en que la escritura de poder, aunque no consignaba la edad del apoderado, tal circunstancia no era precisa, al determinar por otras la persona del apoderado; habiéndose reseñado, por otra parte, con toda minuciosidad en la escritura de venta las circunstancias del apoderado, de modo que no podía dudarse se trataban de la misma persona.

El Registrador iniciaba su informe sentando el principio de que no es posible calificar con capacidad legal para contratar a aquél que según el Notario no la tiene, dado que la calificación no altera el contenido de las escrituras; que una escritura en la que el Notario afirma que una de las partes, a su juicio, no tiene capacidad legal, no es regular ni perfecta, ya que el llamado a apreciar la capacidad del otorgante no es éste [el otorgante] sino el Notario que autoriza el instrumento. Finalmente recordaba cómo el Notario había estimado necesarias las circunstancias personales que se omitían, pues sin ellas no podía cerciorarse de la identidad del mandatario, ni apreciar cumplidamente su capacidad.

Dado traslado del recurso al Notario autorizante, éste reconoció que el documento no era inscribible porque tal como aparecía designado el mandatario en la escritura de poder [de nuevo parece que se había aportado al Registrador la escritura de poder], resultaba difícil identificar su persona, que cabía confundir con la de cualquier otro que tuviera el mismo nombre y apellidos.

El Juez Delegado confirmó la calificación dado que el Notario debe afirmar la capacidad de los otorgantes por su propio juicio, y si éste fuera negativo, no autorizar el instrumento; y porque la falta de capacidad de uno de los otorgantes no puede suplirse por la afirmación del Registrador, que en este punto tiene que atenerse a lo que resulte de la escritura. El Presidente de la Audiencia confirmó el auto apelado por sus propios fundamentos.

La Dirección centra su Resolución precisamente en el defecto que interesa aquí [juicio de capacidad] para, una vez resuelto, desistir de descender a la cuestión de fondo que se agitaba en el recurso. Comienza explicando que el Notario, dentro de nuestro derecho positivo, es un funcionario público, conocedor de las leyes y encargado de velar por su observancia en cuantos contratos y actos extrajudiciales interviene por razón de su cargo, apoyando esta afirmación acerca del carácter técnico y jurídico de las funciones notariales en diversos preceptos de la Ley del Notariado y de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874, para concluir con la bella fórmula definitoria del Notario como «consejero que ilustra a los otorgantes» y «tutor que ampara sus intereses».

Por ello afirmaba que si no bastaba con arreglo al artículo 6.º de la Instrucción que el Notario, apoyándose en el dicho de los otorgantes, afirmase la capacidad de los mismos,

Escritura de división y adjudicación de bienes relictos, en la que uno de los otorgantes estaba representado por otro. El Notario copió literalmente la cláusula del poder que autorizaba al compareciente para intervenir en las operaciones de testamentaría.

El Registrador, entre otros defectos, adujo que no se afirmaba la capacidad de los otorgantes con sujeción a lo que preceptuaba el artículo 6.º de la Instrucción, y que se había omitido consignar que en la escritura de poder a que se aludía dio el Notario fe de conocer al poderdante.

Según el Notario, lo único a que viene obligado cuando alguno de los comparecientes obra por poder, es a apreciar la suficiencia del mandato, a copiar la cláusula necesaria para dar a conocer las atribuciones del mandatario y a consignar el estado, edad, profesión y vecindad del mandante.

El Registrador reiteró los defectos, indicando que si, como confesaba el Notario, en las escrituras otorgadas por poder hay que extractar de él lo que sea necesario, no resulta posible desconocer que la fe de conocimiento del poderdante es de aquellas circunstancias que no deben de omitirse.

Juzgado y Presidencia no confirmaron, en este punto, la calificación.

La Dirección afirma (aunque en relación al objeto de la citada Real Orden de 5 de septiembre de 1867) «que para que los Registradores puedan calificar la capacidad de los otorgantes es forzoso se les presenten los documentos que la justifiquen».

En concreto consideró que «a tenor de la Resolución de 11 de noviembre de 1880, para apreciar debidamente la capacidad legal del que obra en nombre de otro en virtud de poder, es indispensable que éste se presente al Registrador con la escritura inscribible, o bien que en ésta se inserte literalmente el mandato, pues sólo así es dado a aquel funcionario apreciar bien las facultades del apoderado, facultades que no resultan, las más de las veces, de determinada cláusula del contrato, sino del contexto todo de la escritura de apoderamiento».

### 2.3.6. *Resolución de 1 de abril de 1892*

Se trata de un supuesto de aplicación analógica de la doctrina de la Resolución de 15 de marzo de 1887 al cargo de liquidador, que es equiparado por la Dirección General al de mandatario de la sociedad disuelta:

Escritura de venta en que la sociedad vendedora interviene por medio de uno de sus liquidadores, y la sociedad compradora por apoderado.

Presentada dicha escritura junto con la de disolución y nombramiento de liquidadores de la vendedora, el Registrador, entre otros defectos, advirtió el de

---

con más razón había que estimar no inscribible un instrumento autorizado, no obstante ser el juicio del Notario totalmente opuesto a la aptitud legal de uno de los contratantes.

Concluye con esta importante afirmación: «ha sido la intención del legislador que todo contrato inscribible sea sometido al criterio legal del Notario, como dato previo a la calificación del Registrador, por lo cual es obvio que la falta de ese antecedente no puede ser suplida por la dicha calificación, sin lo cual vendría a ser de la competencia de un solo funcionario lo que la Ley ha querido atribuir a dos, sin duda como garantía de mayor acierto, dada la importancia de los Registradores de la Propiedad».

no acreditarse por completo la capacidad de los otorgantes de la escritura de disolución.

La compradora impugnó la calificación alegando, entre otras cosas, que aquí no interesan, que la escritura de disolución había sido presentada de manera extraoficial tan sólo para que el Registrador apreciase por sí las facultades concedidas a los liquidadores, mas no para que se inscribiera ni se tomara nota de ella, de modo que, en su opinión, si el Registrador no hubiera tenido a la vista dicha escritura no hubiera suspendido la inscripción de la venta, porque con arreglo al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador ha de fundar la calificación de un título por lo que del mismo resulte y no por faltas halladas en otro no inscribible.

El Registrador informó que, contrariamente a lo afirmado por el recurrente, la escritura de disolución había sido presentada hasta tres veces oficialmente en el Registro con el fin de subsanar una de las faltas de que adolecía la compra, a saber, no resultar bastante acreditada en ésta la capacidad legal del liquidador, ya que no se insertaba íntegro el documento de que nacían sus facultades, ni el Notario daba fe de que éstas no se hallaban limitadas por ninguna otra cláusula.

Pedido dictamen al Notario autorizante, lo evacuó en el sentido de considerar infundada la calificación porque el nombramiento se insertó literalmente en la escritura.

Por el contrario, el Juez Delegado confirmó las notas del Registrador por considerar que las dos escrituras, de disolución y compraventa, debían estudiarse conjuntamente, dado que se ignoraba si la cláusula de la escritura de disolución, fundamento de la personalidad del vendedor, se encontraba entredicha, limitada o suspensa por alguna otra. Afirmaba que desde el momento que la escritura de compraventa ofreciera al Registrador la más pequeña duda acerca de la capacidad de los otorgantes, es notoria la facultad de dicho funcionario para pedir que se desvanezcan sus dudas con los documentos necesarios. Concluía sobre este punto que el hecho de que la escritura de disolución no fuese inscribible no obstaba para su calificación, pues lo mismo ocurre con la escritura de poder y, sin embargo, «nadie negará al Registrador la facultad de calificar» tal documento.

La Presidencia confirmó el auto apelado.

La sociedad compradora promovió recurso de alzada contra la anterior providencia por entender que en la escritura de compraventa se copiaba literalmente el nombramiento de liquidador, que incluía entre otras la facultad de realizar los bienes raíces de la Sociedad, sin que resultase admisible la suposición del Juez delegado de poder estar dicha facultad entredicha, limitada o suspensa, pues no es creíble que después de establecerse una institución indispensable al disolverse las Sociedades, se escribiera una cláusula derogatoria, ni aun modificativa de la que en aquélla aparecía establecida.

La Dirección General consideró en este caso que para determinar si el liquidador había obrado dentro de los límites que sus comitentes le trazaran, era preciso tener a la vista la escritura de liquidación, tanto más cuanto que en la venta sólo se insertaba una sola de sus bases, siendo notorio que en otras cláusulas de la misma podían alterarse las atribuciones que en la dicha base se conferían. Ello no era sino la «mera aplicación al caso de la doctrina que exige

> que en la contratación por poderes se exhiban éstos a los Registradores si no aparecen literalmente testimoniados, a fin de que puedan calificar por sí la naturaleza y alcance del mandato; doctrina cuya pertinencia en la ocasión presente es perfectamente legítima, porque al fin el liquidador de la Sociedad es un verdadero mandatario de ésta».
>
> Sentado eso, la Dirección, en el caso de la Resolución, examina la escritura de disolución para determinar si estuvieron debidamente representados todos los interesados.

### 2.3.7. *Resolución de 3 de enero de 1893*

Aun siguiendo la estela de las anteriores resoluciones, el expediente que dio lugar a ésta presenta como novedad el hecho de que tanto el Registrador como el Juez delegado consideraron admisible el testimonio parcial de las facultades del poder atinentes al caso, acompañado, eso sí, de la afirmación del Notario de que en las cláusulas omitidas no se modificaban las facultades conferidas en la testimoniada; técnica que admitirá el legislador en la última etapa:

> Escritura de cancelación de crédito hipotecario otorgada por el apoderado del acreedor. El Notario insertó en la escritura un testimonio parcial de la de mandato, comprensivo de la cabeza, pie y cláusula en que se facultaba para cobrar y cancelar, y otro de una carta escrita por el acreedor a su apoderado, en que nuevamente le autorizaba para otorgar la escritura de cancelación y levantar la hipoteca.
>
> El Registrador, dado que en el documento no se testimoniaba literalmente la escritura de poder, requirió de oficio al mandatario para que la presentara dentro del término legal, y así lo hizo constar en nota extendida al pie de la copia de la escritura de cancelación.
>
> El Notario interpuso recurso contra dicha nota, alegando que lo testimoniado constituía un mandato completo, siquiera limitado a lo especial de cobrar y cancelar, por lo que era innecesario copiar todo lo restante de la escritura, dado que aparecían cuantos datos eran precisos para que el Registrador pudiera apreciar la capacidad del mandatario; que copiar literalmente el mandato no quiere decir que deba transcribirse toda la escritura de mandato como equivocadamente interpretaba el Registrador; y consideraba que la carta copiada en la escritura constituía un verdadero mandato según el artículo 1.710 del Código Civil.
>
> El Registrador informó que abonaba su calificación la Resolución de 11 de noviembre de 1880; refería un caso acaecido, en el que presentada una escritura otorgada por poder no testimoniado literalmente y sin que el Notario afirmara bajo su responsabilidad que en las demás cláusulas del mandato no se modificaban las facultades conferidas en aquélla que se testimoniaba, pedido el poder, resultó que la cláusula copiada estaba restringida por otra de que se prescindió; sin que en el caso presente alcanzara a suplir la omisión padecida la carta que se testimoniaba y que no reunía las condiciones que exige el número 5.° del artículo 1.280 del Código Civil.

> El Juez delegado confirmó la nota por estimar que los Registradores deben calificar por lo que de las escrituras resulta; que en las que se otorgan por poder bastaría testimoniar la cabeza, pie y cláusula de éste si el Notario afirmara bajo su responsabilidad que aquella cláusula no estaba modificada por las omitidas, pero que preterida esta afirmación, procedía suspender si el mandatario se negaba sin fundamento a exhibir el poder; ya que de otra suerte no podía el Registrador calificar con pleno conocimiento la capacidad del otorgante que obra por cuenta ajena; y que la carta testimoniada no era el documento que exige el artículo 1.280 del Código Civil.
>
> La Audiencia confirmó el auto apelado por sus mismos fundamentos.
>
> El Notario acudió a la Dirección alegando que en el caso particular era condición impuesta al mandatario la de que no podría cobrar ni cancelar si antes no se le autorizaba por carta, por lo que ésta precedió al otorgamiento de la escritura y fue en ella testimoniada, de modo que no era aplicable al caso el argumento de que las cláusulas del mandato omitidas pudieran alterar las transcritas al mediar una carta que confirmaba y ratificaba concreta y determinadamente las facultades otorgadas al apoderado en la cláusula copiada.
>
> La Dirección consideró que la cuestión suscitada en este caso estaba ya resuelta por la Resolución de 15 de marzo de 1887, que sentó la doctrina de que «para que el Registrador aprecie debidamente la capacidad legal del que obre en nombre de otro en virtud de poder, es indispensable que éste sea presentado a dicho funcionario con la escritura inscribible, o que en ella se inserte literalmente el mandato». La circunstancia de existir una carta escrita por el mandante en que nuevamente autorizaba a su apoderado para que otorgase la escritura en cuestión, no influía en modo alguno en la aplicación de dicha doctrina, pues «al afirmar que el Registrador ha de conocer toda la escritura de mandato no se pone en duda la existencia de éste, sino el verdadero alcance y extensión de las facultades del mandatario; y es obvio que no desvanece tal duda la carta de que se ha hecho mérito, sino el estudio del contexto todo de la escritura de apoderamiento».

### 2.3.8. *Resolución de 24 de octubre de 1899*

En esta ocasión es el Notario quien intenta hacer valer el testimonio parcial de las facultades del poder atinentes al caso, en unión de la afirmación, bajo su fe, de que en las cláusulas omitidas no se modificaban las facultades conferidas en la testimoniada; no obstante lo cual, la Dirección reitera el criterio de las resoluciones precedentes:

> Escritura de venta otorgada por el propio Notario autorizante en concepto de apoderado del vendedor, insertando en ella la cláusula de la de mandato en que se le confirieron poderes para vender, «sin que en el texto del poder conste cosa en contrario», según se consignaba en la propia escritura de venta.
>
> El Registrador, además de considerar insubsanable el ser el mismo Notario autorizante quien otorgaba la venta en virtud de poder (11), calificó como

(11) No nos detendremos aquí a considerar este aspecto, hoy regulado por el artículo 139 del vigente Reglamento Notarial.

subsanable el «no acompañarse ni insertarse literalmente la escritura de poder, según la Resolución de 11 de noviembre de 1880, y no haber, por tanto, términos hábiles de calificar la escritura».

El Notario, en su recurso, consideró que no era necesario que se insertase literalmente el poder cuando, como en el presente caso, se insertaba la cláusula pertinente y se manifestaba que en el resto del poder no constaba cosa en contrario, lo cual era equivalente a presentar el poder, porque de lo contrario de nada serviría la fe del Notario. Asimismo hacía notar que, con posterioridad, se había presentado la primera copia del poder.

El Registrador informó que para poder apreciar la capacidad legal del que obra en nombre ajeno es indispensable que los documentos que la acrediten resulten transcritos en la misma escritura o se presenten con ella, según las Resoluciones de 11 de noviembre de 1880, 14 de julio de 1867, 15 de marzo de 1887, y 3 de enero de 1893. Que, en todo caso, aquella escritura de poder debió haber ido al Registro conjuntamente con la escritura de venta para poderse presentar ambas en el mismo asiento del Diario, y no después, cuando ya estaba calificada la compraventa.

El Juez Delegado confirmó la nota del Registrador por análogas razones a las aducidas por éste.

El Notario, al apelar al Presidente de la Audiencia, consideró que la última de las Resoluciones citadas por el Registrador no resultaba aplicable al caso, y que las otras fueron motivadas por escrituras que no contenían la cláusula en que se afirmaba que en el resto del poder no constaba nada en contrario de lo que aparecía en la cláusula que se transcribía, referente a las facultades del apoderado.

El Presidente de la Audiencia confirmó la Resolución del Juez Delegado por sus propios fundamentos.

La Dirección consideró que «no insertándose en la escritura de venta la de poder..., es indispensable que se presente en el Registro esta última juntamente con aquélla, pues sólo así puede apreciar bien el Registrador las facultades del apoderado», según declaró la Resolución de 15 de marzo de 1887.

### 2.3.9. *Resolución de 14 de febrero de 1916*

La Dirección General extiende, en este caso de sustitución de poder, el criterio de las resoluciones anteriores a la escritura otorgada a favor del sustituyente. Al anterior argumento de la necesaria consideración íntegra del poder, añade ahora la Dirección el del distinto criterio que puede seguir el Registrador por motivos doctrinales o por razones de hecho (argumento que podría definirse como de «independencia de la función registral»). Resulta también interesante la alegación del Notario de haber añadido el Registrador nuevos defectos en el informe:

Escritura de compraventa, división de pensión censal y firma por razón de dominio, otorgada por mandatario por sustitución de poder, en la que

se contenía la cláusula que le autorizaba para poder firmar por razón de dominio (12).

El Registrador suspendió la inscripción de la aprobación y firma por razón de dominio, por el defecto de faltar capacidad al otorgante.

El Notario fundó su recurso en que el Registrador para calificar debe atenerse a lo que resulte del documento presentado y de los asientos del Registro.

El Registrador recordó, por su parte, la «jurisprudencia reiteradísima» (Resoluciones de 15 de marzo de 1887, 1 de abril de 1892, 3 de enero de 1893, 24 de octubre de 1899, entre otras), que, a su modo de ver, hacía necesario presentar en el Registro la escritura de mandato y la de sustitución, al no haberse testimoniado íntegras en la escritura, no siendo bastante insertar una cláusula de la de sustitución para poder apreciar las facultades del sustituto.

El Juez confirmó la nota recurrida, reproduciendo sus fundamentos.

En la apelación del auto, el Notario hizo notar que el Registrador, al argumentar en su escrito, entorpeció el recurso con sucesivas calificaciones sobre punto distinto (falta de presentación de las escrituras de poder y sustitución) del que servía de base a la nota recurrida (falta de capacidad en el sustituto), sobre el que debía haber resuelto el Juez y no lo hizo (13). Por lo demás, apoyaba su postura en la Resolución de 12 de agosto de 1878.

El Presidente de la Audiencia confirmó el auto apelado aceptando sus fundamentos, añadiendo que «por precepto legal los Registradores pueden calificar la capacidad de los otorgantes, y que según la jurisprudencia de esta Dirección, para que dicho funcionario pueda exactamente conocer las facultades del mandatario, es imprescindible la presentación del poder o su inserción literal en la escritura que se quiere inscribir».

El recurrente apeló la anterior providencia reiterando sus alegaciones a la vez que estimaba incongruente dicha resolución con la nota recurrida.

La Dirección admitió la personalidad del Notario para interponer el recurso dada la falta de precisión y claridad de la nota, si bien consideró que la exigencia del Registrador, tal como lo había hecho a lo largo del recurso, no implicaba necesariamente la existencia de defectos en el documento presentado. A continuación afirmó que «los Registradores de la Propiedad, al ejercer su función que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria les atribuye, de calificar la capacidad de los otorgantes, han de apreciar las relaciones de representación que ligando al mandante con su apoderado facultan a éste para otorgar la escritura inscribible, y como resultado de tal examen, aunque el Notario asegure que a su juicio los poderes son bastantes, por motivos doctrinales o por razones de hecho, separarse del criterio expresado»... «En su consecuencia es indiscutible la facultad que a los Registradores corresponde para cumplir con su deber, de exigir la presentación de los documentos complementarios, siempre que éstos no hayan sido insertados literalmente bajo la fe del Notario autorizante, pues en este último caso la autenticación y la exactitud de la transcripción, funciones de la exclusiva competencia notarial, hacen inútil el acompañamiento de los documentos transcritos, si se han ajustado a los precep-

(12) Cfr. artículo 98 del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915.

(13) Sobre la necesaria calificación unitaria, vid. artículo 132 del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915.

> tos formales que las regulan»... «Insertándose en la escritura objeto del recurso solamente una parte del poder concedido a favor de uno de los otorgantes, es necesaria la presentación en el Registro del expresado documento y del otorgado a favor del sustituyente, para en su vista poder calificar si el propio otorgante ha obrado o no con las debidas facultades» (14).

### 2.3.10. *La representación de las personas jurídicas*

Antes de concluir el estudio de la jurisprudencia del Centro Directivo durante esta etapa, conviene exponer la doctrina formulada en ella por la Dirección General acerca de la representación de las personas jurídicas, dado que reviste cierto interés al haber sostenido desde el comienzo, por oposición a lo mantenido para la representación voluntaria, la innecesariedad de la inserción literal de los respectivos Estatutos en orden a la autorización e inscripción de las escrituras otorgadas por los representantes de dichas personas. Debe recordarse, no obstante, que se trata de resoluciones pronunciadas en un contexto jurídico en el que aún no se encontraban plenamente desarrollados los instrumentos de publicidad de tales personas ni la doctrina de la «representación orgánica».

#### Resolución de 28 de mayo de 1879

Como ya se adelantó (vid. apartado 2.3.3) se trata de la primera Resolución que, en la materia que es objeto de este artículo, sitúa explícitamente el objeto de calificación en el ámbito de la capacidad de los otorgantes y no, como hasta entonces parecía entenderse, en el de las formalidades extrínsecas:

> Escritura de cesión con pacto de retro de ciertas fincas a favor de una sociedad colectiva, aceptada por el socio representante de la misma, afirmando el Notario que sus circunstancias y representación con uso de la firma social para todos los actos y gestiones aparecían en la escritura de constitución autorizada por él, concluyendo que se encontraba en el pleno goce de sus derechos civiles y con la capacidad necesaria para formalizar la escritura, sin que constase cosa en contrario.
>
> El Registrador suspendió la inscripción por no haberse hecho constar debidamente la representación.

---

(14) Como corolario de la evolución jurisprudencial hasta aquí expuesta, la Resolución de 21 de octubre de 1916, califica de «doctrina reiteradamente sentada por esta Dirección» aquélla según la cual: «para que el Registrador aprecie debidamente la capacidad legal del que obra en nombre de otro por virtud de poder, es indispensable que en el documento inscribible se inserte el mandato o que éste sea presentado a dicho funcionario».

El Notario adujo en el recurso el particular régimen de responsabilidad existente entre los socios de una sociedad colectiva, así como que, habiéndose atenido al artículo 5.º de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 resultaba innecesaria la presentación de la copia de la escritura de constitución ante él otorgada, cuyas circunstancias se expresaban en la escritura disputada.

Por el contrario, el Registrador en su informe estimó necesaria la presentación de la escritura de constitución con el fin de conocer las facultades del socio gerente, facultades que no estaban suficientemente definidas en el documento, por no ser, a su modo de ver, suficiente la fe del Notario en este punto, limitada al otorgamiento del documento anterior, pero sin que hiciera constar sus términos, impidiendo de esta suerte el que pudiera «ser calificado debidamente por el funcionario encargado del Registro, que es quien incumbe esta facultad con arreglo a la Ley y bajo su responsabilidad».

El Juez de primera instancia consideró que no era suficiente que el Notario diera fe en términos generales del otorgamiento de la escritura social y de que la representación era bastante para el caso, pues esa apreciación corresponde al funcionario encargado del Registro, debiendo el Notario, por lo menos, testimoniar en la escritura de cesión la cláusula en virtud de la cual se establecía la gerencia de la razón social.

El Centro Directivo (15), después de recordar que, según el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores deben calificar la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras, estimó que, resultando de la escritura por testimonio del Notario, con referencia a otra autorizada por el mismo, que el otorgante tenía el carácter de socio representante autorizado para usar de la firma social, había que atenerse a la doctrina del Código de Comercio, según la cual son válidos los actos y contratos otorgados a nombre y cuenta de la sociedad, bajo la firma que ésta tenga adoptada, por persona autorizada para la gestión y administración de sus negocios, sin perjuicio de la responsabilidad que en su caso pudiera exigírsele por los otros socios.

## Resolución de 4 de enero de 1902

Se trata del supuesto particular de representación del Banco de España, por lo que no debe olvidarse su especial régimen jurídico (16).

Escritura de cancelación de hipoteca otorgada por el Director de la Sucursal del Banco de España en cierta provincia, en la que se transcribe la autorización concedida por el Subgobernador del Banco.

En efecto, por determinada Circular del Gobernador del Banco de España se había dispuesto que, a pesar de que, de acuerdo con los Estatutos del mismo, los Directores de sus Sucursales tenían la representación del Banco en todos los asuntos extrajudiciales, convenía, en orden a hacer innecesaria la concesión de

(15) La Dirección cita en *vistos,* entre otros artículos del Código de Comercio de 1829 entonces vigente, el 307, equivalente al actual 132.

(16) Puede considerarse antecedente de ésta la Resolución de 21 de diciembre de 1887.

poderes notariales, que para la cancelación de las hipotecas constituidas por los recaudadores, se insertase en la escritura de cancelación la autorización que para ello debía conceder el Gobernador. Por acuerdo del Consejo de Gobierno se concretó que dicha autorización podía concederla también el Subgobernador delegado para el servicio de contribuciones.

El Registrador no admitió la cancelación porque, a su modo de ver, los documentos en que fundaba el otorgante su personalidad no acreditaban en forma la representación que invocaba, ni que fuera legítima.

La Dirección entendió que, en este caso, el Director de la Sucursal no obraba como apoderado del Subgobernador sino como tal Director, o sea, representante del Banco de España en la provincia, siendo evidente que no necesitaba poder notarial, sino únicamente acreditar su cualidad de Director y el cumplimiento de los requisitos y formalidades que para el otorgamiento de esta clase de contratos establecían los Estatutos del Banco y los acuerdos de su Consejo de Gobierno.

## Resolución de 23 de junio de 1905

Se aborda en este supuesto —interesante en otros aspectos como el de las facultades de los albaceas y la aplicación de los bienes dejados en usufructo con facultad de disponer— la representación de las personas jurídicas de índole asociativa.

Disposición testamentaria a favor de cierta asociación piadosa. Al otorgamiento de la escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales compareció la Presidenta de la asociación, designada por su Junta General para comparecer a otorgar la escritura de adjudicación de bienes a dicha asociación, según certificación que con referencia al libro de actas de la misma expidió la Secretaria.

El Registrador no admitió la inscripción, entre otros motivos, por no acreditarse en forma legal, con arreglo al artículo 37 del Código Civil, la capacidad de dicha señora como representante de la asociación.

Con posterioridad a la nota de calificación fueron practicadas las correspondientes inscripciones mediante la presentación de una instancia firmada por la citada Presidenta, cuyos derechos acreditaba en forma legal.

La Dirección, después de aclarar que, una vez practicados los asientos, el recurso del Notario debía entenderse limitado a pedir que se declare que la escritura se hallaba extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, apoyándose en el artículo 5.º de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro, resolvió que los requisitos de ese precepto aparecían cumplidos en el documento de que se trataba respecto de la señora que comparecía como Presidenta y en representación de la indicada asociación, «sin que esto obstara para que, si el Registrador no estimaba bastante justificada la personalidad de la otorgante, hubiera podido exigir la presentación de los documentos complementarios que creyese convenientes para justificar dicha personalidad».

## Resolución de 24 de abril de 1911

Esta Resolución sirve como resumen de la doctrina del Centro Directivo sobre la representación de las personas jurídicas, y en ella la distingue explícitamente de la sostenida para la representación por poder.

Escritura de permuta en la que cierta sociedad aparecía representada por administrador comisionado, extremo que justificaba mediante certificado expedido por el Secretario del Comité de la Compañía en la provincia de radicación de las fincas, en el que se transcribía el acuerdo del Consejo de Administración.

El Registrador suspendió la inscripción, entre otros motivos, por no justificarse la capacidad legal de la persona que comparecía en nombre de la Compañía, por lo que fue otorgada escritura de subsanación en la que se transcribió certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración de la mencionada Compañía, y en la que constaba un acuerdo de dicho Consejo, aprobando y ratificando lo hecho por el compareciente. El Registrador reiteró que la justificación no se hacía en forma.

La otra parte permutante interpuso recurso invocando los artículos 116, 118, 121 y 156 (17) del Código de Comercio, así como las concretas facultades que los Estatutos de la Compañía conferían a su Consejo de Administración.

El Registrador informó que para los efectos del Registro ha de acreditarse la representación con documentos fehacientes, carácter del que carecían los presentados. Además, en cuanto a la primera de las certificaciones, no se habían acreditado las facultades del Secretario del Comité, ni constaban los requisitos con que fue expedida la copia del acta a que tal certificación se refería, ni se expresaban en ella de modo concreto la operación que había de hacerse, ni las fincas que hubiera de comprender, ni las personas que debían intervenir en la misma. Y en cuanto a la certificación del Consejo de Administración consideró que éste no tenía facultades para enajenar inmuebles, careciendo también de eficacia el testimonio de los Estatutos que se había presentado, «porque el documento en que se confiere el poder ha de acompañarse original o insertarse íntegro para que el Registrador pueda calificarlo, según doctrina de las Resoluciones de este Centro de 24 de octubre de 1899, 15 de marzo de 1887 y 3 de enero de 1893».

El Juez delegado revocó la nota del Registrador por entender que los documentos presentados eran bastantes para producir fe en juicio y en el Registro y acreditar la representación del compareciente que debía considerarse mandatario de la Compañía a tenor del artículo 156 del Código de Comercio.

El Centro Directivo entendió que se hallaban debidamente acreditadas la capacidad del compareciente para representar a la Compañía, así como las atribuciones del Consejo de Administración, resumiendo la doctrina aplicable

(17) Este precepto, en su redacción entonces vigente, disponía: «Los administradores de las Compañías anónimas son sus mandatarios, y mientras observen las reglas del mandato, no estarán sujetos a responsabilidad personal ni solidaria por las operaciones sociales; y si, por la infracción de las leyes y estatutos de la Compañía, o por la contravención a los acuerdos legítimos de sus Juntas Generales, irrogaren perjuicios y fueren varios los responsables, cada uno de ellos responderá a prorrata».

> en este punto a las personas jurídicas: «si bien es exacto, como afirma el Registrador, que con arreglo a lo declarado por este Centro en la Resolución de 24 de octubre de 1899 y otras, es necesario que en las escrituras otorgadas por apoderados se inserte literalmente la de poder, o se acompañe esta última juntamente con aquélla, tal doctrina no se refiere á la justificación de las facultades de los administradores o representantes legales de las Compañías, cuando obran en cumplimiento de las que les están atribuidas por las Leyes y por los Estatutos sociales, pues en tales casos, lo procedente es acreditar la personalidad de los que desempeñan tales cargos, e insertar o testimoniar los artículos estatutarios en que se consignen las expresadas atribuciones, sin que en general sea necesario acompañar o insertar íntegramente dichos Estatutos, como se deduce de lo declarado en las Resoluciones de 28 de mayo de 1879 y 7 de enero de 1893, siendo bastante para acreditar tales extremos las certificaciones libradas por los respectivos Secretarios de las Compañías, conforme a lo igualmente consignado en Resoluciones de 21 de diciembre de 1887 y 4 de enero de 1902».

### 2.4. *La opinión de los autores*

Los autores de Derecho notarial del momento reaccionaron con moderada disidencia ante el criterio de la Dirección General explicitado a partir de su Resolución de 11 de noviembre de 1880.

Así, por citar a tres autores que nos hablan con posterioridad a esa Resolución, FERNÁNDEZ CASADO (18) llega a afirmar que la exigencia de inserción íntegra del poder suponía declarar que los Notarios no conocían el alcance de los documentos redactados y autorizados por ellos mismos:

> «Sobre la manera de acreditar el mandato existen resoluciones algún tanto contradictorias. La Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de mayo de 1880, declaró inscribible una escritura en que se *relacionaba* la de poder en cuya virtud obraba el mandatario, fundándose en la doctrina, para nosotros exactísima, de que el Registrador debe calificar por lo que resulte de los documentos presentados; pero en las de 15 de marzo de 1887 y 3 de enero de 1893 ha proclamado la necesidad de insertar íntegramente el poder, pues sólo así es dado al Registrador apreciar bien las facultades, que no resultan, las más de las veces, de determinada cláusula del contrato, sino del contexto todo de la escritura de apoderamiento. Esto, en nuestro sentir, es tanto como declarar que los Notarios no conocen el alcance de los documentos redactados y autorizados por ellos mismos.
>
> El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en auto de 19 de diciembre de 1892, declaró bien acreditada la personalidad del mandatario que obraba en concepto de curador mediante poder en que el Notario daba fe del nombramiento con relación a un testimonio del auto judicial, sin que fuera necesario acompañar indicado testimonio».

(18) Miguel FERNÁNDEZ CASADO, *Tratado de Notaría,* Madrid, 1895, pág. 448.

Algo después, MORALES DÍAZ (19) resumía los argumentos que podían aducirse en pro de una u otra postura, y abogaba por el criterio que sostuvo la Resolución de 13 de mayo de 1880:

> «Ahora bien, ¿cómo se consigna en el instrumento la representación y, por tanto, la capacidad del representado, tratándose de la que parte del contrato de mandato, que es la que ha de demostrarse documentalmente, no de la que se prueba por notoriedad?
>
> Desde luego el Notario ha de expresar las circunstancias personales del compareciente, su edad, estado, profesión y vecindad, según resulte de la cédula que exhiba, y ha de afirmar, a su juicio, la capacidad legal, diciendo además que obra, no por sí, sino en concepto de apoderado o mandatario, circunstancias todas que han de constar en la comparecencia de la escritura.
>
> La cuestión está en decidir si ha de *insertar íntegramente* el poder, o sólo ha de *relacionar de él la parte necesaria*, de donde resulten las facultades del representante. En cuanto a este punto, el criterio doctrinal de la Dirección de los Registros es totalmente contradictorio».
>
> Y después de resumir, por un lado, la Resolución de 13 de mayo de 1880, y por otro las de 11 de noviembre de 1880, 15 de marzo de 1887 y 24 de octubre de 1899, prosigue: «La teoría sustentada en la primera Resolución citada da valor casi absoluto, al menos para los efectos del Registro, a la afirmación de la capacidad hecha por el Notario; las demás proclaman implícitamente la independencia del Registrador para calificar libremente los instrumentos y juzgar por sí de esa circunstancia, prescindiendo de lo que el Notario haya consignado, y aun en contra de ello.
>
> Los que defienden el primer criterio se fundan en que la afirmación que el Notario ha de hacer necesariamente de la capacidad, o no significa nada, en cuyo caso la ley la hubiera excusado, o significa que ha de ser aceptada por proceder de un funcionario competente, y con aptitud y suficiencia científica reconocida para apreciar si los otorgantes son o no aptos para celebrar la relación jurídica. Los que abogan por la segunda teoría dicen también que el Registrador, por lo mismo que está facultado para calificar los documentos, no puede aceptar forzosamente un criterio extraño ni someterse a él por completo; mucho más cuando el que el Notario consigna en la escritura procede de una opinión particular susceptible de ser equivocada, y que la calificación también equivale a formar un juicio acerca del instrumento, sin admitir de antemano el parecer de otra persona, que puede perfectamente haber incurrido en un error, por el cual no debe estar obligado a pasar el Registrador, que es asimismo funcionario idóneo.
>
> A nuestro juicio, la razón está de parte de los que sostienen el primer sistema, y nos fundamos en dos disposiciones legales, que son: el artículo 6.° de la Instrucción de 1874, que dice, con referencia al caso de que alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de alguna Sociedad, Establecimiento, Corporación o persona jurídica que, el Notario *indicará el título del cual resul-*

(19) Eduardo MORALES DÍAZ, *Contestaciones a la parte de Derecho Notarial del programa para oposiciones del cuerpo de aspirantes al Notariado y a Notarías determinadas,* Establecimiento Tipográfico de Antonio Mozo, 1904, págs. 267-270.

> *ta la expresada representación*; y el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que prescribe que los Registradores *calificarán la capacidad de los otorgantes por lo que resulte de las mismas escrituras*.
>
> En observancia de esos preceptos, entendemos que basta con que el Notario relacione la escritura de mandato, insertando a lo sumo literalmente la cláusula o parte de ella en que se confieran facultades al mandatario para celebrar el acto o contrato en cuestión, haciendo constar el hecho de la exhibición del poder, su fecha y Notario autorizante, *y la manifestación del representante de que el mandato no le está revocado, suspenso ni limitado*. No se diga contra esto que el Registrador tiene entonces que admitir el criterio del Notario, porque la ley ordena que la calificación ha de hacerla por lo que aparece de la misma escritura que en el Registro se presenta, y únicamente puede negar eficacia a la afirmación de la capacidad legal cuando del texto del instrumento resulte ésta desmentida, como sucedería en el caso de que el mandante confiriera poder al representado para ejecutar un acto que sólo pueda verificar personalmente, o si el propio mandatario careciere de aptitud jurídica por ser menor».

Por su parte, SANCHO-TELLO (20) matiza que si se practica el testimonio parcial en unión de la afirmación del Notario de no existir en el poder cláusula alguna modificativa de la transcrita, la exigencia de inserción íntegra o la presentación de la copia del mandato resulta, en su opinión, inadmisible y depresiva para la fe pública:

> «Cuestión debatida es la de si en los instrumentos públicos inscribibles ha de insertarse el texto íntegro del mandato, o si basta el de la cláusula pertinente al acto o contrato con la de la comparecencia del poderdante y la aseveración del Notario de no existir cláusula que limite la facultad transcrita.
>
> La simple afirmación del mandatario respecto al hecho de no haberle sido revocado, suspenso ni limitado el poder, es bastante para considerarlo subsistente; la del Notario, relativa al hecho de no aparecer en el documento que se le presenta y en lo necesario transcribe, ninguna cláusula que limite o contradiga la autorización que reseña o inserta, no se considera bastante a pretexto de la facultad calificadora del Registrador. Circunscrita esta por la ley a apreciar la capacidad por lo que resulte del título, si éste le ofrece los elementos necesarios para apreciarla, su calificación descansando en la fe y suficiencia científica del Notario, tan perito en el Derecho como aquél, tiene todas las garantías apetecibles sin temor a conflictos y sin convertir la calificación en un derecho de inspección o de corrección superior que ciertamente no estuvo en el ánimo de los legisladores.
>
> Vacilante ha sido en esta materia la doctrina de la Dirección General del ramo, mientras por unas resoluciones ha declarado inscribibles escrituras en las cuales sólo se relacionaba el poder (13 de marzo de 1880), por otras, al contrario, ha considerado preciso la inserción íntegra o la presentación de la copia

(20) Vicente SANCHO-TELLO Y BURGUETE, *Redacción de instrumentos públicos,* Librería Maraguat, Valencia, 1914, pág. 264.

del mandato, porque solo así puede el Registrador apreciar bien las facultades del mandatario (12 de noviembre de 1880 y 24 de octubre de 1899).

Esta doctrina, en términos absolutos, nos parece inadmisible y depresiva para la fe pública. Si el Notario se contenta con relacionar el poder, puede en algunas ocasiones ser deficiente esa relación; pero si transcribe literal la cláusula pertinente, si además inserta la cabeza de la escritura, la comparecencia del mandante, su capacidad y conocimiento o forma como la suplió el autorizante del poder, si le presenta, en suma, bajo su fe, todos los elementos de juicio indispensables para apreciar la capacidad del mandante y del mandatario, cualquier exigencia en contrario parece obedecer más a tendencias de superioridad y a espíritu de desconfianza, que a verdadero celo en el cumplimiento de los deberes del cargo. El Registrador tiene derecho a exigir los medios de juzgar por sí la capacidad de los otorgantes y sujetos del instrumento público presentado a inscripción, sin obligación de atenerse al juicio del Notario; pero no puede negar a éste la fe cuando le asevera que nada aparece en contrario en el documento; es la afirmación de un hecho, no es un juicio del cual puede discrepar el funcionario encargado de velar por los intereses del tercero.

Sin embargo, mientras la jurisprudencia de la Dirección General no torne al buen sentido de sus antiguas resoluciones, aconsejamos la inserción literal del poder aun cuando esto ocasione perjuicios al público cuyos derechos a la economía sólo se invocan cuando de mermar los del Notario se trata».

## 3. TERCERA ETAPA: DESDE EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1921 HASTA EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 8 DE AGOSTO DE 1935

### 3.1. Normas aplicables

La novedad normativa de esta etapa está señalada por el importantísimo Real Decreto de 7 de noviembre de 1921, que aprueba con carácter provisional un Reglamento sobre Organización y Régimen del Notariado. En efecto, este Reglamento por su estructura y contenido, se aparta de la tendencia de los anteriores, y puede considerarse el primer Reglamento íntegro del Notariado moderno español. Por lo que aquí interesa, abandonando el sistema de remisión normativa, dedica un título independiente a «Instrucciones sobre redacción de instrumentos públicos», que incorpora el contenido sustancial de la Instrucción de 1874. Sin embargo, fuera y antes de ese título, destina dos preceptos a la materia que nos ocupa. Esta novedad sistemática revela el propósito de positivizar de modo general el sistema de expresión de la representación en los instrumentos públicos, con independencia de su posible destino para el Registro. Se trata de los siguientes artículos:

Artículo 245. Cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una Sociedad, establecimiento público, Corporación o persona social, se expresará esta circunstancia designando, además de las relativas a la persona-

> lidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, e indicando el título del cual resulte la expresada representación. El otorgante representante suscribirá el documento con su propia firma, sin que sea necesario que antepongan el nombre ni use la firma o razón social de la entidad que represente.
>
> Artículo 247. El Notario insertará en el cuerpo de la escritura o incorporará a ella, originales o por testimonio, las certificaciones o documentos fehacientes que acrediten la representación legal o voluntaria de quien comparezca en nombre de otro.

### 3.2. La jurisprudencia de la Dirección General

#### 3.2.1. *Resolución de 23 de marzo de 1926*

Extensa resolución también interesante para otras materias (reservas testamentarias, prohibiciones de disponer), su doctrina, para el objeto que se estudia, se centra en la interpretación que debía darse a las exigencias del artículo 247 del Reglamento Notarial de «insertar» o «incorporar ... por testimonio»:

> Escritura de agrupación y venta en la que el padre vendedor representa a sus hijos; por lo que aquí interesa, respecto de uno de ellos mediante escritura de poder, de la que el Notario transcribe determinada cláusula.
>
> El Registrador deniega la inscripción, entre otros motivos por no insertarse literalmente el poder.
>
> El Notario expuso que «en los insertos y referencias de la escritura está toda la cláusula íntegra, que acredita la facultad del apoderado para el acto o contrato de que se trata y para todas sus posibles incidencias, y después de esto, no se comprende qué dudas puedan presentarse al Registrador, como no sea acerca de la veracidad o fidelidad de dicho inserto o de las mismas referencias; que el artículo 247 del Reglamento notarial no dice, ni mucho menos intentó decir, que el Notario insertará en cada escritura todas *absolutamente* las cláusulas, manifestaciones o declaraciones que se hagan en un documento fehaciente que acredite la representación legal o voluntaria de quien comparezca en nombre de otro, pues el espíritu y hasta la letra del citado artículo 247 repugna esa interpretación, que sólo conduce a molestias, gastos e imperfección de los documentos».
>
> El Registrador alegó que «es indudable que el propósito del artículo 247 del Reglamento notarial fue recoger el sentido de la jurisprudencia, haciendo obligatorio de derecho lo que en la práctica venía siendo hecho y lo hace efectivo, exigiendo que en la escritura conste íntegro el poder, bien porque se incorpore original, bien porque se testimonie literalmente, y dice literalmente, porque el testimonio parcial era, en resumen, lo que se hacía antes, y, sin embargo, se exigía aparte la presentación del poder».
>
> El Presidente de la Audiencia declaró que la escritura calificada no se hallaba extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, y no era, por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad, por considerar, en lo que

aquí concierne, que no se insertaba en ella la certificación fehaciente del poder ni tampoco se incorporó un testimonio de tal certificación fehaciente, por cuanto una cosa u otra era requisito formal inexcusable, según el artículo 247 del Reglamento de 7 de noviembre de 1921, sobre la organización y régimen del Notariado, para la validez de la referida escritura, extrínsecamente considerada; «que la necesidad de la inserción o de la incorporación explicadas en el párrafo anterior es manifiesta, porque aparte no ser un hecho de sola apreciación, atribuida a la fe notarial, no debe olvidarse: 1.º Que todo contrato de mandato contenido en escritura pública determina un verdadero organismo, que es necesario conocer en totalidad para apreciar la eficacia de sus diversas cláusulas, que son sus órganos, y penetrarse de su funcionamiento regular o irregular en cada caso concreto de ejecución del mismo contrato. 2.° Que no puede ser permitido a los Notarios truncar a su voluntad el contenido de las certificaciones notariales expresivas de contratos de representación voluntaria de otorgantes en escrituras, pues ese contenido presentado por el propio representante otorgante, es a manera de manifestación contractual hecha por éste en el acto del otorgamiento, que debe ser consignada íntegra y fielmente en la escritura, como cualquiera otra manifestación constitutiva de la esencia del contrato. 3.° Que el testimonio a que se refiere el citado artículo 247 no será verdadero testimonio si no contiene la transcripción literal e íntegra de la certificación o del documento relativo a la representación legal o voluntaria del otorgante que comparezca en nombre de otro; porque ese testimonio parcial, puesto por el Notario que autoriza la escritura, no es documento fehaciente respecto del acto o contrato en que consta la certificación, sino tan sólo copia incompleta de una copia, completa o incompleta, que bien pudiera ser también insuficiente para hacer fe por sí sola. 4.° Que dadas las facultades concedidas a los Registradores por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y por los deberes que les impone ese mismo concepto, no se puede sustraer total o parcialmente a su examen, ni por modo directo o indirecto, la documentación necesaria en virtud de la cual se solicite una inscripción cualquiera, y en el caso actual imposibilitado quedaría el encargado del Registro de la Propiedad de... en el perfecto cumplimiento de aquellos deberes y debido ejercicio de aquellas facultades, al verse precisado a calificar por sólo el contenido de la escritura [presentada], la capacidad del representante otorgante... en el concepto de apoderado de..., ya que en esa escritura no constan todos los términos, cláusulas, limitaciones de cualquier clase y demás accidentes integrantes del apoderamiento».

El Notario recurrente se alzó de la resolución presidencial ante la Dirección General, en cuanto a lo que aquí interesa, porque a su modo de ver nada había sustraído al conocimiento del Registrador, sino que expresamente se le ofreció todo lo que para la comprobación de la veracidad del mandato podría necesitar.

La Dirección General concluye que «si el Notario ha consignado íntegramente la cláusula que acredita las facultades del otorgante... para actuar en nombre de... la escritura calificada se halla extendida en forma y no puede el Registrador de la Propiedad rechazarla fundado en que no se ha insertado literalmente el poder de que... hace uso; en primer lugar, porque el artículo 247 del Reglamento Notarial no ordena que el Notario transcriba en toda su extensión los documentos que acrediten la representación voluntaria; en segundo

> término, porque la primera copia del mandato puede ser presentada al Registrador en los casos excepcionales de dudar este funcionario de la veracidad o fidelidad de los inscritos *(sic),* y es documento de mayor autenticidad a tales efectos que los traslados, testimonios o copias de copia; en tercer lugar, porque los documentos notariales se deforman con la práctica de transcribir literalmente poderes, acuerdos, certificados y justificantes, repetir particularidades sin importancia que entorpezcan la ilación y colocar las cláusulas contractuales en los repliegues de una monstruosa acumulación de datos o antecedentes; y, en fin, porque es necesario interpretar los reglamentos con criterio que aleje cualquiera sospecha de exacción injustificada o de formalidad impuesta con fines bastardos, y al mismo tiempo coloque la dignidad profesional en el elevado puesto que, para [el señor Notario], ocupa».

Es de notar que la Resolución dejó abierta la posibilidad de que la primera copia del mandato pudiera ser presentada al Registrador en los casos excepcionales de dudar este funcionario de la veracidad o fidelidad de los insertos; posibilidad que dio lugar, como se verá, a nuevas interpretaciones encontradas.

### 3.2.2. *Resolución de 20 de diciembre de 1932*

A diferencia de la Resolución anterior en que el Registrador suspendió por no insertarse íntegramente el poder, en ésta el motivo de suspensión fue el no haberse aportado las escrituras de mandato; de modo que el Centro Directivo recordará «la facultad que a los Registradores fue siempre reconocida a los efectos de su deber de calificación de la capacidad de los otorgantes, esto es, la de exigir la presentación de tales documentos justificativos de la relación de representación»:

> Escritura de compraventa en que el Notario relaciona o testimonia literalmente las respectivas cláusulas de las escrituras de mandato de los compradores que para el otorgamiento facultaban especialmente.
>
> El Registrador suspendió la inscripción al no haberse aportado las escrituras de mandato.
>
> El Notario recurrió alegando que la función calificadora del Registrador es de pura inspección complementaria, sin facultades para revisar toda la actuación del Notario, pues si llega aquélla a apreciar la validez de las formas jurídicas, no puede alcanzar a la función neta y exclusivamente notarial de afirmación o adveración de hechos presenciados, por lo que, insertas en la escritura las cláusulas del mandato con la afirmación de que lo transcrito es testimonio literal de los originales, el Registrador no puede, sin lastimar el decoro del Notario autorizante y el crédito profesional, poner en duda este hecho ni que los particulares entrecomillados contienen todos los elementos necesarios para calificar la suficiencia de los poderes. Finalmente, invocaba la Resolución de 23 de marzo de 1926 en el sentido de que el Registrador puede solicitar la copia del mandato, pero sólo en los casos excepcionales de dudar

de la veracidad o fidelidad de los inscritos, es decir, de los insertos, y, por tanto, solamente en esos casos de excepción.

El Registrador, por su parte, en su informe recordó que la facultad calificadora del Registrador consiste más que un derecho en una obligación, por lo que resultaría injusto obligar al Registrador a responder de las inscripciones que practique en virtud de títulos que no ha calificado, ni puede serle impuesta la apreciación que haga el Notario sobre la validez de la escritura de mandato, por lo que se precisa que la escritura o títulos de los contratos preparatorios se muestren al Registrador, bien insertándolos (art. 247 del Reglamento Notarial) por lo menos en su cabeza, cláusula y pie en la escritura de contrato principal o bien aportándolos o acompañándolos a ésta, doctrina que, según él, establecía de manera implícita la citada Resolución, que no condiciona ni limita la facultad del Registrador para pedir la presentación de la escritura de mandato.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador afirmando que no cabe negar a los Registradores el derecho de ver por sí mismos aquellos documentos que, siendo sustanciales no aparecen incorporados ni copiado literalmente su texto completo en el presentado a inscripción; y ello no por espíritu de desconfianza hacia el fedatario sino como máxima garantía de la propia responsabilidad, criterio éste que no se opone a la suprema autoridad del Notario en su función fedataria, ni vulnera la doctrina establecida por la Resolución de 23 de marzo de 1926, que deja a salvo los casos excepcionales de duda en el ánimo del Registrador, y esos casos no son susceptibles de reglamentación, porque nadie más que uno mismo puede apreciar el estado de firmeza o de vacilación de su propio espíritu ante los hechos afirmados por otros.

El Notario se alzó de la anterior Resolución, fundándose en el valor del testimonio notarial. Poner en duda los testimonios notariales, equivaldrían, según él, a imputarle una falsedad o a dudar de su honor profesional.

La Dirección comenzaba recordando el derecho que al Registrador asiste, y reconoce la misma Resolución de 23 de marzo de 1926, de exigir copias «como documentos de mayor autenticidad que los traslados, testimonios o copias de copia». Añadía que tampoco era lícito interpretar las palabras de la Resolución, referidas a los casos de duda por parte del Registrador sobre la veracidad o fidelidad de la transcripción parcial, como señalamiento taxativo de los únicos casos en que le sea permitida la reclamación de dichas primeras copias, ya que una interpretación tan apegada a la letra conduciría fatalmente a la conclusión, desde luego inadmisible, a que llega el apelante, esto es, que la petición de la copia del mandato signifique desconsideración, una duda grave, e incluso una injuria para el Notario. El Centro Directivo considera que en la referida Resolución de 23 de marzo de 1926 sólo se pronunció, en la materia que aquí interesa, en lo relativo al fundamento escueto de la calificación del Registrador de «no insertarse literalmente el poder».

Y concluye que «en ella se dejó a salvo la facultad que a los Registradores fue siempre reconocida a los efectos de su deber de calificación de la capacidad de los otorgantes, esto es, la de exigir la presentación de tales documentos justificativos de la relación de representación, siempre que no se insertasen, no ya literalmente en alguna de sus cláusulas, sino también en toda su integridad, bajo la fe del Notario autorizante, puesto que atribuida al Registrador la responsabilidad íntegra de su calificación, puede, como dice la Resolución de 14 de

> febrero de 1916, aparte las dudas que excepcionalmente pudieran surgir en su ánimo sobre la veracidad o fidelidad de la copia parcial en relación con el todo, llegar a separarse del criterio expresado por el Notario por otros motivos doctrinales o por razones de hecho».

### 3.3. La opinión de los autores

La doctrina notarial, como no podía ser de otra forma, se centra en esta etapa en la interpretación del artículo 247 del Reglamento Notarial. Para Azpitarte y Sánchez (21) la solución a las polémicas se encontraba en añadir al testimonio parcial la afirmación del Notario de no contener el resto del poder nada que afecte a la cláusula o cláusulas copiadas, solución ya apuntada en la etapa anterior:

> «Este precepto [art. 247 del Reglamento Notarial de 1921] suscita dos problemas. El primero sobre si de un modo absoluto, en todo caso de representación ha de justificarse ésta; y el segundo sobre si los documentos a que se refiere han de insertarse íntegros...
>
> Lo segundo se relaciona íntimamente con el problema de la calificación del poder.
>
> En un principio se admitió que bastaba con que en la escritura se insertase la cláusula pertinente (Resolución de 12 de agosto de 1978); pero luego sufrió la doctrina una reacción violenta y se exigió que se acompañase o insertase copia literal. ...Fuera lo justo aplicar lo establecido por el Reglamento Notarial en su artículo 308, para las copias de testamentos cuando lo pide el legatario de cosa específica, y consentir que pudieran omitirse, con afirmación de no contener nada que afecte a la cláusula o cláusulas copiadas, las demás del poder que no sea concreto, y donde puede decirse que hay un haz de ellos. De este modo, se atendería, sin daño alguno, al interés de las partes, evitando las justas críticas por la extensión que de otro modo alcanzan las copias de documentos en que concurren uno o más otorgantes con poderes complejos.
>
> Estos anhelos se han visto pronto satisfechos, hasta cierto punto, con la Resolución de 23 de marzo de 1926. ...El punto negro de esta notable resolución es el segundo argumento, al cual, es de temer se asgan los Registradores rigoristas, para convertir lo excepcional en exigencia cotidiana y hacer inútil el mismo inserto literal, cuando sea oportuno, dando en pedir, hasta para un acto unilateral, como el poder, esa *primera copia* cuyas preeminencias de autenticidad sobre cualquiera otra obtenida del mismo protocolo por Notario competente, no tienen base alguna en la instrumentación moderna».

En opinión de Pou Ribas (22) el Reglamento Notarial de 1921 acogió en su artículo 247 el criterio «equivocado y depresivo para la fe notarial» de las

(21) Rafael Azpitarte y Sánchez, *Estudios de Derecho notarial,* Instituto Reus, ¿1926?, págs. 238-239.

(22) Nicasio Pou Ribas, *Legislación notarial. Obra ajustada al programa de Notarías determinadas de 19 de junio de 1926*, Editorial Reus, 1926, págs. 141-142.

Resoluciones posteriores a la de 11 de noviembre de 1880; frente a lo que la Resolución de 23 de marzo de 1926 ha «venido a confirmar la opinión de todos los Notarios en este punto»:

> «Mucho se debatió si en los instrumentos públicos inscribibles debía el Notario insertar íntegramente el poder, cuando se tratase de representación voluntaria, o si era suficiente la inserción de la cláusula pertinente al acto o contrato, y la aseveración del Notario de no existir ninguna otra que limitara la facultad transcrita.
>
> Vacilante ha sido en esta materia, dice el señor Sancho Tello, la doctrina de la Dirección General del ramo; mientras por unas resoluciones ha declarado inscribibles escrituras en las cuales sólo se relacionaba el poder (véase la de 13 de marzo de 1880), por otras, al contrario, ha considerado preciso la inserción íntegra o la presentación de la copia del mandato, porque sólo así puede el Registrador apreciar bien las facultades del mandatario [12 *(sic)* de noviembre de 1880 y 24 de octubre de 1889].
>
> El Reglamento actual recogió este último criterio, indudablemente equivocado y depresivo para la fe notarial, pues no se consideraba suficiente la copia hecha por el Notario de la cláusula concreta para el acto o contrato y la aseveración de no existir en el poder otra cláusula contraria a la transcrita. Si el poder se relacionaba, podría defenderse el criterio del Centro Directivo; testimoniándose literal aunque parcialmente no tenía justificación.
>
> Ha venido a confirmar la opinión de todos los Notarios en este punto la Resolución de 23 de marzo último. ...Esta acertadísima Resolución, cuyos fundamentos ... son la mejor censura del sistema opuesto, señala un nuevo período en extremo tan interesante. A tenor de ella, es suficiente insertar literalmente la cláusula pertinente al acto o contrato para que la escritura no tenga defecto que impida su inscripción, sin que sea necesario acompañar el poder del mandatario más que en el caso de dudar el Registrador del inserto hecho por el Notario.
>
> Aunque la Resolución se refiere concretamente al caso de una escritura inscribible, y el artículo 247 del Reglamento Notarial a las de toda clase, no ha de vacilarse en generalizar su doctrina por la amplitud de su redacción, por ser aún menos necesario en los restantes casos la inserción íntegra, por poderse suplir cualquier duda acerca de las facultades del mandatario con la presentación de la primera copia del mandato en todos los casos, y, porque, donde hay la misma razón, ha de haber igual disposición de derecho».

Especialmente interesante es la opinión de AZPEITIA ESTEBAN (23) por situar el problema no sólo en su relación con el Registro, sino en pura técnica notarial, de modo que explica la necesaria expresión de la representación en toda escritura otorgada por poder, inclinándose en cuanto a la fórmula concreta de su expresión por el testimonio parcial y la dación de fe de que en lo restante del documento no existe cláusula que modifique, contradiga ni condicione lo inserto:

---

(23) Mateo AZPEITIA ESTEBAN, *Legislación notarial. Obra ajustada al programa de Notarías determinadas de 19 de junio de 1926*, Editorial Reus, 1930, págs. 259-261.

> «...plantean los autores un problema de mayor interés: si el mandato o poder voluntario debe ser unido al acto notariado después de calificado de suficiente o bastará la fe notarial acerca de la suficiencia controlada. En el terreno de los principios parece que siendo el Notario el funcionario público autorizado para dar fe, bastaría su afirmación para tener el documento por íntegro. Nos permitimos, sin embargo, disentir de tal criterio. Entendiendo nosotros que el documento notarial es la exteriorización del acto jurídico, creemos necesario que en esa forma exteriorizante vaya todo cuanto signifiquen elementos compositivos de dicho acto, y la representación ha de tener su exteriorización. El ministerio notarial llega a juzgar, aceptando o rechazando la representación; pero el acto notarial quedaría incompleto si prescindiera de expresar cualquiera de sus componentes. No es que en los actos sujetos a Registros deba volver a calificar un nuevo funcionario técnico y con jurisdicción para aceptar o reclamar; es que en éstos como en los demás el instrumento público ha de llevar en sí la prueba de sí mismo (como *probatis probata),* y si no la lleva, ha de ser siempre tachado de incompleto.
>
> Otra cosa es resolver sobre si en caso de exhibición de un poder complejo ha de ser insertado íntegro en el documento. Aquí hemos de rechazar semejante pretensión, bastará que se inserten en el documento los extremos correspondientes al acto notariado: cabeza, cláusula pertinente y pie y para mayor aclaración dar fe de que en lo restante del documento no existe cláusula que modifique, contradiga ni condicione lo inserto. Así la capacidad se expresará completa y el instrumento público ha de hacer fe plena. Esta doctrina no sólo es la científica sino también la declarada por la Resolución de 23 de marzo de 1926...
>
> En cuanto a las representaciones documentales de origen legal declaradas por el juez, el título justificativo es complementario del notarial y siempre debe ser acompañado íntegramente por sí mismo o por copias, testimonio o insertos, siendo su contenido la materia objetiva de la representación. Lo mismo puede decirse de la representación mixta referente a sociedades o entidades públicas, en las cuales el título de nombramiento legitimado debidamente y el de autorización para el acto jurídico, que es la delegación orgánica, siempre necesario, contenido en el acuerdo correspondiente, constituyen los dos puntos de apoyo del juicio de capacidad en esta representación».

Al final de esta etapa, AGUADO MERINO (24), Registrador de la Propiedad y Notario excedente, da por bueno el criterio de la Resolución de 23 de marzo de 1926, al exponer los requisitos de la escritura otorgada por poder:

> «La justificación del poder al Registrador para su calificación, a cuyo efecto ha de insertarse en el documento inscribible o incorporarse o acompañarse al mismo. No es preciso que la escritura de poder se inserte total o íntegramente, bastando la copia de la cláusula o cláusulas pertinentes».
>
> Y en nota se remite a la «Resolución de 23 de marzo de 1926, que rectifica la doctrina contraria de las de 11 de noviembre de 1880, 15 de marzo de 1887,

(24) Crescenciano AGUADO MERINO, *Legislación notarial. Obra ajustada al programa de 9 de diciembre de 1925 para oposiciones a ingreso al cuerpo de aspirantes a Registros de la Propiedad,* Editorial Reus, Madrid, 1933, pág. 25.

3 de enero de 1893, 24 de octubre de 1899 y 14 de febrero de 1916, con buen criterio, porque ni el artículo 247 del Reglamento Notarial exige la transcripción total de los poderes y demás justificantes de la representación, ni es plausible la deformación que con tales insertos sufre el documento notarial, cuyas cláusulas aparecen sin hilación y pérdidas en un monstruoso repliegue de antecedentes».

## 4. CUARTA ETAPA: DESDE EL REGLAMENTO DEL NOTARIADO DE 8 DE AGOSTO DE 1935 HASTA EL VIGENTE REGLAMENTO DEL NOTARIADO

### 4.1. Normas aplicables

Las dudas que surgieron al inicio de la etapa anterior en orden a la necesidad de inserción íntegra del poder en la escritura, trataron de zanjarse en el nuevo *Reglamento del Notariado aprobado por Decreto de 8 de agosto de 1935,* en particular por el párrafo segundo de su artículo 166. Aquí interesa considerar los siguientes preceptos:

Artículo 164. La intervención de los otorgantes se expresará si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso el documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, y no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.

La voluntaria habrá de justificarse siempre, salvo casos de urgencia, en los cuales, con la conformidad de los demás otorgantes, se hará constar que la eficacia de la escritura queda subordinada a la prueba documental de la representación alegada.

También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.

Artículo 165. Cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una Sociedad, establecimiento público, Corporación u otra persona social, se expresará esta circunstancia designando, además de las relativas a la personalidad del representante, el nombre de dicha entidad y su domicilio, e indicando el título del cual resulte la expresada representación. El representante suscribirá el documento con su propia firma, sin que sea necesario que anteponga el nombre ni use la firma o razón social de la entidad que represente.

Artículo 166. El Notario insertará en el cuerpo de la escritura, en cuanto sea posible o incorporará a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación.

Bastará con que de dichos documentos se inserte lo pertinente, aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita.

Si el documento que hubiere de insertarse total o parcialmente, lo mismo en este caso que en otro de complemento de la matriz, figurase en protocolo

> legalmente a cargo del Notario autorizante, bastará con que éste haga la oportuna referencia en aquélla para luego practicar la inserción en las copias.

El *Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento del Notariado,* mantuvo la redacción de dichos artículos, con leves pero importantes correcciones de puntuación en el artículo 166:

> Artículo 166. El Notario insertará en el cuerpo de la escritura, en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales, o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación.
>
> Bastará con que de dichos documentos se inserte lo pertinente; aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita.
>
> Si el documento que hubiere de insertarse total o parcialmente, lo mismo en este caso que en otro de complemento de la matriz, figurase en protocolo legalmente a cargo del Notario autorizante, bastará con que éste haga la oportuna referencia en aquélla para luego practicar la inserción en las copias.

Por su parte, después de la reforma operada por *Ley de 30 de diciembre de 1944,* mediante *Decreto de 8 de febrero de 1946 fue aprobado el texto refundido de la Ley Hipotecaria,* que dio nueva redacción a su artículo 18 con dos importantes precisiones: que la calificación en orden a la validez recae sobre los «actos dispositivos» (a diferencia de las «obligaciones» a que antes hacía referencia); y que los elementos de calificación son, además de las escrituras, «los asientos del Registro»:

> Artículo 18. 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.
>
> Artículo 65. Las faltas de los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables o insubsanables.
>
> Si el título tuviere alguna falta subsanable, el Registrador suspenderá la inscripción y extenderá anotación preventiva cuando la solicite el que presentó el título.
>
> En el caso de contener el título alguna falta de esta clase, se denegará la inscripción, sin poder hacerse la anotación preventiva.
>
> Para distinguir las faltas subsanables de las insubsanables y extender o no, en su consecuencia, la anotación preventiva a que se refiere este artículo, atenderá el Registrador tanto al contenido como a las formas y solemnidades del título y a los asientos del Registro con él relacionados.

Por *Decreto de 14 de febrero de 1947 se aprobó el nuevo Reglamento Hipotecario,* del que merece destacarse la redacción que dio a su artículo 98, redacción original que, tras la inclusión de dos párrafos finales por Decreto

de 17 de marzo de 1959, fue recuperada por *Real Decreto de 12 de noviembre de 1982:*

> Artículo 98. El Registrador considerará, conforme a lo prescrito en el artículo 18 de la Ley, como faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos, siempre que resulten del texto de dichos documentos o puedan conocerse por la simple inspección de ellos.
>
> Del mismo modo apreciará la no expresión, o la expresión sin la claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad.

De las reformas introducidas en el Reglamento Hipotecario por el citado *Decreto de 17 de marzo de 1959* se transcribe a continuación el párrafo primero del artículo 51.9, número de dicho precepto cuya redacción vigente procede del Real Decreto de 12 de noviembre de 1982:

> Artículo 51.9 (párrafo primero). Las personas naturales de quienes procedan inmediatamente los bienes o derechos que se inscriban, se determinarán expresando su nombre, apellidos y estado civil según aparezcan en el título, sin que sea permitido al Registrador, ni aun con acuerdo de las partes, añadir ni quitar ninguna circunstancia. Se añadirán, si resultaren del título, la edad, cuando se tratare de un menor; la profesión, el domicilio y, en su caso, la vecindad foral y la nacionalidad. Las personas jurídicas se designarán por el nombre con que fueren conocidas, expresándose al mismo tiempo su domicilio y el nombre y circunstancias de la persona que en su representación otorgue el acto o contrato. Del mismo modo se harán constar en sus respectivos lugares el nombre, apellidos y circunstancias de las personas a cuyo favor se practique la inscripción.

Finalmente, el *Decreto de 22 de julio de 1967* modifica los artículos 164 y 166 del Reglamento del Notariado en el siguiente sentido: el artículo 164 incorpora en su párrafo segundo la prueba documental de la representación posterior al otorgamiento, en la forma prevista para la adhesión en el nuevo párrafo segundo del artículo 176 del Reglamento, introducido en la misma reforma; y se añade un último párrafo al artículo 166 al objeto de permitir la remisión de la prueba de la representación al documento *(rectius* copia autorizada de la escritura de poder) que se acompañará a la copia del que ahora se autoriza:

> Artículo 164. La intervención de los otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro, reseñándose en este caso el documento del cual surge la representación, salvo cuando emane de la Ley, en cuyo caso se expresará esta circunstancia, y no siendo preciso que la representación legal se justifique si consta por notoriedad al autorizante.
>
> La voluntaria habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento o, con la conformidad de los demás otorgantes, en un momento posterior, lo que se podrá hacer constar en la forma prevista, en el párrafo 2.º del

> artículo 176 de este Reglamento. En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará expresamente en el instrumento.
>
> También se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que sólo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato.
>
> Artículo 166. El Notario insertará en el cuerpo de la escritura en cuanto sea posible, o incorporará a ella, originales o por testimonio, los documentos fehacientes que acrediten la representación.
>
> Bastará con que de dichos documentos se inserte lo pertinente, aseverando el Notario que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni, en forma alguna, modifique o condicione la parte transcrita.
>
> Si el documento que hubiere de insertarse total o parcialmente, lo mismo en este caso que en otro de complemento de la matriz, figurase en protocolo legalmente a cargo del Notario autorizante, bastará con que éste haga la oportuna referencia en aquélla para luego practicar la inserción en las copias.
>
> El Notario podrá también reseñar en la matriz los documentos de los que resulte la representación, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan.

### 4.2. La jurisprudencia de la Dirección General

De este período únicamente puede destacarse la *Resolución de 28 de abril de 1941,* dictada bajo la vigencia del Reglamento del Notariado de 1935. Como en las dos últimas resoluciones citadas, el sentido de la decisión del Centro Directivo se vio condicionado en gran parte por los concretos términos en que los respectivos Registradores redactaron sus notas de calificación. En este caso, por ese motivo, si bien la Dirección deja a salvo la posibilidad de que, ante las dudas que le asaltaran al Registrador, pudiera éste solicitar la aportación de la copia autorizada de poder, advierte que esas dudas debieran haber sido expresadas en la propia nota de calificación:

> Escritura de venta otorgada por apoderado de los esposos vendedores, haciéndose constar que la finca había sido adquirida por la esposa en virtud de compra, sin que se justificara la procedencia del dinero con que hizo la adquisición, «por lo que la misma habrá de reputarse ganancial». En dicha escritura se testimoniaba parcialmente del protocolo el poder en virtud del cual compareció el apoderado, otorgado por los esposos, por el que, sin limitación de tiempo, le confieren las facultades siguientes: «Quinto: Comprar y vender en pública subasta o privadamente bienes muebles o inmuebles, valores y derechos, incluso acciones y concesiones, por el precio que estipule, que satisfará o percibirá al contado o a plazos, dando o aceptando las garantías que convenga, estableciendo o no el pacto de retracto u otros permitidos por la ley, y obligando a los mandantes al saneamiento o aceptando las obligaciones de la misma clase, adquirir asimismo los expresados bienes valores y derechos, en cesión, adjudicación en pago, donación o por cualquier otro título y cederlos en igual forma y por último permutarlos por otros de igual o distinta naturaleza,

abonando o percibiendo la diferencia de estimación si la hubiere. Decimosexto: Otorgar y firmar las escrituras públicas y documentos privados que sean necesarios o estime convenientes al cumplimiento de las facultades anteriores, consignando en las mismas los requisitos y cláusulas propias de su naturaleza y sin limitación alguna»; consignándose que lo que se omite, no modifica, anula, restringe o condiciona lo inserto.

El Registrador suspendió la inscripción «porque no insertándose literalmente la escritura de mandato que acredite la representación... ni aportándose copia de la referida escritura, a pesar de habérsele exigido al presentante, no es posible hacer su calificación».

El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la calificación anterior, alegando que para poder calificar el Registrador la capacidad de un mandatario precisaba ver, con relación al mandante, las circunstancias personales del mismo para identificarlo con el Registro, con relación a la escritura de mandato, que se han observado los requisitos para su validez, y con relación al mandatario, asegurarse de que se le han conferido facultades suficientes para el otorgamiento. Que en el testimonio que se insertaba a continuación de la escritura se citaban las circunstancias personales de los mandantes por las que podía identificarlos con el titular del asiento y juzgar su capacidad; que constaba igualmente la cabeza y pie de la escritura de mandato, por lo cual podía calificarse su eficacia y validez; que se transcribían íntegramente las facultades señaladas en los números quinto y decimosexto, suficientes para el otorgamiento, dándose fe de que la parte que se omite no modifica, anula, restringe o condiciona lo copiado. Que el Registrador no podía poner en duda esos hechos, ni el positivo ni el negativo, porque ambos estaban justificados bajo fe de Notario, según los artículos 237 y 255 del Reglamento Notarial; y que se había cumplido lo dispuesto en el artículo 166 de este Reglamento.

El Registrador, citando la Resolución de 20 de diciembre de 1932, informó que el deber de calificación obliga a conocer en toda su extensión las facultades que en la escritura de poder hayan conferido ambos esposos a su mandante, no pudiendo ser impuestas las apreciaciones que haga el Notario sobre el contenido de las cláusulas omitidas, por ser responsables los Registradores de las inscripciones que practiquen; que nacía la duda de que, pudiendo el marido enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento de la mujer, hubiera comparecido ésta en la escritura; que bastando, por tanto, que se otorgara la venta solamente por el marido, en la parte testimoniada de la escritura de mandato no aparecía nada que aclarase la referida intervención de la esposa, estimando necesario el examen del poder en su totalidad, por si en otra de sus cláusulas se consignaba algo que motivara el uso que hiciera el mandatario del poder, que le confirió la referida esposa; y que además, en la parte testimoniada de dicho poder no se mencionaba concretamente cosa alguna sobre facultades para vender los bienes gananciales del matrimonio, ni se estaba en el caso de que, por haber precedido a éste capitulaciones matrimoniales o haber surgido algún suceso que sustrajera del régimen común las adquisiciones hechas por la mujer a título oneroso, se impusiera la necesidad de su consentimiento en la venta.

El Presidente de la Audiencia, reconociendo las atribuciones que el Reglamento notarial concede a los Notarios; fundándose en el artículo 18 de la ley

> Hipotecaria y con cita de las Resoluciones de 14 de febrero de 1916 y 20 de diciembre de 1932, confirmó la nota puesta por el Registrador de la Propiedad.
>
> El Notario en su escrito de alzada insistió en las facultades que le concedía el párrafo segundo del artículo 166 del Reglamento Notarial vigente en ese momento, en relación con el anterior.
>
> La Dirección General, después de reconocer que debía mantenerse en toda su integridad el principio de legalidad en su vertiente de calificación, advertía que, dentro de la unidad de la función calificadora, debe existir un adecuado paralelismo entre el derecho y el deber, limitando el campo en que tal función se desenvuelve, a la crítica de lo necesario para extender el asiento solicitado, evitando que la facultad del Registrador llegue más allá que su responsabilidad. Por ello, «sin pretender cercenar en lo más mínimo la función calificadora», afirmaba que «el Registrador no puede fundar su negativa en el solo hecho de no haberse insertado íntegramente el poder, ni exigir copia de la escritura de mandato, sin expresar las dudas o duda que tenga, una vez cumplidas por el Notario, en el primer supuesto, las prescripciones reglamentarias en vigor». Finalmente, después de reprobar veladamente que fuera «expresada por el Registrador en su informe la duda que motivó la nota», concluye que el consentimiento y la venta conjunta de los esposos, aunque no fuere necesaria, robustece la posición de matrimonio en la sociedad de gananciales.

Es de suponer, a falta de específicos pronunciamientos posteriores de la Dirección General, que la aprobación del Reglamento Notarial de 1944 despejó definitivamente las dudas interpretativas hasta entonces suscitadas.

### 4.3. La opinión de los autores

Como es evidente, la doctrina de esta etapa final maduró al compás de las reformas normativas y de las aclaraciones jurisprudenciales.

En un primer momento, la redacción del artículo 166 en el Reglamento de 1935 fue vista como un intento de terminar con la exigencia por parte de los Registradores de que los poderes hubieran de insertarse literales o acompañarse originales, no bastando el inserto en relación; propugnándose, por el contrario, que la inserción o testimonio unido de la cláusula o cláusulas pertinentes fuera bastante (25). Sin embargo, la práctica notarial aconsejaba la unión de los documentos al final y no la transcripción o inserción en el instrumento (26), sistema recomendado, en todo caso, cuando se tratase de poderes especiales (27).

---

(25) En este sentido, Alberto de Velasco, *Derecho Notarial con algunos formularios. Obra ajustada al programa de Notarías determinadas de 25 de noviembre de 1940,* Instituto Editorial Reus, 1941, págs. 170-171.

(26) Manuel Carmona Navarrete (Notario), *Legislación Notarial. Obra adaptada al programa de Registros de 29 de septiembre de 1940,* Editorial ¿...?, fecha ¿...?, pág. 25.

(27) En este sentido, Alberto de Velasco, *op. cit.*, pág. 171.

Tras la reforma del artículo 166, operada por el Reglamento Notarial de 1944, el sistema de testimonio parcial (de «reseña» como lo denomina algún autor) (28) con aseveración del Notario de que en lo omitido no hay nada que modifique la parte transcrita, puede afirmarse que es asumido de manera pacífica (29). En general, se percibe cómo dicha reforma quiso facilitar el modo de expresar en el instrumento la representación alegada, dejando a salvo siempre su necesaria justificación y expresión. Así DON José GONZÁLEZ PALOMINO (30) explica:

> «La legitimación de los requirentes envuelve tres problemas. Uno, el de expresar si intervienen en nombre o interés propio o nombre o en interés ajeno (art. 164 del Reglamento). Otro, el de expresar las bases determinantes de sus facultades de disposición, punto éste de enlace entre la comparecencia y la exposición. Y el tercero, el de hacer patente en el instrumento, en los casos en que actúen en nombre o en interés de otro, el fundamento de esta intervención (art. 164 del Reglamento). Este último punto tiene flexibilidad máxima. Es absolutamente necesario expresar quiénes son partes en el negocio, pues si no se expresa, los comparecientes actuarían en nombre e interés propio y podrían dar forma a un negocio que no es el que quisieron. Pero no es absolutamente necesario presentar en el propio momento la comprobación del porqué y el cómo interviene cada uno.
>
> El instrumente quedaría subordinado, en su eficacia, a la prueba posterior. Sería un instrumento deficiente, defectuoso, pero no ineficaz ni nulo. El Reglamento, en el citado artículo, parece concretar esta regla a la representación voluntaria (párrafo segundo), pero es aplicable a todo caso».

Esta asunción generalizada del sistema dio lugar a su integración en la dogmática del Derecho Notarial. Así, por ejemplo, Rafael NÚÑEZ LAGOS (31) explica cómo

> «la comparecencia ha de mencionar no sólo quién comparece, sino por quien comparece: si "interviene" en su propio nombre y derecho o en nombre ajeno, o en nombre propio e interés ajeno, etc. ...Conexas con la mención de la cualidad

(28) Así, José Pablo DE LA HERRÁN DE LAS POZAS, en *Derecho Notarial. Ajustado al programa de oposiciones libres a Notarías de 14 de septiembre de 1945,* Gráficas Reunidas, S. A., Madrid, 1950, pág. 190.

(29) Vid. el breve comentario de G. CÁNOVAS Y COUTIÑO a la Resolución de 28 de abril de 1941, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 157, junio de 1941, pág. 376; José MARTÍNEZ SANTONJA (Registrador), *Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la redacción de los documentos públicos sujetos a inscripción,* Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, 28 de enero de 1950, pág. 19.

(30) *Instituciones de Derecho Notarial,* Instituto Editorial Reus, 1948, págs. 502-503. Es de notar que este admirado Notario fue el recurrente en la importante Resolución de 20 de diciembre de 1932.

(31) Rafael NÚÑEZ LAGOS, *Los esquemas conceptuales del instrumento público,* 1953, pág. 64.

están las menciones de su prueba, que implica tres aspectos: enunciación, transcripción e incorporación de documentos habilitantes: *a)* La enunciación, expresa, someramente, autor, clase y contenido de los documentos justificativos. Integra todavía el texto de la comparecencia. Ha de ser más o menos detallada, según se proceda luego a transcribir o incorporar; *b)* La transcripción, en el contexto del instrumento, de los documentos legitimadores del compareciente, ha sido el procedimiento seguido por los antiguos notarios. Hoy la transcripción no se practica, a no ser la parcial, a fin de ganar en brevedad; lo más frecuente es la incorporación. El texto del instrumento, en el supuesto de transcripción, ha de expresar: 1) que el notario tiene a la vista los documentos originales o copias fehacientes, pues es acto de exhibición; 2) que el resto no transcrito, no contradice ni limita lo transcrito. *c)* La incorporación une a la matriz, bien los documentos originales, bien un testimonio expedido por el mismo notario autorizante del instrumento. De esta manera, la incorporación es un subrogado de la transcripción. Expedido por otro notario presentaría un enojoso problema del valor de las copias de copias (art. 1.221, *in fine* del Código Civil esp.)».

También Pedro ÁVILA ÁLVAREZ (32), después de la reforma de 1967, explicará que:

«A) Producida la prueba documental de la representación ante el Notario, caben teóricamente tres sistemas sobre el tratamiento de dicha prueba en el instrumento que se autorice:

1. Unir dicha prueba, por uno u otro procedimiento, al instrumento para formar con él una unidad inescindible, sistema quizá el más seguro y el más concordante con la concepción del Notariado y su función.
2. Sustituir tal unión por un dictamen del Notario en el instrumento, favorable a la suficiencia de dicha prueba para justificar la representación (33), sistema que olvida que por tratarse no de afirmación de un hecho, sino de un juicio o apreciación del Notario, debe ser revisable sin necesidad de impugnación.
3. Permitir la simple referencia del Notario a la prueba documental, la cual habrá de acompañar constantemente, aunque por separado, a la copia del instrumento, sistema que tiene graves inconvenientes, como el peligro de extravío de la prueba documental, la necesidad de acompañar múltiples documentos de los que sólo interesa una pequeña parte, la posibilidad de impugnación por separado de tales documentos, etc.

B) De estos tres sistemas, el Reglamento Notarial se inclina por el primero al exigir que los documentos fehacientes que acrediten la representación pasen al instrumento por uno de estos dos procedimientos:

1. Incorporación del documento o documentos aportados (o de su testimonio) a la matriz que se autorice, mediante su protocolización a continuación de aquélla.

---

(32) Pedro ÁVILA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Notarial,* Editorial Montecorvo, S. A., 1973, págs. 135-137.

(33) Parece anunciarse aquí el sistema instaurado por el artículo 98 de la Ley 24/2001.

> 2. Inserción total o parcial de dichos documentos en la matriz que se autorice, mediante su copia o transcripción en el cuerpo de la misma, con aseveración por el Notario, si la transcripción es parcial, de "que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja ni en forma alguna modifique o condicione la parte transcrita".
>
> [En nota el autor refiere que de los peligros que implicaba (antes de la reforma de 1967) el incumplimiento de esta norma eran prueba los autos del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1953 y 15 de diciembre de 1953, y la sentencia del mismo Tribunal de 23 de junio de 1954, que decretaron la inadmisión del recurso de casación (interpuesto en nombre de una sociedad) por insuficiencia del poder del procurador al no resultar acreditada documentalmente la representación que el poderdante ostentaba de la sociedad interesada. Cita también la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1956].
>
> «Pero también —sigue diciendo— admite el tercer sistema con todos los inconvenientes señalados al disponer que: "El Notario podrá también reseñar en la matriz los documentos de los que resulte la representación, haciendo constar que se acompañarán a las copias que se expidan"».

En parecido sentido, Pedro ÁVILA NAVARRO (34), para quien

> «el sistema de inserción en la escritura de las partes esenciales del poder, las congruentes con el acto que se pretende realizar, con indicación de que en lo omitido no hay nada que altere la parte transcrita... es el sistema más técnico y perfecto, refleja el trabajo jurídico de selección de las facultades necesarias y hace la escritura más corta, más económica y de más fácil lectura. Parece también el sistema preferido por el Reglamento si se atiende a las palabras "insertará... en cuanto sea posible"».

## 5. CONCLUSIONES

1. Nunca antes de la Ley 24/2001 fue objeto de discusión en Derecho español que en la redacción de escrituras que documentasen negocios en que se intervenía en nombre ajeno, debiera el Notario expresar en el documento no sólo el título de legitimación sino las facultades concretas conferidas.

2. Esa exigencia no guardó una vinculación necesaria con el posible acceso de la escritura al Registro. Si bien esta circunstancia sirvió para explicitarla inicialmente en los textos positivos, la escritura pública que no justificaba las facultades del que intervenía en nombre de otro, fue siempre considerada «incompleta», «deficiente» o «defectuosa» por la doctrina notarial.

---

(34) Pedro ÁVILA NAVARRO, *La representación con poder (estudio de Derecho Registral y Notarial),* Editorial Civitas, 1922, págs. 129 a 135 y 162 a 166.

3. La controversia histórica versó únicamente sobre la extensión que debiera darse a esa relación de facultades: bien la inserción literal o la incorporación del poder, bien el testimonio literal parcial con la fórmula añadida de que en lo omitido no hubiera nada que alterase la parte transcrita. Tanto las posturas de los Notarios como las de los Registradores fueron convergiendo con preferencia hacia este último sistema.

4. Esa exigencia fue recogida inicialmente por las normas que regulaban el acceso a los registros de las escrituras públicas; pero, consecuencia del perfeccionamiento de la técnica notarial, se incorpora a los sucesivos Reglamentos como exigencia universal de las escrituras otorgadas en nombre ajeno.

*RESUMEN*

*REPRESENTACIÓN*

*El artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, ha modificado de raíz el régimen tradicional español de expresar en las escrituras públicas la intervención en nombre ajeno.*

*En este trabajo se propone un estudio recapitulativo de las normas, de la jurisprudencia y de la doctrina científica que desde el surgimiento en España del Notariado y del Registro de la Propiedad modernos fueron señalando el modo de proceder sobre este punto.*

*Este enfoque pretende resaltar la ruptura que se ha producido con el citado artículo 98, y dar pie a la reflexión sobre el alcance que ello pueda tener para el conjunto de las instituciones afectadas.*

*ABSTRACT*

*AGENCY*

*Article 98 of Act 24/2001 of 27 December changed the very root of the traditional Spanish system for expressing, in a deed, that a party is acting on behalf of another.*

*This paper proposes a recapitulative study of the rules, case law and scientific doctrine that have indicated how to proceed on this point since the modern notarial scheme and property registration system arose in Spain.*

*This focus endeavours to underline how article 98 broke with tradition and encourage reflection on the scope that can have for the set of institutions affected by the change.*

*(Trabajo recibido el 28-11-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# La custodia compartida como alternativa legal (*)

por

SILVIA TAMAYO HAYA
*Profesora de Derecho Civil*
*Universidad de Cantabria*

*SUMARIO*

JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: EL PRINCIPIO DEL *FAVOR FILII* Y DE CORRESPONSABILIDAD.

EL FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005.

ESPECIALES CAUTELAS.

LA DECISIÓN JUDICIAL SIN ACUERDO DE LAS PARTES.

SU ARTICULACIÓN.

Una de las piedras angulares de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial y que mayores debates ha generado en la opinión pública es, indudablemente, el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados. En relación a este tema el legislador ha aprovechado para dar nueva redacción al artículo 92 (1) del Código Civil más ajustada a la realidad social del momento y que, con carácter general, podríamos tildar de oportuna.

---

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Mediación en conflictos sociales y solución alternativa de controversias civiles» (SEJ 2006-14474) del Plan Nacional I+D del Ministerio de Educación y Ciencia.

(1) Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio, publicada en el *BOE* número 163 del día 9 de julio y que entró en vigor el día siguiente de su publicación (Disposición Final 4.ª). Frente a la parquedad normativa anterior, el nuevo texto dedica a la cuestión 6 apartados —del 4 al 9, ambos inclusive— del artículo 92 del Código Civil.

## JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA: EL PRINCIPIO DEL *FAVOR FILII* Y DE CORRESPONSABILIDAD

El fin pretendido no es otro que procurar la mejor realización del beneficio e interés del menor que va a prevalecer frente al de los padres cuando exista alguna colisión entre dichos intereses, con la intención de que sufran lo menos posible la ruptura de sus progenitores y conserven lo más posible a ambos.

Se configura así como un derecho que tienen hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno-filial y materno-filial igualitaria, al que no se puede ni debe renunciar. Un derecho que nace de la familia y no del matrimonio; lo que supone que los derechos y responsabilidades de cada uno tras la crisis conyugal deben ser iguales a los que se tenían con anterioridad. Se prima así el aspecto obligacional de las relaciones paterno-filiales. Ambos progenitores han de ser conscientes de que las crisis familiares no les eximen de sus obligaciones con los hijos (2) —incluso podría decirse que aumentan—; su responsabilidad continúa, con mayor diligencia si cabe, después de la ruptura matrimonial, tal y como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos y recuerda el artículo 92.1 del Código Civil *(«La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos»)* (3).

De este modo se fomentan las relaciones de familia en libertad en el sentido de que se otorga a los progenitores la posibilidad de decidir su propio modelo de convivencia en plenas condiciones de igualdad; se busca que compartan de manera efectiva y responsable un rol sin que se dé una superioridad jerárquica de uno sobre el otro. Y al mismo tiempo se apuesta por la igualdad de derechos y oportunidades de la mujer que paulatinamente deja de ser la única responsable del cuidado de los hijos a medida que se va incorporando al mercado laboral. El grado de corresponsabilidad se ha ido incrementando en los últimos años en condiciones de paridad de cara a la atención y

(2) Este principio había quedado ensombrecido por la redacción del párrafo primero del artículo 90, «determinar al cuidado de cuál de los progenitores quedaban los hijos tras la ruptura», por la discriminación hacia el cónyuge «apartado de los hijos» del artículo 103.1 y por el primer inciso del último párrafo del artículo 156, que dispone que «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva», que indirectamente potenciaban la desvinculación de uno de los progenitores.

(3) Como consecuencia de la no exención de sus obligaciones, los padres deberán contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos, a cuyo fin el juez determinará la proporción en que deberá hacerlo cada uno de ellos, así como las medidas para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si se tratara de hijos mayores de edad o emancipados, que convivieran en el domicilio conyugal, y carecieran de ingresos propios, el juez fijará los alimentos que les sean debidos de acuerdo con los artículos 142 y sigs. del Código Civil, según establece el artículo 93 del Código Civil.

cuidado de los hijos. Es una realidad innegable y el ordenamiento debe contener una previsión legal que lo contemple coadyuvando a la consecución de una sociedad más igualitaria.

Es importante en este tema hacer hincapié en el principio del *favor filii,* al cual se han referido ya numerosísimas sentencias (4). El beneficio de los hijos es una finalidad común para el conjunto de relaciones paterno-filiales y tiene su reflejo, como no podía ser de otra forma, en las crisis conyugales. Estamos ante un principio acorde con la tradición de la familia española, que ha tenido incluso reconocimiento internacional (5).

---

(4) SSAP de Huesca, de 31 de marzo de 1995 *(AC* 561); AP de Castellón, de 7 de octubre de 1998 *(AC* 7583); AP de Granada, de 20 de enero de 1998 *(AC* 3185); AP de Zaragoza, de 9 de febrero de 1998 *(AC* 3232); 17 de marzo de 1999 *(AC* 549); AP de Palencia, de 10 de febrero de 1999 *(AC* 681); AP de Valencia, de 22 de abril de 1999 *(AC* 4941); AP de Guipúzcoa, de 14 de abril de 1999 *(AC* 468)... Recientemente la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 *(JUR* 190190), concede la custodia compartida en base al *favor filii* al que considera como un criterio teleológico de interpretación reconocido en los artículos 92, párrafo segundo, 96 y 103 del Código Civil.

(5) Ante la confrontación de dos derechos fundamentales: el del hijo a preservar su relación con sus dos progenitores y el derecho y deber de los padres a prestar asistencia a sus vástagos recogido en la Constitución, así como velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos, según el Código Civil: ¿cuál ha de primarse?

La Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, nos daba la respuesta: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Por tanto, este principio será el criterio informador de toda medida judicial o administrativa a tomar (art. 3), y la preocupación esencial en el ejercicio de la patria potestad (arts. 9 y 18).

Apareció por primera vez esta expresión en la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, en la que aunque no se daba una definición de lo que se había de entender por tal, subrayó en su artículo 10, que el niño «debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes». De igual modo, la Resolución de 29 de mayo de 1987, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, subrayó que: «en todos los casos, el interés de los hijos debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos...». También el Consejo de Europa, en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños de 1980, basa su contenido en que la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés del mismo. En el mismo sentido la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, etc.

Además, este principio básico de protección del menor aparece recogido no sólo en los convenios internacionales sino también en la propia normativa interna española: artículo 39 CE; en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil (arts. 103 y 156); en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor —especialmente arts. 2 y 11.2— que configuran el interés superior del menor como princi-

Pues bien, se va a convertir éste en el principio rector de esta materia; constituye el límite y punto de referencia último de la institución y de su propia operatividad y eficacia. De hecho, como tendremos oportunidad de analizar, el legislador se refiere a él en diversas ocasiones (apartados 4, 6, 8 y 9 del art. 92 del Código Civil). Se configura como la finalidad a perseguir a la hora de adoptar cualquier decisión o medida; esto es, como un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley en este ámbito.

Su fundamento no es otro que hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad del menor, de tal manera que pueda ir labrándose su futuro opinando sobre lo que le conviene. En este sentido, el interés del niño no tiene porqué coincidir con el de los padres, ya que lo importante no son los derechos de éstos sino los de aquél.

No obstante, no se han hecho mayores precisiones respecto a qué entienden nuestros tribunales por dicho interés; es un concepto fácil de pensar en él, pero complicado de aplicar. Y es que no es sencillo delimitarlo, ya que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que debe ir perfilándose en cada caso concreto en atención a las circunstancias personales y familiares. Ello implica la realización de una labor hermenéutica por parte del juez de forma discrecional —que no arbitraria—. Lo cual es de aplaudir ya que, fuera de concepciones rígidas, la ambigüedad del concepto va a permitirle acercarse a la verdadera situación del niño para decidir aquello que le es más favorable. Es un concepto flexible, pues, que permite su concreción en cada caso y para cada menor (6).

Estamos, por consiguiente, ante una cláusula abierta que tiene como destinatario no tanto a los padres sino al juez. Qué queremos decir con ello: Es cierto que en un primer momento serán los padres quienes, en ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, decidan cuál es el interés del

---

pio general de cualquier medida a adoptar que concierna a éste. Se establece que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y se conecta además con su personalidad que debe respetarse para conseguir su desarrollo integral. Todo lo cual lleva al legislador de 1981 a introducir la novedad de que los hijos que tengan suficiente juicio han de ser siempre escuchados antes de adoptar decisiones que les afecten; criterio que se mantendrá en las posteriores reformas.

Incluso en la Constitución Europea se había incluido un artículo, el II-84, dedicado específicamente a los derechos del niño, donde se ponía de relieve el interés superior del menor.

En definitiva, se configura el interés del menor como fundamento último de toda normativa, tanto interna como internacional, relativa a su protección.

(6) En este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1982 *(RJ* 7988) ponía de manifiesto el carácter subjetivo del beneficio del menor: «En atención a lo cambiante de las circunstancias económicas, conducta de los padres, singularmente la del encargado de la custodia del hijo, evolución somática y psíquica del menor que se traduce en convenientes variaciones de su entorno, etc.».

menor. No obstante, estamos ante una presunción *iuris tantum* que puede quebrar en aquellos casos en que los propios hijos o el juez determinen un interés distinto. He aquí el papel de la intervención pública, no para suprimir los derechos individuales, sino para realizarlos, permitiendo la existencia de un mecanismo de correcta protección de los intereses del menor, cuando éstos no sean contemplados por quienes ejercen las funciones tuitivas. Y para ello, la autoridad judicial va a tener, en todo caso, la última palabra, por encima e, incluso, en contra, del propio acuerdo de los padres.

Todas estas consideraciones tienen su reflejo en la Exposición de Motivos (7) que justifica la reforma con base en los principios relativos al *favor filii* y en el fomento de la corresponsabilidad en el ejercicio de dichas funciones por parte de los progenitores, a los que exige un mayor grado de diligencia y atención, si bien se trata de criterios de actuación que ya existían en nuestra legislación.

## EL FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Queda también patente el principio de fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Se refuerza el acuerdo y decisión de éstos en cuanto les corresponde decidir sobre el ejercicio de la patria potestad, así como sobre la guarda y custodia de los hijos menores, siendo la propuesta de convenio regulador el mecanismo oportuno para esta determinación; si bien, pretendiendo potenciar la custodia compartida en el seno de los procesos consensuales, no se fija la necesidad de que el convenio fije detalladamente las condiciones de este régimen.

El derecho español distingue con claridad entre la titularidad y ejercicio de la patria potestad y el ejercicio de la guarda y custodia.

Lo normal es que la titularidad de la patria potestad sea conjunta. Por ello el progenitor que no conviva (8) tendrá que ser consultado por el conviviente

---

(7) «...Esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de un beneficio e interés y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad».

(8) Se modifica levemente la redacción del artículo 103.1 del Código Civil para suprimir la referencia al «cónyuge apartado de los hijos» y ser sustituida por aquella otra del «cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos», tratando de evitar las connotaciones negativas que ofrecía dicha expresión.

Del mismo modo, el párrafo A) del artículo 90 disponía que en el convenio regulador se habría de determinar la persona a cuyo cuidado quedaban los hijos. Con la reforma se habla de regular «el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad».

en la adopción de las decisiones más trascendentales y sólo podrá ser privado de ella cuando se aprecie en el proceso causa que lo justifique (art. 92.3 del Código Civil) (9). Es decir, el no tener asignada la guarda y custodia de los hijos no significa que se esté privado de la patria potestad, sin perjuicio de que, si después se revela causa para su privación en el proceso, así se decrete por el Juez en la correspondiente sentencia, pudiéndose recuperar cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación (art. 170 del Código Civil).

Lo que ocurre es que, aunque del proceso no se derive ninguna razón para privar a los padres de su autoridad sobre los hijos, de suerte que, de acuerdo con el artículo 154 del Código Civil, ésta corresponderá conjuntamente al padre y a la madre, es lógico que, desaparecido el hogar familiar común, se divida el ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, la guarda y custodia viene a configurarse como el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad. Si bien no contamos con una definición concreta de la misma, supone encomendar el cuidado directo del niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores, dado que la falta de convivencia entre los padres impide que tal tarea sea desempeñada por los dos. Se identifica con la atención diaria, que se ejerce a través de la convivencia habitual, la cual se diferencia del resto de derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia. Aún cuando la custodia legalmente venga atribuida de forma exclusiva a uno de los progenitores, el otro progenitor la tiene en el ejercicio de los derechos de visita que le vienen reconocidos en el convenio o en la sentencia.

En la práctica, guarda y ejercicio de la patria potestad tienden a identificarse, dado que suele otorgarse el ejercicio de forma exclusiva al guardador. No obstante, hay que deslindar ambos conceptos. La guarda y custodia comprende el cuidado directo del menor, lo cual exige la convivencia; son situaciones que se derivan de la convivencia diaria. Por el contrario, las cuestiones que no tienen relación con el cuidado y la convivencia exceden del ámbito

---

En cualquier caso se echa de menos un tratamiento sistemático de la nueva visión del ejercicio de la patria potestad cuando los padres viven separados, en sede de la regulación específica de ésta, es decir, en el Título VII del Libro I del Código Civil, relativo a las relaciones paterno-filiales. Da la impresión de que las nuevas orientaciones no afectan a las crisis de parejas no matrimoniales, ni a los hijos habidos fuera del matrimonio, cuando la Ley no hace distinción.

(9) Esta causa será, según el artículo 170 del Código Civil, previo incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

En este sentido, indica la Exposición de Motivos, que cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

de la guarda y pertenecen al ámbito del ejercicio. Son decisiones de mayor importancia o trascendencia para la vida del menor, o cuestiones que no requieren la cercanía o inmediación de la convivencia.

Pues bien, analizadas estas ideas previas, en la nueva Ley por lo que al ejercicio se refiere, se ha mantenido prácticamente el sistema anterior, reforzándose la libertad de decisión de los padres (así lo manifiesta la propia Exposición de Motivos). Se les confiere, siempre en atención al beneficio del menor, la facultad de pactar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos o bien a ambos de forma compartida (art. 92.4, siguiendo el criterio del artículo 156 del Código Civil: *«Las partes podrán acordar en el convenio regulador, o el juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges»)*. A falta de acuerdo, y bajo el mismo criterio —el interés de los hijos—, en los procesos incoados a instancia de uno sólo de los cónyuges y en atención a lo solicitado por una de las partes, puede el juez adoptar una decisión con ese mismo contenido. Ciertamente podemos pensar que la modificación es más aparente que real ya que *si puede acordarse*, la interpretación lógica es que también puede no acordarse y consecuentemente, permitir que el cuidado de los hijos siga correspondiendo conjuntamente a ambos progenitores. Ahora bien, esta mención parece transmitir a ambos progenitores que su responsabilidad para con los hijos continúa tanto en el ejercicio de su patria potestad como en la custodia de sus hijos (10), al tiempo que refuerza de alguna manera la autonomía o libertad de decisión de los cónyuges, pues en cierto modo influyen en la decisión judicial, la cual deberá fundamentar una decisión contraria a lo acordado por éstos ante la existencia de algún grave perjuicio al interés del menor que pueda derivarse de ese acuerdo. En cualquier caso se trata de una autonomía limitada, al ser una materia indisponible o de disponibilidad restringida, regida por el principio de prevalencia del interés de los hijos, lo que permitirá al juez denegar la aprobación del convenio si lo estima lesivo al interés de éstos, sin necesidad siquiera de que el perjuicio que pueda derivarse sea grave. Sigue siendo, por tanto, una materia en la que se confiere al juez un gran margen de discrecionalidad.

---

(10) Establecía gráficamente la STSJ de Navarra, de 11 de junio de 1995 *(RJ* 5188), que «la patria potestad es una función al servicio del hijo y no un derecho a ejercer la autoridad paterna». Se concibe, pues, la patria potestad como una función al servicio de los hijos que entraña, básicamente, deberes para los padres, dirigidos a prestarles asistencia de todo tipo. Se constituye no como algo meramente facultativo para su titular, sino como algo obligatorio para quien la ostenta (irrenunciable, imprescriptible e indisponible).

Y lo mismo podemos decir respecto a la guarda y custodia: SAP de Valencia, de 12 de julio de 2005 *(La Ley* 2043183). El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye 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.

Ergo, la patria potestad va a resultar un concepto vacío si no está asociado a la custodia de los hijos. Ésta, como decíamos, conlleva la determinación del progenitor que va a convivir con el menor y que va a hacerse cargo de las tareas cotidianas relativas a su educación y control. Aunque la legislación establece que cualquiera de los cónyuges pueda optar por igual a ella, de facto, en la mayoría de los casos se adjudica a la madre por la idea de que los menores están mejor en su compañía y cuando son menores de siete años, la asignación es prácticamente automática (11), salvo que el juez por motivos especiales proveyere de otro modo.

Esta materia se reguló originariamente bajo criterios culpabilísticos, concediéndose a modo de premio la custodia de los hijos al cónyuge inocente al tiempo que tal circunstancia se instituía en castigo para el cónyuge al que se reputaba culpable del fracaso matrimonial. La culpabilidad del cónyuge venía así a justificar que éste quedase alejado de la prole. La Ley del divorcio rompe con dicho esquema abandonando el criterio culpabilístico en la guarda y custodia de los hijos menores (lo mismo que la buena o mala fe en la nulidad matrimonial) y establece una norma de derecho cogente o imperativo cual es el *favor filii* como el criterio a seguir en materia de atribución de custodia (12). Ahora bien, el concepto de interés del menor es un concepto relativo al que se dota de contenido según las circunstancias de cada momento. Consecuentemente, el marco de discrecionalidad judicial es amplio y además, en cierta forma, se sentía condicionado por la propia regulación legal existente que, aunque no descartaba soluciones compartidas de custodia, no las citaba expresamente. Todo ello trajo como consecuencia el desarrollo en

---

(11) Con anterioridad a la Ley del Divorcio de 1981, tanto el criterio del sexo como el de la edad fueron criterios determinantes para la atribución de las funciones de custodia. Fue el antiguo artículo 92.2 del Código Civil quien eliminó el límite de edad de los hijos en cuanto a la atribución de la guarda y custodia. Sobre el tema, la SAP de Las Palmas, de 23 de julio de 1998 *(AC* 6869): Los criterios legales y jurisprudenciales para conferir la guarda y custodia a uno de los progenitores han cambiado a la luz de la igualdad de derechos y deberes que proclama la CE, siendo también reflejo de una realidad social en la que cada vez más se intercambian con más frecuencia entre ambos progenitores las diversas funciones de la vida familiar, y fruto de lo cual ha sido la desaparición del precepto legal que obligaba a otorgar a la madre la custodia de los hijos menores de siete años.

(12) Así lo puso de manifiesto la SAP de Castellón, de 7 de octubre de 1998 *(AC* 7583): «Nadie duda de que la Ley 30/1981, de 7 de julio, alteró sustancialmente el criterio determinador de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores en casos de crisis matrimonial, de tal manera que de concebirse como un premio o castigo a los esposos en atención a la relación matrimonial en sentido estricto, pasó a considerarse exclusivamente en interés de los hijos y en el mantenimiento de la unidad familiar dentro de lo posible. Dicho cambio, del que es muestra el artículo 92.2 del Código Civil, en cuanto establece que las medidas judiciales sobre el cuidado y atención de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, se reforzó aún más tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en la que se expone que primará el interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

la práctica de un modelo que ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. Mientras tanto, al otro cónyuge se le reconoce un régimen de visitas; uno se queda con los hijos y otro puede verlos; uno los gana y otro los pierde, podríamos decir; uno tiene la custodia y otro las visitas, ¿qué padre visita a su hijo nos podríamos preguntar? (13).

El fundamento de esta atribución exclusiva radica en que no es posible que el hijo pueda seguir manteniendo un contacto habitual con ambos padres. No obstante, esta situación puede no resultar idónea a la vista de las circunstancias concurrentes. Además de su concesión se hacen depender otras medidas generadoras de un alto grado de conflictividad (atribución de la vivienda, designación del deudor de alimentos), pues, como sabemos, el hecho de que la custodia de un hijo comporte la concatenación de una serie de efectos económicos, hace que la batalla por los hijos sea la pantalla donde se ocultan otros intereses. Por todo ello no se presenta como la situación más acorde.

Esta forma de proceder produce un enorme temor en ambos progenitores de perder a los hijos (14) y les aboca a una lucha por el derecho a convivir con ellos que degenera en muchos casos en una guerra y crea el caldo de cultivo para gran parte de la violencia doméstica. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse. Es absurdo suponer que siempre tiene que ser la madre o el padre el que tenga la custodia. Esto, posiblemente fue válido para una época en que la mujer tenía el mayor tiempo para los hijos, sin embargo hoy, cuando ambos deben repartirse entre sus obligaciones personales y familiares, el criterio debe revisarse. Además, nadie duda de la importancia de ambos progenitores para la educación de sus hijos. En efecto, si bien con anterioridad se buscaba al progenitor más adecuado para ejercer la custodia con independencia, salvo causas excepcionales, de los motivos de la separación, en la actualidad, sin embargo, fruto de un cambio sociológico, esta idea se ha ido superando de tal modo que nadie duda hoy de la necesaria presencia de ambos progenitores en la vida del menor. De ahí que la Ley ofrezca otras posibilidades que permitan a los padres de común acuerdo, o en su caso al juez a instancia de uno de ellos, acordar modalidades de custodia dirigidas a promover un reparto de períodos de convivencia y de responsabilidades entre

(13) En este sentido, el artículo 90 del Código Civil que antes se refería a la determinación en el convenio regulador del «*régimen de visitas,* comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos», ahora elimina la expresión régimen de visitas y dice: «el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos».

(14) La manipulación del menor para ponerlo en contra de uno de los cónyuges llega en algunos casos al límite de provocar rechazo en lo que se denomina «síndrome de alienación parental». Una custodia compartida, sin embargo, podrá evitar que los niños puedan ser manipulados o utilizados como arma arrojadiza por ninguna de las partes.

ambos progenitores para que ni los hijos vean fracturada su relación con los progenitores ni los progenitores se vean excluidos del ejercicio de sus derechos y deberes.

Es en este punto donde la legislación, a pesar de no dar el paso definitivo de reformar de una vez por todas el polémico régimen de visitas claramente limitativo del derecho del progenitor no conviviente, se muestra más innovadora. Y así, sobre la base del artículo 159 del Código Civil, se recoge como novedad legislativa la posibilidad de optar por lo que se denomina «guarda y custodia compartida» (15), máximo exponente del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad que debe existir entre los esposos, que refleja un reconocimiento equitativo de la idéntica capacidad de ambos padres. Los cónyuges podrán decidir a quién se atribuye la guarda y custodia de los hijos comunes estableciendo la modalidad que estimen más conveniente, incluso en el transcurso del procedimiento: si se ejercerá sólo por uno de

---

(15) Es la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 la que, por primera vez, introduce en un texto legal el término guarda y custodia. Sin embargo, lo que no decían expresamente los textos legales antes del año 2000, sí que era recogido de forma continua por la jurisprudencia.

No existe unanimidad en cuanto a la terminología a utilizar. En este sentido se estima incorrecto referirse a guarda conjunta en cuanto la compañía no se puede ejercitar conjuntamente salvo que los padres emprendan una convivencia de hecho después de la resolución judicial (SAP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2004 *(JUR* 205252); SAP de Las Palmas, de 15 de julio de 2004 *(JUR* 270132). De ahí que parezca más adecuado el término custodia compartida en alternancia (SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2004 *(JUR* 125769). Por su parte, una parte de la doctrina, a semejanza de lo que ocurre en Francia, aboga por la expresión custodia alternativa o residencia alternativa, ya que sólo podría compartirse la custodia cuando los cónyuges vivieran juntos. Y en esta línea se dirigieron también en su momento alguna de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley (La modalidad de guarda conjunta es una entelequia que sólo puede tener lugar cuando los padres convivan. Sólo puede suponer que la potestad sobre la responsabilidad de los hijos se comparta, sin hacerse referencia a la simultaneidad de éstos en el cuidado. Es por lo se estima más oportuno el concepto de guarda alternada, que sí responde a la solicitud de que ambos puedan hacerse cargo del cuidado conforme a las concretas coordenadas espacio-temporales. Así estaríamos ante una guarda sucesiva, consistente en que el hijo conviva con cada progenitor por períodos alternos o sucesivos de tal forma que el guardador será el padre o la madre, dependiendo del período en que se trate). Otros prefieren hablar de responsabilidad o tiempo compartido, de tal modo que el menor viva con uno de los cónyuges y que el otro participe al máximo en la vida del niño, que tenga tanto contacto y relación como sea posible.

La confusión terminológica se traslada al terreno legal: El preámbulo habla de «ejercicio de forma compartida», «guarda conjunta» y «guarda y custodia compartida». En ningún caso se facilitan definiciones o se hace referencia a posibles contenidos. En cualquier caso, el legislador utiliza todos estos términos como términos intercambiables. Ciertamente, se estima, que la Ley debería haber sido más cuidadosa con el vocablo empleado atendiendo fundamentalmente al principio que se trata de implantar, cual es, la corresponsabilidad en el ejercicio de las funciones parentales. Es por lo que parece quizá hubiera sido más idóneo el término «responsabilidad parental» en la línea con el Derecho europeo, acorde con el Reglamento (CE) 2201/2003, en pleno vigor desde marzo de 2005.

ellos o bien por ambos de forma compartida repartiéndose las funciones que lleva implícita.

Se trata ésta de una de las cuestiones más delicadas y difíciles de resolver en las crisis conyugales que tantas opiniones encontradas ha suscitado. Con todo, hoy por hoy, ningún obstáculo legal impide la custodia compartida; su rechazo devendrá, como veremos, de la utilización de criterios extrajurídicos.

Dispone al respecto el artículo 92.5 del Código Civil que: «*Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos*».

En este sentido, caso de tratarse de una separación o de un divorcio de mutuo acuerdo (arts. 81.1 y 86 del Código Civil), «se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia cuando así lo soliciten los progenitores en la propuesta de convenio regulador (apdos. 4 y 5). La misma decisión podrán alcanzar «durante el transcurso del procedimiento»; en cuyo caso podemos pensar en la transformación de un procedimiento contencioso (arts. 81.2 y 86 del Código Civil) en uno de mutuo acuerdo, o bien en la continuación del contencioso, pero habiéndose alcanzado acuerdo en este punto, donde puede tener una gran incidencia la mediación familiar (16). En definitiva, adopción de este sistema cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo a lo largo del procedimiento.

No obstante, esta aparente capacidad de disposición no nos ha de llevar a engaño. Es cierto que de la literalidad del apartado 5 del artículo 92 del Código Civil parece desprenderse que solicitado por los padres este régimen, el juez deberá acordarlo —dice «se acordará»—. Sin embargo, el análisis del apartado 6 nos lleva a una solución distinta, pues el juez la puede denegar apreciando los informes y el resultado de la audiencia al menor; y lo mismo se desprende del apartado 9 en el que se faculta al juez para que recabe, de oficio, el informe de especialistas debidamente cualificados relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia. Por consiguiente, es el juez quien en último caso tenga que sopesar discrecionalmente la oportunidad de esta medida con base en el principio esencial que rige en esta materia, cual es el interés del menor.

Señalar además que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 103.1 en su párrafo 2.º del Código Civil, en redacción dada por la Ley 42/2003, de 21

(16) Este pacto podrá venir bien porque se haya suspendido el procedimiento para acudir a un sistema de mediación familiar, o porque el juez, en la labor que le encomienda el artículo 770 y 771 LEC en el proceso contencioso, pueda conseguir ese acuerdo de los progenitores sobre la custodia.

de noviembre, de modificación del Código Civil y de la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, se contempla la posibilidad de que «*excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos* (17)*, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez*». En cualquier caso, se trata siempre de una decisión excepcional y extraordinaria marcada por la incapacidad de ambos progenitores y lleva consigo, normalmente, una posterior resolución administrativa de desamparo. En estos casos conviene que el ejercicio de la patria potestad se establezca también a favor del tercero que asume la guarda y custodia.

## LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/2005

Se da así un tímido paso de introducir por primera vez el concepto de custodia compartida, sin desarrollo ni contenido práctico alguno. No se trata de una modalidad desconocida en el Derecho Comparado (18) ni tampoco en

(17) En concordancia con esta medida el artículo 90, a propósito del convenio regulador, en su letra B, contempla expresamente la posibilidad de que, si se considera necesario, se pueda establecer un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, teniendo siempre en cuenta el interés de aquellos. Asimismo, el artículo 94.2 prevé que el juez pueda determinarlo.

No obstante, en los dos años de vigencia de la Ley, hay que reconocer que la incidencia práctica puede considerarse escasísima.

(18) Si la nueva Ley potencia la custodia compartida no hace sino seguir la línea de lo que viene ocurriendo en otros países del entorno europeo y del Reglamento de la Unión Europea 2201-03.

Poco a poco se han ido abriendo las puertas a su admisión, si bien es vista con recelo por la mayoría de los ordenamientos, incluso por los más progresistas o avanzados. Surge en el Derecho anglosajón, en especial en EE.UU. (California), en la década de los sesenta, siendo posteriormente adoptado por más de treinta Estados miembros de la Unión. En Francia (Ley sobre Autoridad Parental —2002—), lo normal es que se atribuya a uno sólo de los padres, salvo que la custodia compartida sea acordada conjuntamente por ambos y el juez no estime ese acuerdo contrario al interés del menor. Sin embargo en este país, a diferencia de España y pese a ponerle como modelo, la reforma se lleva a cabo en el seno de una Ley sobre los nuevos derechos de la familia. En concreto el artículo 373.2.9 del Code establece que «la residencia de los niños puede ser fijada en régimen de alternancia en el domicilio de cada uno de sus padres o en el domicilio de uno de los progenitores». Para su decisión, el juez puede o bien homologar el acuerdo de los padres, o en su caso, a petición de uno de los progenitores, en el caso de que esta solicitud no vaya seguida del acuerdo del juez —valorando el interés superior del menor—, puede acordar el régimen de residencia en alternancia a título provisional por una duración que debe ser determinada en la decisión jurisdiccional. La Ley no fija la duración máxima de este período de prueba que puede corresponder a un año escolar, a título de ejemplo. En cualquier caso, al término de este período de prueba, el juez decide definitivamente sobre la residencia en régimen de alternancia de los niños. En Italia, por su parte, resulta fundamental la Ley n.

nuestro ordenamiento pues, si bien no aparecía como tal prevista en el Código, ya en la práctica se iba abriendo camino por los tribunales.

¿Cuál podríamos decir ha sido la tendencia jurisprudencial hasta el momento en relación a este tema?:

1. Partiendo de que toda decisión tiene como eje central preservar el interés superior del menor, nos encontramos por una parte con una línea jurisprudencial que aboga por la atribución de la custodia a uno de ellos, otorgando al otro un amplio derecho de visitas. Dada la reticencia de los tribunales a la custodia compartida y con el fin de no salirse de lo dispuesto por el ordenamiento, ha supuesto ésta una opción intermedia para aquellos casos en los que las condiciones de la pareja eran óptimas. En estos supuestos el mayor problema que se plantea será reforzar las cautelas para que el progenitor no conviviente no ponga trabas al ejercicio de este derecho por el otro progenitor, pues no hay que olvidar que constitucionalmente (art. 27.3 CE) los progenitores tienen un poder de intervención prioritario en el cuidado y asistencia de los hijos.

En esta línea, ejemplificativamente, la SAP de Valencia, de 19 de diciembre de 2002, en la que se opta por un régimen amplio de visitas, dados los problemas que la custodia compartida ha acarreado.

SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 *(La Ley* 2043192): Se desestima la guarda y custodia compartida pedida en una modificación de medidas, atribuyéndosela a la madre en exclusiva, dado el Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia. Se opta por ello por una ampliación del régimen de visitas del padre por el deseo de la menor de mantener un contacto más equitativo con sus dos progenitores.

SAP de Valencia, de 12 de julio de 2005 *(La Ley* 2043183): El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye no sólo un derecho sino también

---

54 de 2006, de 8 de febrero (en vigor el 16-3-2006) que introduce la custodia compartida como regla general. En su artículo 1 el legislador ha rediseñado toda la materia relativa a las relaciones entre los hijos y los padres en la separación y divorcio; en particular sustituyendo el artículo 155 anterior e insertando los artículos 155-bis a 155-sexies. En Suecia también se admite la posibilidad de guarda compartida en cuanto que se entiende que ninguno de los padres es más idóneo por razón del sexo (si bien admite prueba en contrario); no obstante, la jurisprudencia, en la práctica tiende a atribuir la custodia de los hijos de corta edad a la madre. En Canadá se cuenta con un informe del Comité conjunto sobre custodia compartida y próximamente se promulgará una nueva ley del divorcio que la consagra de modo expreso. En Puerto Rico también existe una ley de custodia compartida, entendida como principio favorable al menor recayendo la carga de probar su inconveniencia en quien se opone a la medida. En Dinamarca, la atribución se hace a uno de los progenitores, pero sin tener en cuenta las causas de separación o divorcio. En Bélgica, por Ley de 18 de julio de 2006, se ha introducido y privilegiado la custodia paritaria: basada en la doble residencia, inspirada en los mismos conceptos de la ley francesa sobre la residencia alternada pero más avanzada que ésta, porque prevé, además, que los tiempos de permanencia con las dos partes sean equilibrados.

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. ...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 debe adoptarse cuando concurran graves circunstancias que así lo aconsejen, 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.

Abundan en esta idea las SSAP de Barcelona, de 26 de abril de 2004 *(JUR* 150769); AP de Barcelona, de 1 de junio de 2004 *(JUR* 209241); AP de Las Palmas, de 17 de mayo de 2004 *(JUR* 205252); AP de Álava, de 8 de octubre de 1997 *(AC* 2014)...

Con este sistema, si bien se ha conseguido un logro loable, cual es el reparto de los tiempos de convivencia, sin embargo, no se ha dado el paso definitivo de repartir también las responsabilidades; y ello con una consecuencia fundamental: se consigue la presencia física del padre visitante, pero sigue siendo el padre custodio el encargado de forma exclusiva del control y educación, sigue siendo el deudor de alimentos y el que tiene que abandonar el domicilio familiar (19). Por el contrario, una custodia compartida supone una corresponsabilidad parental, el reparto de la convivencia, resolviendo en cada caso las condiciones económicas, pero dejando al margen cualquier posibilidad de beneficio económico atribuido automáticamente a uno de los padres.

Como podemos comprobar, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores tiene importantes connotaciones patrimoniales. El hecho de optar por una custodia compartida condiciona el resto de medidas a adoptar, fundamentalmente por lo que se refiere a la pensión de alimentos y al uso de la vivienda: Ya el Informe del CGPJ al Anteproyecto con relación a la vivienda familiar puso de manifiesto que sería oportuno dar una nueva redacción a los artículos 96 y 103.2 del Código Civil para ponerlos en concordancia con la nueva regulación de la custodia compartida.

Respecto al primer punto, ciertamente la regulación de la vivienda familiar en el artículo 96 del Código Civil ha favorecido el sistema de custodia unilateral. En este sentido, la reforma se ha quedado corta ligando el uso de la vivienda a la custodia de los hijos «sin excepciones», cuando en realidad

(19) En este sentido se piensa que los niños vienen con un pan bajo el brazo. De ahí que muchas veces se solicite la custodia para quedarse con la vivienda. Se puede llegar a pensar que estas posiciones están más relacionadas con la posibilidad de poder ahorrarse gastos de vivienda habitual, disminuir la cuantía de las pensiones de alimentos y poder beneficiarse de las deducciones fiscales relacionadas con las responsabilidades familiares que con el bienestar de los menores. Es por lo que parece más adecuado al respecto lo dispuesto por el Código Civil catalán al hablar de uso «preferente» de la vivienda para quien tiene la custodia.

ya no existe una razón objetiva para atribuir a uno de ellos la vivienda por razón de la necesidad familiar. En estos casos, salvo que la vivienda sea propiedad privativa de uno de ellos o provenga de algún título de ocupación anterior al matrimonio, se ha de alcanzar un acuerdo para su liquidación. De existir este acuerdo entre los progenitores no habrá mayores problemas ya que el propio artículo 96 establece la prioridad del pacto. El problema devendrá en aquellos casos en que con posterioridad se planteen problemas para el efectivo ejercicio compartido de la custodia y se tenga que proceder a distribuir las funciones o asignarlas a uno solo de las progenitores, en cuyo caso, la vivienda familiar ya no existirá. De ahí que haya de tenerse precaución para que esta institución no se utilice fraudulentamente con estos fines.

Mayores problemas se presentan cuando no se llegue a ningún acuerdo respecto al derecho de uso. En estos casos sería razonable que pudiera flexibilizarse la interpretación imperativa del artículo 96.1 y en cada caso el tribunal acordara con respecto a la medida la solución que considerara más adecuada. Habrá que tener en cuenta los períodos que los hijos van a pasar con cada uno de los progenitores y la duración de los mismos, la situación económica de los mismos... para así resolver en cada caso lo que resulte mejor.

En definitiva, parece procedente evitar el automatismo en la aplicación del artículo 96 y aplicar analógicamente a la custodia compartida lo dispuesto en el artículo 96.2 cuando existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro. Debe atenderse, en primer lugar, al interés más necesitado de protección, lo que no implica que no se puedan imponer límites temporales a la atribución del derecho de uso. Y asimismo, si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los progenitores o pertenece a un tercero, se debería prever la posibilidad de soluciones alternativas a la atribución del derecho de uso, siempre que se garantice el derecho de habitación del menor.

En segundo lugar, exige la adopción de medidas tendentes a repartir las responsabilidades, fundamentalmente en el orden económico, pues la custodia compartida no supone una exoneración de las cargas ni su distribución anárquica. Elimina la pensión alimenticia y exige arbitrar medidas para distribuir los gastos originados por el compartimento. Esta situación si bien genera inseguridad también presenta ventajas en cuanto eliminaría los graves problemas originados por el impago de pensiones alimenticias (20).

---

(20) Para paliar este asunto, el Gobierno, a través de la creación de un fondo de garantía de pensiones, garantizará el impago de alimentos reconocidos a favor de los hijos menores (no la pensión compensatoria) a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos. Sorprende, no obstante, que una reforma de este calado no contemple alguna medida que impida el incumplimiento del progenitor custodio. Cierto es que la LEC ha incluido medidas coercitivas en fase de ejecución, lo que ocurre es que se han mostrado en la práctica escasas.

Podrán darse distintas modalidades: establecer una cuenta en la que ambos progenitores abonen una cuantía, que cada progenitor contribuya a abonar los gastos durante los períodos en que tuviera al hijo bajo su custodia, incluso el establecimiento de una pensión a favor de un progenitor cuando uno de ellos tenga una condición económica más desahogada...

Si los dos cónyuges trabajan y cuentan con salario propio, ambos pueden resolver asumir los gastos generados por el menor durante el tiempo que esté a su cuidado (en este sentido, la SAP de Valencia, de 22 de julio de 2005 —*JUR* 198875—, dada la igualdad de recursos económicos de ambas partes declara la obligación de la manutención de los menores en los períodos que estén con cada parte. A su vez, la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 —*JUR* 190190—, en cuanto que no existe proporcionalidad, impone al padre contribuir a la alimentación de sus hijos entregando una cantidad a la esposa. Tendrá, por tanto, que aportar más el que más tiene.

Por lo que respecta a los gastos extraordinarios, serán sufragados al 50 por 100. No se ofrecen sin embargo garantías de cara a éstos (para este caso es buena idea la instauración de un fondo común nutrido por las aportaciones de ambos en proporción a la capacidad económica de cada uno, con una administración conjunta como estableció la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2004 —*JUR* 7560—).

En cuanto a la determinación concreta de su cuantía, en los supuestos de mutuo acuerdo, la intervención del juez vendría limitada a aquellos conceptos que entienda que puedan ser dañosos o perjudiciales para el menor. Por su parte, en los procedimientos contenciosos parece factible atender a los criterios establecidos en los artículos 145 y 146. De tal modo que, el hecho de que se fije una custodia conjunta no va a eximir de la aplicación del criterio de proporcionalidad que establece el artículo 146 entre los medios del alimentante y las necesidades del alimentista a la hora de fijar la pensión.

Pese a todo lo dicho, la nueva Ley no modifica los artículos 94 y 96 del Código Civil, consciente quizá de que una supuesta generalización de la custodia compartida condicionaría dichas medidas.

2. Un segundo grupo de sentencias ha acogido la modalidad de custodia compartida, dado que el artículo 92 del Código Civil no la preveía expresamente, pero tampoco la impedía, siendo ésta la tendencia de los últimos años. No obstante, es cierto que todavía hoy son pocos los padres que la demandan; imaginamos que a partir de ahora estas demandas aumenten de número. Como principales razones que motivan tanto la falta de decisiones como la escasez de peticiones, se alude a la dificultad de su articulación y a la falta de alternativas legales, lo que ha hecho que su otorgamiento haya tenido carácter excepcional. Lo cierto es que el trasfondo que se presentaba era poco propicio para que fructificara la custodia compartida (continuaba la concepción culpabilista de la crisis conyugal, una práctica forense del derecho de familia

excesivamente centrada en la vía contenciosa...) y sólo el paso del tiempo lleva a una visión más normalizada de la crisis de pareja —se ve a la separación como remedio para una situación de crisis—, aumentan los procedimientos de mutuo acuerdo, se avanza en las técnicas de negociación...

Es por ello que poco a poco se ha ido abriendo camino en nuestros tribunales como una alternativa en los casos de rupturas matrimoniales, reflejo de nuestra sociedad actual. Fundamentalmente en los procesos consensuados salvo que la concurrencia de determinadas circunstancias llevaran a descartar esta opción y teniendo siempre como mira que represente para los menores ventajas superiores a los posibles inconvenientes y no ya como una fórmula que trate de dar satisfacción a los progenitores (así se adoptó la custodia compartida con base en el previo acuerdo de los cónyuges en SAP de Girona, de 20 de octubre de 2004, acorde con lo establecido en el convenio regulador; SAP de Barcelona, de 2 de diciembre de 2003, dadas las perfectas relaciones de cordialidad entre los padres; SAP de Zaragoza, de 15 de octubre de 2003, dada la ausencia de conflictividad entre los padres; SAP de Madrid, de 8 de marzo de 2002, en la que se admite la custodia compartida de un niño que padecía parálisis cerebral profunda, atribuyéndose la convivencia y guarda a cada uno de los progenitores, que habrían de ocuparse de sus especiales cuidados, seis meses al año a cada uno; SAP de Madrid, de 25 de octubre de 2002...). Por contra, el recurso a la misma era excepcional en los casos de procedimientos contenciosos (a título de ejemplo, SAP de Barcelona, de 22 de junio de 2005 —*JUR* 175915—: En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico no contempla la guarda y custodia compartida, por lo que la misma habrá de considerarse como una medida extralegal o alegal..., sin que ello sea óbice a que los progenitores de mutuo acuerdo y en convenio regulador puedan acordar un régimen de guarda y custodia distinto al legalmente establecido..., pero no en los supuestos de nulidad, separación o divorcio contenciosos, es decir, sin que exista acuerdo entre los cónyuges, en cuyo caso lo que la Ley prevé es la atribución de la guarda y custodia de los hijos sujetos a la patria potestad de uno de los cónyuges y el establecimiento de un régimen de comunicación o visita a favor del progenitor con quien no convivan, sin que se contemple la atribución de la misma de manera compartida, razón por la que se ha dicho que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico debe considerarse alegal por su ausencia de regulación o extralegal por hallarse fuera del sistema que prevén las normas, sin que, por otra parte, ni en uno ni en otro caso pueda considerarse ilegal ya que si se entiende que no perjudica o daña a los hijos lo convenido por los padres respecto al régimen de estancia con los mismos no parece que deba denegarse por el juez).

El continuo peregrinaje que la medida va a suponer a los menores es el principal argumento que se arguye en su contra. Nos encontramos aquí con el dilema de tener que primar la estabilidad afectiva aun cuando ello le su-

ponga ver sacrificada su estabilidad física o bien la estabilidad física a costa de perder contacto con el otro progenitor. Ninguna de estas soluciones va a resultar plenamente satisfactoria (en este sentido se niega la custodia compartida alegando que no resulta beneficioso para la estabilidad de los menores en SSAP de Cuenca, de 30 de septiembre de 1996 —*AC* 2457—: ...privaría al niño de un punto de referencia fijo sobre cuál es su auténtico entorno, sin contar con la situación de inestabilidad que para el pequeño comportaría el hacer cada cierto tiempo la maleta para trasladarse a su otro hogar. AP de Albacete, de 1 de diciembre de 2003 —*JUR* 51020—: comportaría para los hijos un evidente trastorno vivencial por las dificultades de adaptación que el continuo cambio de hogar llevaría consigo con la consiguiente quiebra del principio del *favor filii.* AP de Baleares, de 13 de abril de 2004 —*JUR* 171523—: rechazó la custodia compartida por desestabilizar la vida de los menores. AP de Valladolid, de 13 de julio de 2004: «No nos imaginamos a la menor pasando una con el padre y otra con la madre o un mes con cada uno de ellos; desde el punto de vista psicológico estamos seguros que no sería bueno, porque nunca llegaría a centrarse, por lo que esta solución la rechazamos de plano». AP de Palencia, de 10 de febrero de 1999 —*AC* 681—; AP de Cuenca, de 30 de septiembre de 1996 —*AC* 2457—; AP de Jaén, de 20 de febrero de 1998 —*AC* 4077—; AP de Girona, de 9 de diciembre de 2000 —*AC* 184—; AP de Segovia, de 28 de febrero de 1998 —*AC* 4101—; AP de Almería, de 11 de febrero de 1998 —*AC* 3359—, etc.).

Ahora bien, no podemos descartar que en determinados supuestos resulte más aconsejable dar preferencia a la estabilidad emocional, constituyendo las condiciones materiales de los progenitores un factor relevante para valorar la idoneidad (en este sentido se consideró como un sistema acorde al interés del menor en SAP de Barcelona, de 21 de diciembre de 2001, por revelarse como una situación beneficiosa para el niño; SAP de Valencia, de 22 de julio de 2005 —*JUR* 198875—: padres que residen en localidades diferentes pero cercanas entre sí; se otorga por meses alternativos. Informe del equipo psicosocial adscrito al juzgado, informando de que a pesar de reconocer posibles dificultades en el período de adaptación de las menores, no se advierte a medio o largo plazo consecuencias negativas de la custodia compartida. SAP de Asturias, de 31 de marzo de 2005 —*La Ley* 1959502—: Mantenimiento del régimen compartido, que permite una relación constante del hijo con ambos progenitores y evita el conflicto de lealtades, sin existir dificultades de orden práctico. SAP de Las Palmas, de 15 de abril de 2004; SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 —*JUR* 190190—. ...En otros casos, sin embargo, este interés del menor no lo aconseja: SAP de Valencia, de 16 de septiembre de 2004, por la falta de adaptación a las estancias mensuales. SAP de Valencia, de 31 de marzo de 2004, con el fin de evitar una constante intervención judicial. SAP de Burgos, de 31 de marzo de 2004, sin atender a la previa

separación de hecho por la necesidad de llevar en estos momentos la convivencia en domicilios separados. SAP de Valencia, de 4 de diciembre de 2003, dada la crisis convivencial entre los cónyuges. SAP de Málaga, de 16 de julio de 2003, por la escasa edad de la menor. Juzgado de 1.ª Instancia de Sevilla, de 3 de octubre de 2002, por la conflictiva relación de los progenitores y el riesgo psíquico que comporta para los niños. Juzgado de 1.ª Instancia de Palma de Mallorca, de 7 de mayo de 2002, con base en la corta edad del niño, las desavenencias entre los padres y el concepto de educación tan distinto que tienen. Se deniega con base exclusivamente en el interés del menor en SAP de Navarra, de 13 de abril de 2005...).

En cualquier caso, claro está, ante la eventualidad de cambios en las circunstancias tanto del niño como de los padres, siempre quedará abierta una posible modificación en el modelo de custodia y, consiguientemente, en las medidas que de él se derivan (así la SAP de Burgos, de 15 de diciembre de 2003, en la que la mala relación entre los progenitores y sus familias aconseja el cese compartido de la custodia, o la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 1 de octubre de 2001, en la que se extingue dada la inestabilidad emocional que estaba provocando en el menor).

Con todo, estamos ante un desarrollo lento en su implantación (SSAP de Castellón, de 14 octubre de 2003 —*JUR* 26477—; AP de Valencia, de 22 de abril de 1999 —*AC* 4941—; AP de Baleares, de 19 de abril de 1999 —*AC* 4858—; AP de Madrid, de 23 de septiembre de 1997; AP de Madrid, de 25 octubre de 2002...) y reducido en comparación con el total de custodias que se deciden. Necesitamos que poco a poco se vaya creando una cultura social de custodia compartida.

3. Finalmente, un tercer grupo mayoritario anquilosado en concepciones pretéritas, rechaza la custodia compartida y se decanta por el sistema tradicional de atribución exclusiva a uno de los cónyuges y derecho de visitas al otro (a título ejemplificativo: SAP de Castellón, de 13 de julio de 2005 —*JUR* 202806—: se deniega por desequilibrios psicológicos en ambos padres. SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 —*La Ley* 2043192—: se desestima, atribuyéndosela a la madre en exclusiva. Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia. Ampliación del régimen de visitas del padre por el deseo de la menor de mantener un contacto más equitativo con sus dos progenitores. SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de julio de 2005 —*JUR* 220590—: la deniega por no haberlo pedido ninguno: No basta el presunto interés de los hijos, sino que debe venir acompañado de, al menos, la voluntad en tal sentido de uno de los progenitores. SAP de Málaga, de 14 de julio de 2005 —*La Ley* 2043738—: atribución de la hija común al padre por los cambios sucesivos de domicilio de la madre sin justificación aparente, unido al deficiente rendimiento académico de la hija. SAP Alicante, de 7 de julio de 1997 —*AC* 1591—; SAP de Valladolid, de 13

de julio de 2004 —*JUR* 243901—, SAP de Córdoba, de 16 diciembre de 2003 —*JUR* 20303—)... Es el resultado habitualmente de situaciones de enfrentamientos, de no colaboración entre los cónyuges, que exige unas normas muy claras, rígidas y que vienen a desembocar en modificaciones de las medidas, incumplimientos...

Del análisis jurisprudencial realizado podemos constatar el diferente criterio que en circunstancias similares han venido acogiendo los tribunales, lo que produce una cierta inseguridad jurídica en cuanto que «el derecho va a depender del juez que te toque», con el riesgo de arbitrariedades por parte de la autoridad judicial. Lejos de constituir la tónica general, sí que podemos afirmar que la línea jurisprudencial más reciente presenta una tímida tendencia favorable a la atribución de la custodia compartida o al señalamiento de amplios períodos de convivencia. Se observa en general una tendencia a fomentar las relaciones afectivas de los hijos con ambos padres, así como a promover un reparto de los derechos y responsabilidades.

En cualquier caso, vista la forma de actuar hasta el momento por nuestros tribunales, no nos queda sino afirmar que la modificación legislativa en este punto es más aparente que real o al menos no supone un cambio sustancial. Los artículos 90 y 92 del Código Civil no contemplaban en concreto esta posibilidad pero tampoco la prohibían. Con lo cual, el cambio no es tan trascendental. No se impone ningún tipo de modelo de custodia concreto a seguir, simplemente se recuerdan innecesariamente criterios generales de actuación previos a la toma de decisiones sobre este particular que ya se manejaban antes (favor filial, audiencia de los menores, no separar a los hermanos y facultad de acudir a especialistas) y que vienen a potenciar la discrecionalidad judicial con base en el concepto legal indeterminado del interés supremo de los menores que sirve de guía decisoria general. Será el juez quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, tenga la última palabra. Por consiguiente, tanto antes como ahora se puede solicitar la guarda y custodia compartida, lo que ocurre es que sólo cuando el interés del menor lo aconseje será concedida, decisión que corresponderá en última instancia al juez.

Lo que sí hace el legislador es ampliar el abanico de posibilidades, abrir las puertas a la custodia compartida, a través de un reconocimiento por primera vez de carácter expreso en nuestra legislación —al establecer la posibilidad legal de acordarla por las partes en su convenio regulador y de solicitarla por uno solo de los padres y que se adopte por el juez—, lo que evitará al menos que en lo sucesivo sea considerado como un régimen excepcional. Y ello tiene importancia por una parte porque quizá ahora las peticiones sean más frecuentes; por otra, porque implícitamente se está reconociendo que esa debe ser la tendencia. Además, adquiere relevancia desde el momento en que numerosas decisiones jurisprudenciales negaron este modelo con base en que el Código Civil únicamente contemplaba como opción

expresa su otorgamiento a uno u otro progenitor (21). Ahora bien, no se trata de una imposición sino simplemente de una nueva forma de repartir el tiempo de permanencia con los hijos que puede resultar ventajosa en determinados supuestos. Sólo se acordará cuando el interés del menor así lo aconseje, con lo cual es posible que gran número de solicitudes de custodia compartida sean rechazadas por no suponer la alternativa más favorable para el menor. Ni tan siquiera se sugiere como la opción deseable en defecto de acuerdo. De ahí la cuestión de sino hubiera sido más conveniente dar un paso más erigiendo la custodia compartida como el sistema más acorde con los intereses de los hijos dejando el peso de la carga probatoria que en sentido contrario a dicha presunción pudiera aparecer a los progenitores que no quieran admitirla. En definitiva lo que se está proponiendo es una presunción (*iuris tantum*) de custodia conjunta, quedando libres las partes para proponer otro sistema sino resulta oportuno en el caso concreto. Sin embargo, es este un paso que la nueva ley no ha llegado a dar, pues no se ha decantado en ningún sentido dejando como criterio rector el interés del menor. Es más, el resto de medidas que se establecen tras el proceso de ruptura parten de una hipótesis de exclusividad en la atribución de tales funciones, cuando la propia Exposición de Motivos adjetiva este sistema de fracaso. En relación, por tanto, con las medidas relativas al régimen de visitas, pensión de alimentos y del uso de la vivienda familiar, al no haberse dado una nueva redacción a los artículos que lo contemplan, tendrá que ser el juez quien las concrete en cada resolución judicial. De ahí la relevancia del arbitrio judicial, no sólo en la adopción de esta medida sino también en la práctica de todas estas otras medidas íntimamente ligadas con ella.

Es muy pronto aún para atisbar cómo va a aplicarse la Ley en este punto y su repercusión. Por el momento lo único que se ha observado ha sido un mayor interés a la hora de pedir información sobre las posibilidades de pedir la modificación de la guarda y custodia exclusiva en compartida. Sólo el paso del tiempo podrá demostrarnos el verdadero alcance y trascendencia de la reforma. Lo que parece indudable es que el reconocimiento expreso de esta medida va a tener un efecto positivo en nuestros tribunales, ya que va a permitir dar un paso adelante en algo que estábamos estancados. Hará factible que, al menos en mayor número, los padres se planteen un sistema dis-

(21) A título de ejemplo: SAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2004, donde se argumentaba para rechazar la custodia compartida lo siguiente: En el actual estado de la legislación la regla es la atribución de la custodia al padre o a la madre. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 15 de Uniones Estables de Pareja y en el artículo 76.1.*a)* del Código de Familia y en el ámbito del Código Civil, en los artículos 90.*a)* y 92. Es verdad que la ley no prohíbe la custodia compartida y que, por tanto, puede acordarse. Pero no puede discutirse que las leyes hablan de atribuir la custodia a uno o a otro y que, por tanto, sientan una especie de regla.

tinto en los casos de ruptura y, aunque finalmente se concrete en que los períodos de estancia con uno y otro progenitor sean más equitativos, ya se habrá avanzado.

Finalmente apuntar que por el momento en los pronunciamientos dictados tras la entrada en vigor de la Ley, la jurisprudencia sigue mostrándose dispar: Ha habido pronunciamientos que la han admitido (SAP de Valencia, de 22 de julio de 2005 —*JUR* 198875—: Se estima en virtud del *favor filii* —padres que residen en localidades diferentes pero cercanas entre sí; se otorga por meses alternativos. Informe del equipo psicosocial adscrito al juzgado, informando de que a pesar de reconocer posibles dificultades en el período de adaptación de las menores, no se advierte a medio o largo plazo consecuencias negativas de la custodia compartida—. SAP de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2005 —*JUR* 223803—: Acuerdo de los progenitores; la mera conflictividad no podrá ser un obstáculo definitivo para la custodia compartida, dado que le bastaría a una parte el provocarla para así evitar ese régimen que se apunta tan conveniente para los menores). Mientras que otros la han denegado (SAP de Castellón, de 13 de julio de 2005 —*JUR* 202806—: Se deniega por desequilibrios psicológicos en ambos padres. SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 —*La Ley* 2043192—: Modificación de medidas; se desestima, atribuyéndosela a la madre en exclusiva. Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia. Ampliación del régimen de visitas del padre por el deseo de la menor de mantener un contacto más equitativo con sus dos progenitores. SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de julio de 2005 —*JUR* 220590—: la deniega por no haberlo pedido ninguno: No basta el presunto interés de los hijos, sino que debe venir acompañado de, al menos, la voluntad en tal sentido de uno de los progenitores, etc.).

## ESPECIALES CAUTELAS

Con todo, la propuesta requerirá de aprobación judicial, aprobación que no procederá en el supuesto de que las medidas se estimen contrarias al interés de los hijos. De ahí las especiales cautelas de las que se rodea esta institución. Es en el momento de la judicialización de la crisis conyugal cuando se centran todas las precauciones del legislador. Reforzamiento del control judicial que parece entrar en contradicción con el paralelo reforzamiento de la libertad de decisión de los progenitores. Si bien ello es más aparente que real si tenemos en cuenta que el poder del juez no es omnívodo sino que únicamente se limitará a comprobar la adecuación del modelo pactado que se le presenta. Sus razonamientos no podrán tener como base criterios subjetivos sino los principios rectores del interés del menor que abocará necesariamente al análisis del caso concreto.

Se contemplan, en concreto, una serie de circunstancias tasadas que impedirán al juez el acogimiento de esta medida. Así no se admitirá cuando en la tramitación del procedimiento se advierta que alguno de los padres está incurso en un procedimiento penal por un delito grave contra las personas, enumerando los siguientes: la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos (22) (art. 92.7 del Código Civil). Resaltar que basta estar incurso en una causa; ni siquiera imputado, procesado o condenado; basta que el proceso esté simplemente iniciado. No obstante en este punto no existe opinión unánime por parte de la doctrina: para otros es necesaria una imputación formal, o bien que el juez, una vez haya tomado declaración en calidad de imputado al denunciado, ordene la práctica de nuevas diligencias de investigación, de modo que el proceso penal siga adelante. En cualquier caso, sea de una u otra forma, de lo que no cabe duda es de la posible interpretación del párrafo primero del artículo 92.7 del Código Civil con el párrafo segundo en el sentido de que ninguna norma impide que aunque no haya proceso penal por meros indicios, se pueda no otorgar la guarda y custodia compartida. Por otra parte, se trata de un criterio imperativo que no existe para otorgar la guarda exclusiva al progenitor incurso en tal causa. De todas formas parece que se ha de hacer extensiva la prohibición del artículo 92.7 del Código Civil para no atribuir la guarda y custodia compartida en exclusiva.

Tampoco procederá cuando el juez advierta de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica (23). La «existencia de indicios fundados de violencia doméstica», es un sutil concepto que puede admitir una amplia gama de apreciaciones, pero que ciertamente es muy diverso del mucho más objetivo y constatable supuesto de que exista un proceso penal. La valoración de los indicios de violencia, partiendo de las pruebas practicadas y no únicamente de las alegaciones de las partes, puede ser suficiente garantía, si tenemos en cuenta que todos los autores coinciden en que la custodia compartida no cabe en las parejas en cuya relación existe violencia. Por tanto, cualquier circunstancia que haga peligrar la integridad física (malos tratos proferidos al menor por uno de los progenitores o por personas relacionadas con su entorno), psíquica o moral del menor ha de considerarse como denegatoria de la custodia compartida (el peligro que puede correrse en estos casos es el de un incremento de denuncias por parte de uno de los progenitores si esa es la forma de lograr la custodia completa). A mayor abundamiento podemos decir que los malos tratos a los menores debe constituir factor determinante no sólo

(22) En este punto se planteó por qué condicionarlo a la existencia de convivencia con la pareja.

(23) En este caso nos encontraríamos dentro del ámbito de aplicación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

para denegar la custodia compartida sino para restringir al máximo el derecho de visitas.

La cuestión que se puede plantear en este punto es precisamente si en los procesos consensuales ha de ser objeto de investigación este extremo por parte del juez. Técnicamente es un elemento constitutivo de la pretensión dirigida al Juzgado. Pero, al mismo tiempo, es innegable el reforzamiento de la autonomía de la voluntad de las partes. Con lo cual, lo más prudente se entiende que sea aquí aplicar el mismo criterio que con los demás acuerdos: una actuación vigilante para que se cumplan los requisitos legales y para cerciorarse en lo posible de la libertad de los acuerdos, pero en ningún caso una actitud inquisitorial. Para ello será fundamental atender a las manifestaciones de los interesados en el momento de su ratificación y a los informes que puedan aportarse o recabarse.

Por otra parte, pese a no concurrir ninguna de las circunstancias anteriores, se explicitan una serie de cautelas adicionales que el juez tendrá que tener en cuenta antes de adoptar la decisión:

Así, la propuesta ha de ser objeto de informe por el Ministerio Fiscal (art. 749.2 LEC), si bien, no es excluyente de otros. Éste velará por el interés del menor y escuchará las alegaciones de las partes en la comparecencia y en el juicio, poniéndose así de relieve la trascendencia de la inmediación judicial y de la presencia física de las partes en el proceso de familia. No obstante, este Informe, a diferencia de lo que ocurre en los casos en que no haya acuerdo entre los progenitores, como después veremos, no resulta impeditivo de la adopción de la medida, aunque no fuere favorable a la custodia compartida propuesta por las partes en el convenio regulador.

Además, si decimos que el punto clave en la decisión es el interés del menor, el juez tendrá que analizar la situación que rodea a éste. Ciertamente, la necesidad de valorar la relación que los padres mantengan entre sí aparece adecuada, por ser un tema importante a la hora de determinar la viabilidad de la guarda conjunta. Para ello recabará todas aquellas pruebas que considere oportunas, entre ellas la audiencia al menor, estando supeditada esta última a que se estime necesaria para la correcta adopción de la decisión, con lo que se trata de evitar someter a menores a una experiencia que puede ser dura para ellos por no haber alcanzado aún una plena madurez psíquica para afrontar sin traumas la crisis matrimonial.

Respecto a esta materia realizar dos matizaciones: En primer lugar, no podemos sino mostrar nuestra disconformidad con el hecho de que la audiencia sea siempre necesaria para los mayores de doce años y para los menores con suficiente juicio (24). Y ello por el coste emocional y los efectos nega-

(24) En este sentido en el párrafo 2 del Anteproyecto en su segunda redacción se sustituyó la mención necesaria de la audiencia a menores con el establecimiento de la

tivos que les puede ocasionar. Es cierto que en determinados supuestos puede ser conveniente (si existe desacuerdo entre los padres, si se pretenden medidas dañosas para los hijos...), pero cuando las medidas a adoptar sean razonables y los padres estén de acuerdo en evitar ese trance a los menores no vemos el porqué de su obligatoriedad; parece más oportuno evitarles un daño innecesario. De hecho, en la propia Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, la audiencia de los menores se configura como un derecho de los hijos a ser oídos, si así lo desean, pero no como un deber. Ello me llevó a abogar por la conveniencia cuando el juez, dadas las circunstancias, lo estime necesario para formar criterio, pero con un carácter potestativo y no como una imposición o como una práctica judicial sistemática.

En el texto definitivo de la Ley se introducen varios preceptos en el sentido indicado que sí vienen a suponer una modificación sustancial en esta materia. Y ello a pesar de que la Exposición de Motivos no le dedica ninguna atención, seguramente por la consideración tradicional de ésta como una cuestión de escasa relevancia.

Se contempla en el apartado 6 del artículo 92 del Código Civil que «*en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*». De lo cual se deduce que la adopción de esta medida exigirá siempre una valoración judicial del convenio regulador en los supuestos de mutuo acuerdo y de las peticiones y pruebas practicadas en los procesos contenciosos.

El artículo 777.5 LEC establece una norma semejante para el caso de convenio regulador. Es curioso como este artículo relativo al proceso que se ha de seguir en las demandas presentadas de mutuo acuerdo, antes de la reforma admitía expresamente (núm. 5) que el juez «oiría siempre a los mayores de doce años». En la actualidad se ha suprimido *(«oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor»)*. En definitiva, en los procedimientos consensuales, la au-

---

obligación para el juez de velar por el cumplimiento de su derecho a ser oídos. De este modo parecía que se estaba dando un paso adelante en la línea que comentamos. Sin embargo, el párrafo 5.º, a la hora de determinar sobre la guarda de los hijos, estableció que el juez debía conocer el informe del Fiscal tras oír a los mayores de doce años y, si lo consideraba preciso, a los menores que tuvieran suficiente juicio. Y, finalmente, así quedó plasmado en el párrafo 6. Con lo cual no quedaba claro en estos dos párrafos cuál era la postura por la que había optado el legislador.

diencia de los hijos menores tendrá carácter excepcional, lo cual contrasta con el régimen anterior en el que se imponía con carácter preceptivo a partir de los doce años (absurdo y contraproducente precepto que era frecuentemente incumplido en la práctica forense). Por contra, llama la atención que se mantenga la obligatoriedad en el artículo 770.4 LEC, que regula el proceso en los casos contenciosos promovidos por uno de los cónyuges contra el otro y de nulidad matrimonial *(«Cuando hubiere hijos menores o incapacitados se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años»)*. No parece lógico que en uno sí y en el otro no. Es cierto que en los procesos consensuales no se da tanta conflictividad como en los contenciosos, pero ello no siempre le resta complejidad. Es por lo que estimo que lo dispuesto en el artículo 770.4 no se debe sino a un olvido del legislador.

Retomando la redacción del precepto —art. 92.6 del Código Civil— vemos cómo se valorarán por parte del juez para sopesar la necesidad de audiencia dos variables (25): 1) la madurez del menor, y 2) la necesidad de la audiencia:

1) Por lo que al primer punto se refiere decir que, como hemos visto, la audiencia de los hijos ha dejado de ser preceptiva, incluso tratándose de mayores de doce años. Queda de este modo descartada la automaticidad anterior para el supuesto de menores mayores de doce años. No se va a hacer posible sentar una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual deberá ser oído, pues ello dependerá de su madurez psicológica y desarrollo intelectual y emocional. Es por lo que soy partidaria de no vincularlo a ninguna edad concreta y considerarlo en función a la posibilidad de que el menor se forme un criterio independiente. Ahora el juez, cuando vaya a tomar la decisión, podrá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren en el caso. La suficiencia de juicio es el criterio elegido por el legislador para diferenciar aquellos casos en los que el menor pueda o no formarse una opinión razonable acorde con la madurez psicológica que ostente. Si bien estamos nuevamente ante un concepto jurídico indeterminado, lo podemos

(25) No se contemplaba el texto en estos términos en el Proyecto de Ley, que mantenía el criterio cronológico, sino que tuvo su origen en una enmienda del Grupo Parlamentario Mixto. Así lo justificaban: La presencia y correspondiente exploración judicial de forma sistemática de los menores en un Juzgado, salvo cuando sea imprescindible para formar criterio sobre la custodia o el régimen de visitas, produce unos efectos negativos en el propio menor, como argumentan perfectamente los especialistas en psicología infantil y los propios prácticos del Derecho de Familia. Por tanto, esta exploración debe reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio por existir un acuerdo entre los cónyuges que claramente se aprecia que puede perjudicar al menor, resulte extravagante o se disponga de información que justifique tal intervención. En el resto de los casos, no aporta nada a la causa y genera efectos negativos sobre el menor. Por tanto, la previsión legal ha de establecer esa citación con carácter potestativo en función de las circunstancias, pero no de forma innecesariamente universal.

entender como capacidad de entender y querer de forma razonada. De este criterio subjetivo, y no de una edad determinada (objetivo), depende el otorgar o no la audiencia al menor.

La exploración parece lógica cuando sea imprescindible para formar criterio, pero en los demás supuestos (por ejemplo, cuando hay mutuo acuerdo de los cónyuges) parece que lo más oportuno sea evitarlo, dados los efectos negativos que produce en el menor; tendría, por tanto, un carácter excepcional. Únicamente podría tener sentido cuando los pactos a los que han llegado los padres se estime que sean contrarios al interés del hijo o resulten extravagantes o se disponga de información que justifique la audiencia (26).

2) En cuanto al segundo punto, será el juez quien, pese a la solicitud por parte de las personas legitimadas, tenga poder de decisión sobre si existe o no necesidad valorando lo invocado por éstas. De ahí la importancia de los motivos concretos que se arguyen por las partes interesadas para poder valorar por el juez su necesidad o conveniencia. Uno de los criterios a tener en cuenta será la existencia de mutuo acuerdo entre los padres, pues en este ámbito, como antes decíamos, parece que lo más oportuno sea excluir este trámite como regla general. No obstante, corresponderá siempre al tribunal valorar la procedencia de su práctica.

Pese a que dicha audiencia no haya sido solicitada por alguien, ello no impedirá que el Juez decida oír a los hijos si lo considera necesario. Cuestión más dudosa es si ha de considerarse preceptiva cuando sí medie petición, bien del Fiscal, de las partes, del Equipo Técnico o del propio menor. En este sentido podemos distinguir: —si es el propio menor quien pide ser escuchado, en cuyo caso, no cabe denegar tal petición. En cambio, si el peticionario no es el propio menor, tal vez el juez podría entender que no queda vinculado por tal petición, supeditada a «que se estime necesario». Con todo, en la práctica deberán concurrir motivos muy especiales para que tal audiencia se deniegue.

Por otra parte, el artículo 770.4 LEC introduce un nuevo párrafo novedoso en cuanto a la forma de llevar a cabo las exploraciones de menores: «*En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el juez* (sorprende la utilización del término juez ya que dicho término ha sido sustituido en la LEC 2000 por tribunal) *que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario*». No se contemplaba este texto en el Proyecto de Ley sino que fue incorporado en el trámite del Senado por una enmienda presentada por Convergencia y Unió. Se da así respuesta a la demanda de la necesaria inclusión de mecanismos para que los menores que declaran ante

(26) Así se justificaba en la Enmienda de Convergencia y Unió.

un juez puedan hacerlo en un ambiente distendido, evitando lo que se ha venido a llamar «maltrato institucional o doble victimización». No obstante, no representa una modificación sustancial si tenemos en cuenta que se trata de una mera declaración general de que la exploración se realice en condiciones idóneas, lo cual ya se encontraba recogido en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996 (27); de hecho, ya venía siendo la práctica habitual de los juzgados de familia en esta materia.

Respecto a cuáles son estas condiciones idóneas, el legislador menciona que se realice sin interferencias de otras personas, esto es, sin la presencia de las partes a excepción del Ministerio Fiscal como defensor legal del menor —aunque nada se dice sobre él—, ni de los progenitores, salvo supuestos excepcionales. En cualquier caso, cuantas menos veces se explore al menor mucho mejor. Además, termina diciendo que el auxilio de especialistas tendrá carácter excepcional. Parecería más adecuado en este punto la colaboración de un experto, más concretamente especialistas adscritos a los juzgados con la suficiente preparación y experiencia dejando la entrevista judicial para casos excepcionales en los que la madurez y comprensión del menor así lo aconsejen.

Finalmente, por lo que se refiere a la audiencia del menor, el artículo 92.6 del Código Civil es complementado a su vez por el artículo 92.2 del Código Civil, que establece de forma novedosa que el propio menor pueda pedir ser oído (28) («*El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*»).

En definitiva, se configura: 1) la audiencia como un derecho del menor y, por otro lado, 2) la función del juez como garante de este derecho, optando por un criterio de mayor flexibilidad.

En cuanto a la primera cuestión no estamos ante una novedad si tenemos en cuenta que en este sentido se había pronunciado ya la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (29). Es más, la plasmación

---

(27) Dice este precepto que *«las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».*

(28) STC de 6 de junio de 2005: Entiende el TC que la Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, entendiendo que al no haberlo hecho se vulnera el artículo 24.1 CE.

(29) En su artículo 9 establece: *1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. 2. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente cuando tenga*

de la audiencia del menor en esta Ley no supuso un reconocimiento *ex novo* de este derecho, sino más bien el reconocimiento de algo ya preexistente tanto en convenios internacionales como en diferentes leyes especiales.

No obstante sí es destacable su mención en cuanto deja de considerarse como un simple trámite procedimental para convertirse en un auténtico derecho del que son titulares los hijos menores y cuyo fundamento radica en que el menor va a verse afectado por la decisión que se va a adoptar. Estamos nuevamente ante una manifestación del principio supremo del interés del menor; más concretamente constituye una expresión de respeto a su personalidad. Es un deber, y ahora un derecho del menor, oír su opinión, para determinar su interés en la toma de decisiones que le afecten; implica, por tanto, una obligación de hacer algo por un tercero: oír al menor cuando éste exprese su opinión. Y ello no sólo en la esfera judicial —donde es imperativo conceder audiencia a todo sujeto implicado—, sino también en un ámbito privado de relaciones en las que, a pesar de todo, suele predominar una estructura jerarquizada.

En segundo lugar, en cuanto a la encomienda al juez de velar por el derecho de los hijos menores de ser oídos, se huye del criterio anterior de preceptividad y automaticidad en aras de un criterio mucho más flexible. Ya se recogió con esta redacción en el Proyecto de Ley presentado al Congreso y con posterioridad se mantuvo de la misma guisa durante toda la tramitación parlamentaria.

En este punto, una de las dudas que se han planteado hace referencia al valor a otorgar por el juez a la opinión de los hijos (30). Bajo mi punto de vista, si bien ésta constituye un dato relevante con el fin de comprobar el grado de afectividad que les une con sus progenitores, no en todos los casos constituye factor determinante. Frente a aquellos que reivindican un mayor

---

*suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. 3. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.*

(30) Así lo planteaba la SAP de Cuenca, de 31 de marzo de 1999 *(AC* 4408): «Graves problemas plantea el dar o no valor jurídicamente relevante a la voluntad del hijo, a su clara preferencia o a su rotunda negativa para permanecer con uno u otro de los padres, y si bien es cierto que el resultado de la audiencia del hijo no es vinculante para el juzgador, en orden a la custodia del mismo, es evidente que puede y debe tenerse en cuenta la voluntad del niño, pero no tanto en cuanto expresión de un mero capricho, sino en cuanto a la voluntad razonada que corresponde a unas causas que deben ser valoradas y en su caso atendidas, y ello en base a que si lo prevalente es el interés del hijo, no puede ignorarse que su voluntad razonada y razonable puede ser expresión de unos sentimientos e intereses más valiosos que la propia voluntad *per se».*

valor y protagonismo a la voluntad del menor —eludiendo el prejuicio de considerar que el menor puede estar sometido a presiones disponiendo que el juez podrá de oficio o a instancia de parte recabar dictamen de un facultativo—, estimo que en determinados casos, frente a la libertad de elección del hijo, hay que primar una valoración objetiva de circunstancias para un mejor desarrollo de la personalidad de un adolescente que en la mayoría de los casos no tiene todavía formado el criterio de discernimiento o se deja llevar por móviles egoístas de mayor libertad, permisibilidad y carácter económico e incluso en muchas ocasiones su voluntad es fruto de influencias o presiones. Es por lo que hay veces en que su opinión no va a ser tenida en cuenta como criterio definitivo con base en que la solución adoptada, aunque contraria a su parecer, debe venir presidida primordialmente por cuál sea su beneficio e interés. El parecer del hijo, por tanto, no va a resultar vinculante para el juez, sino carente de contenido jurídico. Será un dato más a tener en cuenta en el momento de la formación de la decisión.

No obstante, tampoco la jurisprudencia mantiene una postura uniforme en este punto: En ocasiones fundamentan su decisión en la voluntad del menor (SSAP de Málaga, de 14 de julio de 2005 —*La Ley* 2043738—: «si bien es cierto que el deseo del menor no necesariamente es coincidente con su beneficio, no puede ser ignorado y su decisión cobra relevancia en función de su mayor edad»; AP de Guadalajara, de 13 de enero de 1995 —*AC* 168—; AP de Burgos, de 8 de junio de 1995 —*AC* 1268—; AP de Barcelona, de 2 de junio de 1998 —*AC* 1249—; AP de Tarragona, de 14 de abril de 1994; AP de Madrid, de 29 de enero de 1998 —*AC* 4958—). Frente a éstas, otras estiman que el beneficio del menor ha de interpretarse objetivamente y no puede dejarse caer por la voluntad del menor, por lo que imponen su criterio contra el parecer de éstos (SSAP de Barcelona, de 3 de mayo de 1999 —*AC* 982—; AP de Zaragoza, de 27 de noviembre de 1995 —*AC* 2224—; AP de Toledo, de 11 de noviembre de 1999 —*AC* 2407—. La edad de los menores y las circunstancias familiares que les rodean han hecho aconsejables soluciones contrarias: así ocurrió en la SAP de Barcelona, de 9 de junio de 2004 —*JUR* 208661—. Recientemente la SAP de Baleares, de 29 de junio de 2005 —*JUR* 190190—: Los Tribunales, dice, deben tratar de indagar cuál es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro y en esta búsqueda de los beneficios para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene porqué coincidir lo adecuado con su opinión).

Como una cautela más, el juez tendrá también la posibilidad, si lo estima oportuno, de recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados con carácter complementario. Se pretende, de este modo, aportar al juez los datos necesarios que faciliten la toma de decisiones (art. 92.9 del Código Civil:

*«El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores»*) (31). Se modificó así la redacción del Proyecto, que se refería a un facultativo, siguiendo la propuesta que al respecto contenía el Informe del Consejo General del Poder Judicial. Lo podemos catalogar de más idóneo, ya que la amplitud del término especialista lo puede hacer extensivo a otros profesionales (psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales, educadores...). Igualmente se modificó la posible intervención de varios, pues en la práctica, fundamentalmente en casos de especial conflictividad, puede hacerse necesario o conveniente poder confrontar diversas opiniones (pluralidad que puede ser también solicitada por los padres correspondiendo al juez aceptarlo o denegarlo —caso de que pueda resultar perjudicial para el menor—). Se suprimieron además las circunstancias exigidas en el Proyecto de Ley, relativas a su obligatoriedad de recabarlo de perito psicológico, y de que fuera favorable (32). No es más que una prueba pericial carente de carácter vinculante que el juez valorará conforme a las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta el resto de las pruebas practicadas. Por lo tanto, no resulta ni preceptivo —dice el precepto «podrá», por lo que constituye una opción del juez—, ni vinculante, sin perjuicio de la influencia que dichos informes tienen en la práctica. Y así, resultará difícil concebir que algún Juzgado pueda adoptar dicha medida sin contar con un informe técnico de especiales garantías que persuada ampliamente de que concurren las condiciones exigidas por la Ley. En último término, no obstante, será el juez quien valore su peso. El dictamen de los especialistas y las manifestaciones del menor serán fundamentalmente las dos pruebas que el juez sopesará a la hora de tomar su decisión.

Terminar diciendo sobre esta cuestión que el encargo en exclusiva de los informes pertinentes a los profesionales de la propia Administración de Justicia que forman parte de los denominados equipos psico-asistenciales, quizá

---

(31) La enmienda en el Senado introducida por el Grupo Socialista y los restantes grupos parlamentarios, con excepción del Partido Popular, quedaba redactada como sigue: El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen del equipo psicoasistencial adscrito a la Administración de Justicia o de especialistas debidamente cualificados, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. En todo caso, el dictamen será preceptivo cuando se trate de otorgar el régimen de custodia compartida ejercida de forma alterna contemplado en el apartado 8.

(32) En SAP de Barcelona, de 4 de noviembre de 2004, se argumenta con base en el desacuerdo de la pericial para negar la custodia compartida. Y asimismo la SAP de Valencia, de 21 de julio de 2005 *(La Ley* 2043192), deniega la guarda y custodia compartida con base en el Informe negativo del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia.

hubiera sido la fórmula más adecuada para favorecer el acierto de las decisiones de los Tribunales. Su exclusividad a la hora de emitir dictámenes dotaría de objetividad al proceso y evitaría el trasiego continuo de los menores por diversas pruebas periciales privadas que normalmente se articulan por las partes procesales con la única finalidad de alcanzar una opinión pericial que les sea favorable a sus propias luchas sobre la atribución exclusiva de la custodia o establecer limitaciones al régimen de visitas; al tiempo se conseguiría una mayor objetividad en el proceso matrimonial.

Finalmente, como criterio complementario y exhortativo, se procurará no separar a los hermanos (se eliminó así en el texto definitivo la referencia que hacía el Proyecto a la posibilidad de separar a los hermanos y a que cada uno conviviera con uno de sus padres). Es curioso como este principio ha sido trasladado del régimen general de determinación del modelo de custodia, al específico de la custodia compartida en un evidente déficit de técnica legislativa. Se trata, no obstante, aunque pueda resultar desorientador que ahora sólo se mencione en sede de custodia compartida, de un criterio a observar con carácter general y no como algo peculiar de este tipo de custodia.

## LA DECISIÓN JUDICIAL SIN ACUERDO DE LAS PARTES

Partiendo de la bondad del sistema (33), el tema más debatido de la reforma se centró en la viabilidad de una custodia compartida impuesta por el juez en caso de que ambos cónyuges no estuvieran de acuerdo en pactarla,

(33) La elección entre mantener la relación habitual con sus dos progenitores aun cuando ello suponga un peregrinaje o atribuir los cuidados a uno sólo aun cuando suponga la pérdida de fluidez en su relación con el otro, no es fácil. La custodia compartida es una figura que no hay que demonizar ni beatificar. Tiene sus ventajas y sus inconvenientes: Entre las primeras, se permitirá una mayor posibilidad en los pactos; se centrará la discusión exclusivamente en el reparto entre los progenitores del tiempo que han de permanecer los hijos con cada uno. El quitar el poder a una persona y hacérselo compartir con el otro progenitor puede ser beneficioso, porque les obligará a entenderse y a reducir la conflictividad, sin necesidad de sacar a relucir cuestiones que convertirán el procedimiento en una batalla. (Es precisamente en la discusión de las medidas donde se reproducirán los conflictos en cuanto que el cónyuge que aspire a ostentar unilateralmente la custodia pretenderá demostrar que el otro no es persona adecuada para ello.) Asimismo se otorga a los hijos la posibilidad de una convivencia normalizada con ambos progenitores que les permite una mejor adaptación a la ruptura. Y desde el punto de vista de los padres, se les garantiza de este modo la igualdad en el desarrollo de sus hijos (en este sentido dice la SAP de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2005, que «en la medida en que el principio jurídico de igualdad tenga reflejo en la realidad social, la custodia compartida sólo encontrará como freno la consideración de que, en el caso concreto, aquel régimen sea contrario al interés del menor, que ha de ser y es la idea troncal al resolver las crisis matrimoniales»). La guarda y custodia exclusiva condiciona su futuro desarrollo, tanto personal como profesional, y dificulta su nuevo emparejamiento. Por todo ello es justo que ambos compartan lo bueno y lo menos bueno de la vivencia con los hijos.

puesto que la posibilidad de que la misma sea acordada por ambos padres de común acuerdo no planteó especiales recelos (de hecho, la petición conjunta se contempla también en los ordenamientos jurídicos que la posibilitan en nuestro entorno europeo).

El interrogante se plantearía de la siguiente manera: ¿será la conflictividad una causa motivadora de un rechazo automático de la custodia compartida o se tratará más bien de una circunstancia susceptible de valoración en el momento de elegir el modelo más acorde?

En este sentido se critica la posibilidad de admitirla cuando es solicitada unilateralmente por uno de los progenitores con la oposición del otro. Se trata de un régimen excepcional al que sólo podrá accederse en caso de que ambos padres estén de acuerdo. Su viabilidad sólo será posible ante un buen entendimiento, siendo imposible de aplicar en caso de desacuerdo grave. No parece, pues, que pueda adoptarse cuando la situación esté muy deteriorada. Con lo cual, a la necesidad de circunstancias objetivas idóneas que así lo aconsejen se uniría el acuerdo, reflejo de un grado de colaboración y cooperación entre ellos. De no existir, podría derivar en una fuente permanente de litigios con repercusiones negativas para los menores (34). Ante el hecho

---

No obstante, los inconvenientes también se hacen patentes; fundamentalmente podrá generar inestabilidad emocional y numerosos trastornos en la vida de los menores, que se verán obligados a cambiar constantemente de domicilio y tendrán que adaptarse a familias desconectadas entre sí. Se trata de criterios extrajurídicos de tipo psicosocial, pero que deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de las normas. No obstante, pese a este inconveniente, puede resultar aconsejable en situaciones en las que ambos desarrollen una actitud proclive a que el hijo siga manteniendo una relación afectiva con ambos. De este modo, los hijos pueden disfrutar de los dos padres. Ningún padre priva al otro de los hijos. A ningún padre la carga exclusiva de los hijos merma su futuro. Pero, naturalmente, sólo cuando se dan unas condiciones básicas, que deberían presentarse con más frecuencia. Con todo, no debe pensarse en un modelo único de custodia. Se configura como una modalidad amplia que va a permitir a los progenitores, de común acuerdo, o en su caso al juez, a instancia de uno de ellos, arbitrar diversas medidas ajustadas al caso concreto. Tal régimen se revela como figura idónea en algunas situaciones y rechazable en otras. Así, habrá casos como, por ejemplo, malos tratos de uno de los progenitores, alto grado de conflictividad entre ellos, residencias en localidades diferentes... en los que claramente deberá ser rechazada, mientras que en otros, obviando los inconvenientes físicos que al menor le puedan suponer, resultaría aconsejable su acogimiento, siempre que en los progenitores se observara una actitud proclive a su buen funcionamiento. Será el juez quien discrecionalmente decida sopesando todos los elementos probatorios y fundamentando su resolución en la mejor protección del interés del menor. Además deberá adoptar las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de la guarda, si bien no deja claro cuáles son éstas.

(34) En diversas ocasiones la jurisprudencia la ha rechazado con base en la falta de entendimiento: SAP de Barcelona, de 26 de abril de 2004 *(JUR* 150769); SAP de Barcelona, de 3 de marzo de 2004 *(JUR* 119161). La SAP de Girona, de 9 de febrero de 2000 *(AC* 184) aduce que «existen muestras de un rotundo fracaso ante la situación de intransigencia y enfrentamiento de los padres de los menores, lo que constituye un ejemplo paradigmático del fracaso de la guarda compartida cuando ésta no es propuesta y concer-

de que se les obligue a comunicarse, existe el riesgo de utilizar a éstos como un arma arrojadiza. En consecuencia, se entiende, lo razonable es que haya custodia compartida si, como mínimo, hay acuerdo entre los padres y siempre teniendo en cuenta el interés del menor. Incluso llegando más allá, hay quien lo condiciona a la existencia de un acuerdo «realmente libre» en cuanto que muchas mujeres firman los acuerdos bajo presión. En efecto, en muchos casos el precio del divorcio o de la separación por mutuo acuerdo va a ser la renuncia a la guarda de los hijos, limitaciones en el ejercicio de la patria potestad o un régimen restrictivo de visitas, etc. Indudablemente la custodia compartida se configura como un instrumento de presión en la negociación, de tal modo que, de contemplarse legalmente en caso de desacuerdo, sería posible que las mujeres, a fin de continuar con sus hijos, renunciaran a derechos que generalmente van a ser económicos o patrimoniales, como la renuncia a las pensiones alimenticias o compensatorias o al uso de la vivienda familiar. A mayor abundamiento, si se dice que requiere por parte de ambos progenitores mayor nivel de renuncia personal en atención al interés del menor, y su propia esencia está apoyada en el entendimiento, ¿no será ello incompatible con la imposición que supone una resolución judicial en vía contenciosa? ¿podrá el juez con su resolución forzar a los progenitores a la vía del consenso? Pretender una solución impuesta judicialmente en el momento de máximo conflicto de la pareja no parece la medida más razonable ni la más eficaz. La imposición judicial sólo contribuirá a elevar el nivel de conflicto y a poner en riesgo la estabilidad de los menores. A favor de la custodia compartida sin la conformidad de los progenitores se aduce el beneficio del menor, pero ¿el que sea un interés prioritario supone que ha de ser exclusivo? (35).

Por contra, la admisibilidad excepcional de la guarda compartida a falta de acuerdo, les parece a otros un tratamiento del tema excesivamente restrictivo; realmente si la guarda y custodia compartida sólo se admite, caso de existir acuerdo entre los progenitores «para este viaje no hacían falta alforjas». Además, ¿no concedería a las madres el privilegio de vetar a su antojo la custodia? De dejar la guarda y custodia al arbitrio de uno de los cónyuges significaría anular el derecho como tal.

Antes de entrar en su regulación, sobre el tema podemos hacer la siguiente reflexión: Ciertamente es posible que no resulte aconsejable si la relación

---

tada de mutuo acuerdo que mantienen entre ellos una postura razonable y equilibrada ante la crisis matrimonial». Y en la misma línea la SAP de Guipúzcoa, de 14 de mayo de 1999 *(AC* 898) la deniega con base en la ausencia de una relación fluida entre la pareja que al no existir constituiría una fuente permanente de conflictos.

(35) El Anteproyecto señalaba que la custodia compartida se determinaría «en beneficio exclusivo de los menores». El Proyecto introdujo la expresión «en interés exclusivo de los hijos» y el Informe de la Ponencia se refirió al «interés superior del menor».

entre los progenitores no es pacífica y no muestran visos de colaboración. No obstante, la conflictividad no tiene porqué suponer, por sí misma, un rechazo total, ya que si bien puede no ser el sistema ideal, tampoco lo es para conseguir una relación pacífica el de atribución exclusiva a uno de los progenitores; este sistema no garantiza una mejora en sus relaciones y, por ende, una mayor estabilidad del menor sino que, por el contrario, en muchas ocasiones dificulta aún más la relación dada la desigualdad que genera tanto afectiva como económica. Con lo cual, en definitiva, parece más correcto estimar que la conflictividad existente entre los progenitores sea valorada junto con otras circunstancias para determinar si es el régimen más idóneo.

Esta misma discusión se trasladó en el momento de elaboración de la Ley al terreno político donde fueron significativas las diferencias de criterio de los distintos grupos que conformaban el arco parlamentario (36). Deficiencias técnicas aparte (37), en el Congreso, el tema quedó configurado de la siguiente manera: El artículo 92.5 del Código Civil establecía como norma general el mutuo acuerdo para dictar custodia compartida. No obstante, en su punto 8 recogía que, excepcionalmente, no concurriendo los requisitos del párrafo quinto (mutuo acuerdo), podría el juez, con informe favorable del fiscal y motivando que sólo de esa forma se protegía el interés del menor, imponer la custodia compartida. Se trataba de un pequeño resquicio abierto a la excepción del principio general para evitar la existencia de un derecho de veto que pudiera utilizarse para impedir el interés superior del menor. Es destacable la capacidad de decisión del juez sin quedar vinculado por las peticiones de los padres en el convenio y ello con base en la libertad que posee para interpretar cuál es el interés del menor. En virtud de esta circunstancia, pese a la existencia de acuerdo, podría denegarlo y devolvérselo a las partes con el fin de que presentaran otro mejorado. Si sólo uno lo solicitara, podría acordarlo pero recabando el informe favorable del Ministerio Fiscal, de tal modo que se trasladaba a éste toda la responsabilidad de decidir sobre la custodia compartida (aspecto que suscitó algunas voces en contra). Y finalmente, si ninguno lo solicitara, podría dictarla con base en el artículo 92.8 del Código Civil.

---

(36) ERC: A petición de ambos progenitores o por decisión judicial; BNG: A petición de progenitores o de juez; PNV: A petición de los progenitores, nunca imposición; PSOE: Progenitores y excepcionalmente el juez; PP: Progenitores: plan de responsabilidad parental; IU: A petición de los progenitores o juez; para éstos la autoridad judicial siempre deberá tener la última palabra.

(37) Para mayor polémica, un error en la votación de las enmiendas en el Congreso provocó que se aprobara un dictamen al Proyecto de Ley con un artículo contradictorio. Por un lado, se permitía que, en casos excepcionales, el juez acordara la custodia compartida cuando no hubiera acuerdo entre los padres (Informe de la Ponencia); y, por otro, hacía posible otorgar custodia compartida cuando existiera acuerdo previo entre las partes (enmienda del PNV). Posteriormente el pleno del Congreso del día 21 de abril aprobó un voto particular del PSOE e Izquierda Verde para rectificar esta redacción contradictoria.

No obstante el tema no se consideró cerrado sino que se dejó pendiente de una posible modificación en el Senado, donde transitó por los derroteros de la ultra excepcionalidad de la custodia compartida a imposibilitarla si no había acuerdo entre los padres, según los distintos partidos políticos (38). El Gobierno mantenía la posibilidad de que el juez otorgara la custodia compartida sin acuerdo de los padres aunque a través de la presentación de dos enmiendas se buscaba introducir garantías adicionales: establecían en concreto que sólo podría concederse a petición de una de las partes cuando la otra hubiera reclamado la custodia para sí en exclusiva, con informe favorable del Ministerio Fiscal y cuando se asegurara que la ubicación de los domicilios de los padres garantizaría la estabilidad del desarrollo personal del menor.

Cómo ha quedado configurada finalmente la cuestión en la Ley 15/2005. Como excepción y aún cuando no se den los supuestos del número 5, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (núm. 8).

Necesitamos, pues, la concurrencia cumulativa de tres circunstancias: 1) petición de al menos una de las partes; 2) informe favorable del Ministerio Fiscal; 3) convicción de que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés del menor. Y todo ello junto con el resto de requisitos generales.

Cabe, por tanto, incluso aunque no estén de acuerdo las partes, pero siempre que sea ésta la única forma de proteger adecuadamente el interés del menor (en este sentido, dice la SAP de Navarra, de 13 de abril de 2005 —*La Ley* 2033684—: La custodia compartida, a falta de acuerdo, sólo puede establecerse en función de la valoración absolutamente positiva acerca de

(38) Los grupos parlamentarios reflejaron hasta cuatro posturas distintas sobre la custodia compartida durante la celebración de la ponencia del Senado: Los populares defendieron que la custodia compartida de los hijos sólo podía otorgarse cuando existiera acuerdo entre los padres. Mientras, desde PSOE, CIU, PNV e IU, defendieron que este régimen se otorgara con carácter general cuando hubiera un acuerdo entre las partes y de forma excepcional si no existiera acuerdo. Por su parte, del Código Civil y ECP pidieron que se suprimiera la excepcionalidad de este régimen cuando no existiera acuerdo entre los padres para que primara la decisión judicial en interés superior del menor. Finalmente, también ECP, junto con ERC, plantearon cambiar el nombre del régimen para pasar a denominarlo guarda y custodia conjunta de forma alterna.

La enmienda en el Senado introducida por el Grupo Socialista y los restantes grupos parlamentarios, con excepción del Partido Popular, quedaba redactada como sigue: Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado 5, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida ejercida de forma alterna, fundamentándola en la preservación del supremo interés del menor, conforme a los siguientes criterios: que se solicite a instancia de una de las partes, siempre que la otra haya reclamado la custodia para sí en exclusiva; que se emita informe preceptivo del Ministerio Fiscal; que en todo caso se asegure que, por la ubicación de los domicilios de los padres, el menor gozará de la necesaria estabilidad para el mejor desarrollo de su personalidad y para el desenvolvimiento idóneo de sus hábitos y relaciones personales.

que el superior interés del niño justifica la medida. SAP de Zaragoza, de 22 de septiembre de 2005 —*JUR* 223803—: Acuerdo de los progenitores; la mera conflictividad no podrá ser un obstáculo definitivo para la custodia compartida, dado que le bastaría a una parte el provocarla para así evitar ese régimen que se apunta tan conveniente para los menores. Auto del Juez de 1.ª Instancia de Madrid, de 17 de marzo de 2005, donde se impuso la custodia compartida sin acuerdo de las partes) (39).

Será lógico que en estos casos las cautelas que han de estar siempre presentes en la decisión judicial se extremen aún más cuando exista discrepancia entre los progenitores. Hasta el momento los juzgados no han considerado que el interés del menor quede protegido de este modo. No obstante, a partir de ahora se elevará el número de peticiones y de veces en las que podrá decretarse sin acuerdo de las partes, lo cual parece que pugna contra los principios más elementales del sistema. La valoración de la excepcionalidad para poder decretarla en estos casos quedará al criterio de cada juzgado, con informe favorable del Ministerio Fiscal; si bien hemos de reconocer que no va a ser muy frecuente que se dé en la práctica. Ciertamente, si ya cuando el acuerdo de las partes se inserta en un procedimiento contencioso, solo excepcionalmente y con dificultad cabría aprobar tal acuerdo, cuando no exista acuerdo sobre este punto puede representar gravísimos perjuicios para los hijos.

Por lo demás, la posibilidad de esta medida sin acuerdo de las partes no es lo normal en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno; ni siquiera en Francia, que suele ponerse como modelo a seguir, donde opera como norma general el acuerdo de los cónyuges.

Lo que no se ha contemplado ha sido la posibilidad de que esta medida pueda ser acordada directamente por el juez [así, a modo de ejemplo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 25 de julio de 2005 —*JUR* 220590—, la deniega por no haberlo pedido ninguno: «No basta el presunto interés de los hijos, sino que debe venir acompañado de, al menos, la voluntad en tal sentido de uno de los progenitores» (40)]. La custodia compartida coercitiva o

---

(39) En sentido contrario, la SAP de Madrid, de 5 de julio de 2005 *(JUR* 229561), deniega la custodia compartida porque no concurre una situación en beneficio de los menores que aconseje cambiar el sistema, máxime cuando el padre no muestra la conformidad a tal figura. SAP de Barcelona, de 22 de junio de 2005 *(JUR* 175915): la deniega al no haber acuerdo entre los progenitores, lo cual no puede considerarse que resulte beneficioso para los hijos. SAP de Valencia, de 7 de junio de 2005 *(JUR* 199827), la deniega por oposición de la progenitora. Tampoco se acepta por falta de acuerdo entre los cónyuges en la SAP de Vizcaya, de 5 de mayo de 2005 *(JUR* 196044).

(40) En otros pronunciamientos, por contra, se otorga, pese a no haber sido solicitada (SAP de Madrid, de 15 de febrero de 2005, en la que se impuso la guarda y custodia por períodos de seis meses, pese a que no había sido solicitada por ninguno de los progenitores o, asimismo, en la STC 4-2001, de 15 de enero de 2001). También en la SAP de Valencia, de 22 de abril de 1999, decidió el Tribunal de oficio instaurar este régimen.

forzada, querida por el juez pero no por los padres, está avocada directamente a su incumplimiento práctico. Resultaría sumamente artificioso imponérsela a ambos.

Incluso en los procesos contenciosos será necesario que:

— lo solicite una de las partes (requisito de la instancia rogada que parece lógico cuando de compartir tareas se trata, si bien, como hemos dicho, el juez nunca estará vinculado por la petición. Bastará articular la pretensión con carácter alternativo o incluso subsidiario, es decir, sólo para el caso de que no se estime la deducida con carácter principal consistente en reclamar que la custodia sea ejercida por uno de los cónyuges);
— y el informe favorable del Ministerio Fiscal (informe que será siempre necesario, si bien en los procesos contenciosos se exige expresamente que sea favorable. Se trata de un requisito imprescindible pero no suficiente por sí sólo ni tampoco determinante de la resolución: ha de concurrir cumulativamente con los otros dos requisitos).

Con todo, habrá que esperar a la aplicación práctica del precepto; si bien es posible aventurar que solicitudes de este tipo aparezcan como petición sistemáticamente articulada en demasiados procesos contenciosos, aunque se sepa que son improsperables.

## SU ARTICULACIÓN

He aquí el principal caballo de batalla de la figura: la forma de materializarlo es sumamente complicado. Admite diversas modalidades, puesto que es fruto de los pactos que cada familia establece en función de múltiples circunstancias, si bien en el momento de su plasmación surgen las primeras dudas: ¿con qué periodicidad se deben repartir los períodos de convivencia? ¿dónde residirán los hijos? ¿serán los padres los que cambien de domicilio?... En cualquier caso, no es función del legislador detallar estas cuestiones pues cada situación será distinta. Más acorde resulta fijar un marco amplio y flexible dentro del cual pueda tener acogida la diversidad de situaciones que puedan plantearse en el caso concreto. Por tanto, podrá alcanzarse todo tipo de acuerdo —que tenga en cuenta las necesidades de los hijos y las de cada

---

Hay que tener en cuenta, como recuerda la SAP de Girona, de 27 de junio de 2005 *(AC* 1204) que, la medida de guarda y custodia de un hijo no es una cuestión sometida al principio dispositivo, ya que es por completo ajena al principio de autonomía de la voluntad de las partes. Es decir, al estar en juego los intereses de un menor de edad, los tribunales han de adoptar en cada caso las medidas de protección que estimen más adecuadas para él, sin estar a lo que en concreto pida uno de los progenitores litigantes.

uno de los progenitores— sobre el tiempo de convivencia con uno u otro cónyuge, la colaboración económica, la educación de los hijos, disponibilidad horaria... Cuando se plasma a través de un convenio regulador, no deja de ser un acuerdo privado que los cónyuges adoptan sobre este extremo y en función de sus circunstancias personales o, incluso, profesionales.

Nada obliga a repartir la convivencia en períodos iguales (puede centrarse el reparto en los períodos —lectivos, festivos o vacacionales (41)—, o en los horarios, los días de la semana, las semanas del mes o los meses del año). (Así, por ejemplo, en la SAP de Córdoba, de 1 de marzo de 2004, se estima la negativa influencia que supondría para las menores los continuos cambios por lo que se opta por establecer una situación de alternancia de seis meses con cada progenitor; SAP de Sevilla, de 22 de enero de 2004, en la que no se estima oportuno que pase la mitad de la semana con su madre y la otra mitad con el padre lo que no responde sino a un interés de los progenitores; Juzgado de 1.ª Instancia de Cerdányola del Vallés, de 4 de febrero de 2003, en la que se establece una alternancia semanal...). La casuística es amplísima. Se trataría de establecer ciertos límites razonables a una custodia compartida indiscriminada; esto es, adoptarse siempre con suma cautela (42).

Únicamente matizar en este punto que si bien las condiciones materiales son un factor importante, no obstante, no son determinantes, ya que en ciertos supuestos pueden ceder dando prioridad a otros, como puede ser el hecho de que el interés del menor exija pese a las incomodidades físicas y aún contra su voluntad de una labor de control y educación diaria dirigida por ambos progenitores (43).

Puede materializarse en la práctica, bien alternando los hijos su permanencia en los hogares cercanos de ambos progenitores, bien siendo éstos los que vayan rotando en el domicilio del hijo. Incluso, cuando la buena relación lo permita, sería posible sin delimitar los períodos de convivencia con base

---

(41) En este punto se suele aconsejar, como forma de preservar la paridad, el señalamiento en cada uno de esos períodos de dos turnos que se irán posteriormente alternando entre uno y otro de forma sucesiva de un año para otro, o de la forma más adecuada a las circunstancias del caso.

(42) La SAP de Castellón, de 14 de octubre de 2003 *(JUR* 26477), valoró como circunstancias determinantes el hecho de que cada uno de los progenitores dispusiera en la misma localidad de una vivienda acomodada a las necesidades de la menor, así como el que ambos hubieran sabido ajustar su horario laboral a su contacto con la menor.

(43) Así la SAP de Barcelona, de 22 de julio de 2004 *(JUR* 217508): A diferencia de otros casos en los que para la valoración del desarrollo integral del menor los juzgadores han tomado en consideración condiciones de habitabilidad idóneas, proximidad de domicilios entre los progenitores, compatibilidad de horarios, mantenimiento del entorno social, etc., en éste tales circunstancias se consideran accesorias en la medida en que, dada la edad del menor y las circunstancias familiares y sociales en las que se desenvuelve su vida, su desarrollo integral, aun cuando a él no le guste, exige la garantía de un cierto control por parte de sus progenitores.

en la libre relación de los menores con el progenitor que no convivan. En cualquier caso, el nuevo texto omite toda referencia a modalidades concretas.

Pese a todo, es fácilmente visible la dificultad que en la práctica conlleva la articulación de este régimen. Tan sólo la concurrencia en los progenitores de determinadas circunstancias laborales, económicas, de domicilio, de buena relación entre ambos, de buena sintonía con los hijos y de los hijos entre sí... hará factible la operatividad de esta opción. Se evidencia de este modo la absoluta necesidad de un elevado nivel de comunicación fluida y una mayor flexibilidad en las relaciones y cohabitación de padres e hijos.

Así se hace eco de este hecho recientemente la SAP de Castellón, de 13 de julio de 2005 *(JUR* 202806), en donde se dice que si bien teóricamente es posible de aplicar, el juez debe luego ajustar su conveniencia a la realidad mucho más difícil y apreciablemente más dura que lo que cualquier teórico puede argumentar a favor de aquel régimen compartido (44).

Es precisamente la figura de la mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, la que puede ayudar para que ambas partes reflexionen conjuntamente y lleguen a un acuerdo mutuo sobre el reparto de ese tiempo. De ahí la importancia de su fomento (45). Es más, las partes

---

(44) «Si bien la jurisprudencia menor ha tenido ciertas reservas para contemplar y arbitrar supuestos de custodia compartida, en base a que el artículo 90 y 92 del Código Civil, al regular la opción de custodia de los hijos, no preveía la posibilidad de que pueda ser concedida de forma conjunta, dado que tampoco lo prohíbe, su previsión suele tener un carácter excepcional ante la problemática (señala la sentencia de la AP de Palencia de 10 de octubre de 1999) que suscitaría en una situación de crisis matrimonial y por lo tanto de las relaciones entre los progenitores que estos se hubieran de poner de acuerdo hasta para las cuestiones más mínimas en relación con el cuidado y atención de los hijos, razón por la cual (decía tal sentencia) siendo una solución ideal sólo puede adoptarse en aquellas circunstancias que no sólo lo permitan si no que lo aconsejen. En igual sentido, la sentencia de la AP de Alicante, de 7 de julio de 1997, y quede aquí citada nuestra aludida sentencia de 14 de octubre de 2003 en un supuesto en el que se accedió, se razonó «que ha de ser excepcional el compartimiento de tal tarea —la de la custodia— generalmente y por lo que la experiencia enseña tan excepcional como la buena relación entre los cónyuges, que es lo que permite la observancia del régimen, entre quienes son capaces de postergar su desencuentro personal por el beneficio del hijo común». Pues bien, en el presente caso, y aún partiendo de todas las consideraciones de calado estrictamente teórico que realiza el perito en el que se apoya el apelante, es evidente que la relación entre los progenitores es nefasta.

(45) En la Exposición de Motivos se hace referencia a la mediación como procedimiento adecuado para resolver las diferencias entre los padres en cuanto al ejercicio de sus potestades. Sin embargo, no se prevé en el articulado una regulación de la misma. De ahí que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto propuso que se incluyera un texto similar al artículo 79 del Código de Familia de Cataluña, con la correspondiente reforma del artículo 19 LEC en cuanto a la suspensión del curso de los autos. Finalmente se ha aprobado una enmienda que obliga al Gobierno a remitir a las Cortes un Proyecto de ley sobre mediación y que establece ese mecanismo como un recurso voluntario y alternativo de solución de conflictos familiares por la vía del mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador imparcial y neutral. Y, asimismo, viene siendo sugerido

podrán decidir someterse a ella solicitando la suspensión del proceso con el fin de alcanzar una solución consensuada (art. 770.7: «*Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación*»). Y todo ello bajo el prisma legal de considerar el recurso a la autoridad judicial como la última ratio que han de utilizar las partes para solventar sus conflictos.

Finalmente será el juez quien adopte las modalidades de guarda compartida, en especial la temporalidad y el modo de distribuirse su ejercicio, dependiendo del caso concreto, dadas las circunstancias concurrentes, las peticiones de las partes y el mayor beneficio del menor. En cualquier caso, siempre quedará abierta a los padres la posibilidad de interponer demanda de modificación de efectos en caso de que el régimen de custodia adoptado haya fracasado. Desgraciadamente la experiencia judicial pone de manifiesto que una gran parte de estos acuerdos se transforman en verdaderos litigios contenciosos.

Lo que el paso del tiempo nos dirá es si realmente estas disposiciones van a quedar o no en una mera declaración utópica, esto es, en una mera declaración de buenas intenciones que no vincula a nadie, en cuanto el consenso en esta materia es difícil, más cuando el modelo sigue asentado implícitamente en un modelo de custodia exclusiva. Confiaremos en el hecho de que la modernización de nuestro derecho es un fenómeno que no sólo se plasma en las leyes, también se deriva de un modo necesario de la actuación judicial.

*RESUMEN*

*CUSTODIA HIJOS*

*Es la custodia compartida una de las piedras angulares de la reforma del Derecho Civil en materia matrimonial (Ley 15/2005) y que mayores debates ha ge-*

*ABSTRACT*

*CHILD CUSTODY*

*Shared custody is one of the cornerstones of the reform of civil law in matters of marriage enacted through Act 15/2005, and it is also one of the issues that*

su uso desde la Unión Europea como alternativa a la judicialización. Finalmente en la Disposición Final tercera de la Ley se ha recogido que: «El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas». No se concreta ningún plazo, quizá conscientes de que casi nunca suelen ser cumplidos.

Con todo, en la actualidad, no existe en España ni se prevé la realización, previa al acuerdo, de ningún tipo de mediación, terapia o cualquier otra técnica que reduzca los niveles de conflicto y que ayude a los padres a asumir como propia esa forma de custodia y, fundamentalmente, la idea de la responsabilidad compartida, sea cual fuere la forma de custodia, a fin de que el acuerdo esté apoyado por la voluntad firme de ambos progenitores de llevarlo a efecto, ya que si no existe esa verdadera voluntad, estaremos abocados a un inminente proceso de modificación de medidas.

*nerado en la opinión pública. En relación a este tema, el legislador ha aprovechado para dar nueva redacción al artículo 92 del Código Civil más ajustada a la realidad social del momento y que, con carácter general, podríamos tildar de oportuna.*

*Se configura el interés del menor como el principio rector de esta materia y se refuerza la autonomía de la voluntad de los cónyuges a quienes se les reconoce como novedad legislativa la posibilidad de optar por este régimen bien en la propuesta de convenio regulador, bien cuando ambos lleguen a este acuerdo a lo largo del procedimiento. Con anterioridad no se contemplaba expresamente pero tampoco se prohibía. De hecho, la línea jurisprudencial más reciente presenta una tímida tendencia favorable a la atribución de la custodia compartida o al señalamiento de amplios períodos de convivencia. En la actualidad, ningún obstáculo legal lo impide; su rechazo devendrá de la utilización de criterios extrajurídicos.*

*Será el juez quien en última instancia sopese su oportunidad con base en el interés supremo del menor que sirve de guía decisoria general. En este sentido, la institución se rodea de especiales cautelas a través de una serie de circunstancias tasadas que le impedirán el acogimiento de la medida. Junto a ello, y pese a no concurrir ninguna de estas circunstancias, se explicitan también una serie de cautelas adicionales a tener en cuenta por el juez antes de adoptar la decisión. Es destacable en este punto la nueva configuración de la audiencia del menor.*

*Uno de los temas que más debates suscitó fue la posibilidad de admitirla cuando es solicitada unilateralmente por uno de los progenitores con la oposición del otro. Finalmente, y de forma excepcional, se ha admitido que el juez, a instancia de una de las partes, con informe*

*has roused the greatest debate in public opinion. Legislators seized the opportunity for what we might term a generally advisable rewording of article 92 of the Civil Code to attune legislation more closely to today's real society.*

*The child's interest is envisaged as the guiding principle in these matters, and the autonomy of spouses' wishes is reinforced. The spouses, in a new legislative feature, are acknowledged as being able to choose to share custody, either when they propose the agreement regulating their divorce or when they reach such an agreement in the course of the proceedings. Prior to this, shared custody was not expressly envisaged, but it was not prohibited, either. In fact, the most recent trend in case law shows itself to be timidly in favour of awarding shared custody or scheduling lengthy periods of shared living. At present there are no legal obstacles to shared custody; any rejection of shared custody will stem from the use of extra-legal criteria.*

*It will be the judge who ultimately weighs the advisability of shared custody on the basis of the higher interest of the child, which will serve as the general guide in decision making. The judge may be prevented from agreeing to the measure by a series of weighted circumstances, part of the special precautions that surround shared custody. Also, even when none of the weighted circumstances are attendant, there is a series of explicitly defined additional precautions to be factored in by the judge before a decision is reached. The newly configured hearing of the child is one important precaution of this type.*

*One of the issues that sparked the most debate was the possibility of allowing shared custody at the unilateral request of one of the parents against the opposition of the other. In the end, in exceptional cases, the judge, at the request of one of the parties and with a*

*favorable del Ministerio Fiscal, pueda acordarla fundamentándolo en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.*

*En cualquier caso, el consenso en esta materia es difícil, más cuando el modelo sigue asentado implícitamente en un modelo de custodia exclusiva, pues no son objeto de reforma el resto de medidas a adoptar íntimamente relacionadas con ésta (pensión de alimentos, vivienda). Será precisamente la figura de la mediación, como mecanismo alternativo de la resolución de los conflictos, la que pueda facilitar la consecución de estos acuerdos.*

*favourable report from the public prosecutor, may rule that custody is to be shared on the grounds that only through shared custody can the greater interest of the child be adequately protected.*

*In any case, consensus is hard to reach on this issue, especially as the model is still implicitly based on an exclusive-custody model, since the other measures intimately related with custody (child support, housing) have not been reformed. The alternative conflict-resolution mechanism of mediation will be what can facilitate the reaching of shared-custody agreements.*

*(Trabajo recibido el 24-5-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# DERECHO COMPARADO

# La Ley de la Garantía Mobiliaria peruana y sus aspectos registrales (*)

por

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
*Abogado. Presidente del Tribunal de los Registros Públicos del Perú.*
*Miembro del Instituto Peruano de Derecho Mercantil*

*SUMARIO*

I. ANTECEDENTES DE LA LEY:
   1. Documento de trabajo «Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales» (2001).
   2. «Anteproyecto de Ley de la Garantía Mobiliaria» (2003).
   3. Proyecto de Ley núm. 6911/2003-CR (Registro Mobiliario de Garantía) y el Proyecto de Ley núm. 9388/2003-PE (Sistema Integrado de Garantía Mobiliaria).

II. LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA (LGM) Y SU CONFIGURACIÓN ACTUAL:
   1. La garantía mobiliaria: definición y elementos.
   2. Constitución de la garantía mobiliaria.
   3. Ejecución de la garantía mobiliaria.

III. LOS ASPECTOS REGISTRALES DE LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA:
   1. El Registro Mobiliario de Contratos y los Registros Jurídicos de Bienes.
   2. Temas Varios.
   3. La Publicidad Registral y el Sistema integrado de garantías y contratos sobre bienes muebles.

(*) A Luis Adolfo Gómez Martens, *In Memoriam.*

## I. ANTECEDENTES DE LA LEY

La promulgación de la «Ley de la Garantía Mobiliaria», Ley número 28677 (LGM), publicada en el diario oficial «El Peruano» el 1-3-2006 y que entrará en vigencia próximamente *(vacatio legis),* constituye un acontecimiento trascendental en nuestro país que busca facilitar el acceso al crédito —piedra angular de la economía—, mediante la creación de un sistema único de garantía mobiliaria, integrando a todos los tipos de prendas existentes, que uniformiza su regulación en materia de constitución, publicidad, prelación y ejecución.

El camino transitado para llegar hasta este punto ha sido largo y no exento de dificultades, materializado en el documento de trabajo «Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales» (2001), el «Anteproyecto de la Ley de la Garantía Mobiliaria» (2003) y los Proyectos de Ley número 6911/2003-CR («Registro Mobiliario de Garantía») y número 9388/2003-PE («Sistema integrado de garantía mobiliaria»).

### 1. Documento de trabajo «Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales» (2001)

El documento de trabajo «Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales» (1), aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) mediante Resolución Ministerial número 235-2001-EF/10 de 13-7-2001 («El Peruano», 16-7-2001), fue elaborado por una Comisión designada mediante Resolución Suprema número 182-2001-EF-10 del 6-6-2001 con el propósito de efectuar «un diagnóstico de los principales obstáculos que enfrentan los agentes económicos para constituir, registrar y ejecutar garantías, y para que se presenten las propuestas de solución que considere pertinentes» (2).

Así, se afirmaba que «el sistema de crédito y garantías reales vigente en el Perú no contribuye eficazmente a reducir el riesgo de no pago en las operaciones de financiamiento y en consecuencia se encarece el crédito»; siendo que el financiamiento bancario en el país puede crecer (a marzo de 2001 sólo representaba el 26 ó 28 por 100 del PBI), el crédito directo de proveedores

(1) Sobre el tema, véase, la «Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias» («Model Inter-American Law On Secured Transactions») de la Organización de Estados Americanos (OEA); adoptado por las «VI Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado», Washington, D.C., 4-8 de febrero de 2002 (CIDIP-VI/RES 5/02); documento elaborado con el objeto de modernizar el marco jurídico y registral en materia de garantías mobiliarias de los Estados miembros (www.oas.org).

(2) La Comisión estuvo presidida por Jorge Avendaño Valdez y contó con la participación de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Alfredo Bullard Gonzáles, Fernando Cantuarias Salaverry, entre otros.

es inexistente, el marco legal resta valor a la garantía mobiliaria (eran pocos los bienes que se otorgan en garantía), la multiplicidad de Registros hace ineficaz el sistema (al no encontrarse los Registros Públicos de bienes interconectados entre sí; existiendo además múltiples clases de garantía con reglas distintas), no hay ejecución contractual o extrajudicial (el marco legal prohíbe el pacto comisorio y limita el pacto de ejecución extrajudicial), la ejecución encarece el crédito (la ejecución judicial demora excesivamente y eleva las tasas de interés).

¿Cuáles son las propuestas generales planteadas por la Comisión?; que todos los bienes deberían estar en aptitud de servir como garantía (todos aquellos que las partes consideren económicamente relevantes), debe incentivarse el crédito directo a través de los proveedores (eliminar los privilegios existentes de ciertos sectores), uniformizarse los distintos tipos de garantía real (establecer requisitos estandarizados), uniformizarse las reglas sobre rangos y preferencias, incentivarse mecanismos alternativos a la ejecución judicial (pacto comisorio, pero evitando el abuso).

¿Y las propuestas en materia registral?; la creación del «Archivo único de avisos de garantía» (3), el mismo que se organizaría en función a la persona del constituyente (deudor o tercero), para publicitar qué bienes se encuentran gravados y establecer un rango de preferencias sobre las garantías; asimismo, se plantea la no-necesidad de inscribir el contrato de garantía completo y en especial que el control de legalidad (calificación) se reduzca a una simple constatación de que «se hayan llenado todos los campos del formulario» para su publicidad; de otro lado, que la información se ingrese a un archivo de base de datos electrónica de jurisdicción nacional y de acceso remoto, de modo tal que el servicio registral sea pasible de concesión al sector privado en competencia, reservándose el Estado la potestad de establecer estándares de competencias, condiciones técnicas del archivo y su supervisión, etc. (4).

Respecto a las limitaciones a la calificación se refiere en el documento —pág. 13—, que: «(...) A diferencia de los sistemas de inscripción de garantías mediante archivo de avisos («notice filing systems»; EE.UU., Canadá, Puerto Rico y Rumanía), el sistema de inscripción del contrato involucra altos costos, porque la ley exige la revisión de la legalidad y de la autenticidad de documentos antes de su inscripción. En ese sentido, la ley exige la inscripción de gran cantidad de información, pues requiere el registro del

---

(3) HEYWOOD, Fleisig W.; DE LA PEÑA, Nuria, y CANTUARIAS, Fernando, *Trabas legales al crédito en el Perú: garantías mobiliarias,* Lima - Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, año 2000.

(4) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, «La función económica del derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca», en *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y problemas actuales,* Lima - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, mayo de 1993, pág. 53.

contrato entero de garantía. Por el contrario, en otros países (...) sólo se exige inscribir la información mínima necesaria para avisar al público acerca de la existencia del gravamen; es decir, sólo se exige inscribir el nombre del deudor, del acreedor y de la descripción del bien en garantía».

## 2. «Anteproyecto de Ley de la Garantía Mobiliaria» (2003)

Posteriormente, a través de la Resolución Ministerial número 188-2003-EF/10 de 13-5-2003, el MEF aprobó el «Anteproyecto de Ley de la Garantía Mobiliaria» («El Peruano», 14-5-2003), el mismo que fue elaborado por una Comisión designada mediante Resolución Ministerial número 410-2002-EF/10 de 4-10-2002.

El Anteproyecto no contiene propiamente una «Exposición de Motivos» que sustente las propuestas normativas, por lo que podría considerarse que el documento: «Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales» cumpliría tal función, dado que se buscaba poner en práctica sus propuestas en materia de «garantías mobiliarias».

¿Cuáles eran las propuestas normativas planteadas por el Anteproyecto en materia registral?; así, el artículo 28 señalaba que eran actos inscribibles «la garantía mobiliaria (...) y los actos relativos a su eficacia, modificación o eventual cesión» y «las resoluciones judiciales referidas a la garantía mobiliaria (...)»; en su artículo 29, el contenido mínimo del asiento de inscripción (5) y que la inscripción debe hacerse mediante «formulario registral» (documento distinto al título constitutivo) (art. 30), cuya inscripción determinará su constitución y oponibilidad; «presumiéndose» el conocimiento de su inscripción, sin admitirse prueba en contrario (art. 31); siendo que si existiera discrepancia entre el asiento y el título de garantía mobiliaria prevalecerá la primera (art. 33) (6).

---

(5) Bullard Gonzáles, Alfredo, «¿Volar en bicicleta? El nuevo paradigma de la garantía mobiliaria», en *Especial sobre las «Garantías Mobiliarias» de «Legal Express»,* Lima - Gaceta Jurídica, S. A., Año 3, núm. 30, junio de 2003, pág. 6. El autor refiere que inscribir las garantías en un registro de bienes tiene dos problemas: En primer lugar, si el bien no es registrable (…) no puede haber una garantía plenamente oponible. En segundo lugar, para saber qué bienes están gravados hay que ir a tantos registros como bienes existan. La nueva ley crea un registro personal, es decir, un solo lugar al que se tiene que acudir para saber cuántos bienes de una persona están gravados (…)».

(6) Castellares Aguilar, Rolando, «En debate anteproyecto de la Ley de la Garantía Mobiliaria: Continúan problemas para recuperación de acreencias», publicado en el *Suplemento de Derecho del diario oficial «El Peruano»,* el 1-7-2003, págs. 18 y 19. Según el autor, «(...), no se logra ese objetivo primordial de la ágil recuperación de las acreencias que cuentan con esta garantía; pues la principal dificultad y rémora del actual sistema prendario múltiple que tenemos no es sólo la constitución de la prenda sino más bien es la dificultad y onerosa ejecución, aspecto que la citada iniciativa no modifica ni mejora

Además de aprobar las normas reglamentarias correspondientes, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) —encargada de la administración y regulación del Registro—, podía otorgarla en concesión a operadores privados (art. 38), asegurando «que los particulares puedan acceder a él a través de sus sistemas de cómputo»; siendo que «el Registro estará conformado por una base de datos centralizada para todo el país» («Registro Público de la garantía mobiliaria») (art. 37).

A propósito de la calificación registral, el artículo 34 del Anteproyecto señalaba que, «la inscripción del formulario (...), que da lugar al asiento correspondiente, no está condicionada a la comprobación de la propiedad del bien mueble afecto a la garantía mobiliaria ni a la presentación de documentos que certifiquen el pago de los tributos de cualquier clase. Para dicha inscripción es exigible sólo la presentación del título de la garantía», y en el artículo 35 que, «el Registrador se limitará a trasladar la información contenida en el formulario de inscripción registral al asiento correspondiente en base a los datos del Registro. El Registrador no evaluará la legalidad del título de la garantía mobiliaria, la validez de la obligación garantizada u otro aspecto relacionado con la garantía mobiliaria» (7).

En este esquema normativo la calificación registral se reducía peligrosamente, lo que en nuestra opinión debilitaba el sistema registral y la seguridad jurídica que se provee a los usuarios, obligando al empleo de «mecanismos complementarios» que encarecerían la contratación *(title insurance)* (8), dado que la intensidad de los efectos jurídicos de las inscripciones se halla en relación directa con el tipo de calificación que se realice (9).

---

sustancialmente con el esquema que propone y contiene, más aún cuando el bien prendado permanecerá en manos del deudor».

(7) MEJORADA CHAUCA, Martín, «Anteproyecto de Ley de Garantías Reales Mobiliarias», en *Especial sobre las «Garantías Mobiliarias» de «Legal Express»,* Lima - Gaceta Jurídica, S. A., Año 3, núm. 30, junio de 2003, pág. 4. El autor refiere que lo más saltante del anteproyecto es «la creación del Registro Público de la Garantía Mobiliaria que funcionaría a través de una base de datos centralizada para todo el país. (…). No se trata de un registro de bienes (…) sino de un registro de contratos de prenda, por lo que la publicidad no es total».

(8) ARRUÑADA, Benito, *Sistemas de Titulación de la Propiedad. Un análisis de su realidad organizativa,* Lima - Palestra Editores, agosto de 2004. págs. 225-226. Según el autor: «el seguro de título *(title insurance)* consiste en un contrato por el cual una entidad aseguradora se compromete a indemnizar al titular de un derecho real en caso de que el título asegurado se demuestre defectuoso y a asumir, en su caso, la defensa jurídica de dicho título».

(9) ALIAGA HUARIPATA, Luis, «A propósito de los aspectos registrales del anteproyecto de la Ley de la Garantía Mobiliaria», en *Especial sobre las «Garantías Mobiliarias» de «Legal Express»,* Lima - Gaceta Jurídica, S. A., Año 3, núm. 30, junio de 2003, pág. 7.

### 3. Proyecto de Ley número 6911/2003-CR (Registro Mobiliario de Garantía) y el Proyecto de Ley número 9388/2003-PE (Sistema Integrado de Garantía Mobiliaria)

Finalmente, respecto de los Proyectos de Ley número 6911/2003-CR y número 9388/2003-PE —que recogían muchas de las críticas y sugerencias dadas al «Anteproyecto» y que la modificaron radicalmente—, la «Comisión de Economía e Inteligencia Financiera» del Congreso emitió «Dictamen» recomendando la aprobación del proyecto de ley final con el «texto sustitutorio» que allí aparecía, lo que efectivamente hizo la Comisión Permanente del Congreso y promulgó el Presidente de la República.

A diferencia de lo que sucede con el Anteproyecto, respecto de la LGM el documento «Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales» no podría considerarse propiamente su «Exposición de Motivos», dado que muchas de sus propuestas no fueron acogidas en esta Ley, en especial en materia registral.

Como sustento del proyecto normativo propuesto se señalaba en el Dictamen que, la prenda demostró poca efectividad para respaldar el otorgamiento de créditos, debido a: «i) las limitaciones inherentes de la figura de la prenda; ii) la ineficiente y desarticulada regulación de su constitución, publicidad, prelación y ejecución; iii) la falta de un registro único de garantías; y, finalmente, iv) un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible que beneficia al mal pagador». Situación que dificulta y encarece el acceso a fuentes de financiamiento (crédito) y finalmente el desarrollo de la actividad empresarial (10).

Considerando que la LGM recogió íntegramente el texto sustitutorio propuesto por los Proyectos de Ley número 6911/2003-CR y número 9388/2003-PE, realizaremos los comentarios personales al contenido de este último a través de la ley propiamente, con especial énfasis en sus aspectos registrales.

---

(10) En ese mismo documento se reconoce que las causas del problema de acceso al financiamiento y/o lo elevado de su costo son diversos y exceden a los factores meramente legales tales como, «el riesgo-país, la inflación, la devaluación, los niveles de competencia, entre otros», algunos de los cuales dependen del manejo macroeconómico o de coyunturas de orden político o financiero nacional e internacional. En cuanto a los factores legales, se señala que «un marco legal que promueva la transparencia y el flujo de información, que brinde seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de las garantías, que ofrezca un mecanismo efectivo de recuperación de deudas y de salida del mercado para empresas en problemas, contribuirá de manera importante a reducir el costo del financiamiento y a que más personas puedan ser sujetos de crédito».

## II. LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA (LGM) Y SU CONFIGURACIÓN ACTUAL

¿Cuál es la configuración actual general de la LGM?

Al respecto debe decirse que, la LGM unifica y simplifica la regulación de las prendas existentes, instaurando un régimen legal único, incorporando al tráfico jurídico todo tipo de bienes muebles, al hacerlas susceptibles de afectarse con garantía mobiliaria, sean bienes registrados o no registrados, tangibles o intangibles, genéricos o específicos, fungibles, presentes o futuros (vehículos, construcciones temporales, saldo de cuentas bancarias, participaciones, acciones, etc.); ampliándose así el universo de deudores y consecuentemente, de acreedores garantizados (11).

En cuanto al acreedor prendario, éste tiene preferencia para el cobro de su deuda conforme a la fecha de su inscripción y el derecho de ejecutar el bien en caso de incumplimiento, previo aviso notarial al deudor y su representante; a su vez, el deudor garantizado tiene como obligación entregar el bien al acreedor garantizado para su venta, entre otros.

De otro lado, se agiliza y simplifica la constitución de la garantía mobiliaria, que deberá hacerse a través de contrato escrito donde se otorgue además poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien.

Respecto a la ejecución de la garantía, que será en principio extrajudicial, el precio de venta no será menor a las 2/3 partes de su valor y deberá hacerse después del tercer día de recibido el aviso y por un plazo máximo de sesenta días, en caso contrario, se hará judicialmente, pudiendo pactarse la adjudicación del bien al acreedor (pacto comisorio), no siendo factible suspenderse la venta, a menos que el deudor cancele su deuda; en ese sentido, cualquier controversia será resuelta por el Juez en proceso sumarísimo sin suspenderse la venta bajo responsabilidad.

Asimismo, se crea el «Registro Mobiliario de Contratos» en el que se inscribirán las garantías que recaigan sobre bienes muebles no registrados; unificándose así los registros de contratos existentes (prenda industrial, prenda agraria, prenda global y flotante, etc.), pero manteniéndose los Registros Jurídicos de Bienes existentes (Registro de Bienes Muebles, de Propiedad Vehicular, al que se incorporarán el de Naves y Aeronaves, de Embarcaciones Pesqueras y Buques); en esa misma línea, se crea el «Sistema Integrado de Garantías y Contratos sobre Bienes Muebles», que vinculará la información contenida en el Registro Mobiliario de Contratos con los Registros Ju-

(11) BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, «La Ley de la Garantía Mobiliaria rompe esquemas tradicionales», publicado en el *Suplemento de Derecho del diario oficial «El Peruano»,* el 6-3-2006, pág. 15.

rídicos de Bienes existentes, que permitirá su acceso remoto en función al constituyente y se aprueba el uso de «formularios registrales» como documento inscribible, estableciéndose una calificación atenuada de los mismos.

## 1. La garantía mobiliaria: definición y elementos

La garantía mobiliaria es definida como «la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación», que puede darse con o sin desposesión del bien, en este caso puede pactarse la entrega del bien afectado al acreedor garantizado o a un tercero depositario (art. 3.1); pudiendo constituirse «garantía mobiliaria abierta para asegurar obligaciones propias o de terceros, presentes o futuras» (art. 3.4).

En cuanto a los bienes afectables, reiteramos, se ha ampliado el universo de bienes muebles; así, esta garantía puede constituirse sobre uno o varios bienes muebles específicos (incluso se puede constituir garantía de segundo y posteriores rangos, con aviso notarial al primer acreedor garantizado; art. 7), sobre categorías genéricas de bienes muebles o sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía, sean presentes o futuros, corporales o incorporales (art. 4) (12).

Respecto a las obligaciones garantizadas, éstas pueden ser de diversa naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad (art. 1).

La garantía mobiliaria confiere al acreedor garantizado preferencia sobre la base de la fecha de su inscripción en el Registro (art. 25). Igual regla se aplica en caso de que se hubiesen constituido garantías mobiliarias sucesivas sobre el mismo bien mueble (art. 26).

El incumplimiento de la obligación garantizada otorga al acreedor garantizado el derecho a adquirir la posesión y, en su caso, retener el bien mueble afectado en garantía mobiliaria (art. 10); concordantemente, el constituyente, eventual adquirente o depositario, tiene la obligación de entregar la posesión del bien mueble dado en garantía mobiliaria al representante designado para su venta o, en su defecto, al acreedor garantizado cuando éste notifique al constituyente su decisión de proceder a la ejecución de la garantía mobilia-

(12) No son susceptibles de ser dados en garantía mobiliaria las remuneraciones, el fondo de compensación por tiempo de servicios, los warrants y los Certificados de Depósito; los bienes muebles inembargables, señalados en el artículo 648 del Código Procesal Civil; los recursos que constituyen el encaje bancario de conformidad con el artículo 163 de la Ley núm. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; los bienes que integran los Fondos de Aportes Obligatorios, el Encaje Legal, el Fondo de Longevidad, el Fondo Complementario y los demás señalados en el artículo 20 del Decreto Supremo núm. 054-97-EF, TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

ria (art. 11.2); esto es, salvo pacto distinto, tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación (art. 12); en caso se enajenase el bien afectado en garantía, ello no perjudicará la plena vigencia de ésta, salvo, si es adquirido en tienda o local abierto al público y siempre que sea amparado por comprobante de pago del transferente (excepción que no rige tratándose de bienes muebles inscritos en un Registro Jurídico de Bienes) (art. 13) (13).

## 2. Constitución de la garantía mobiliaria

En materia de constitución de la garantía mobiliaria se distinguen dos niveles, por un lado, el documento constitutivo y por el otro, el «formulario registral» a efectos de su inscripción; en ese sentido, el artículo 39 de la LGM dispone que: «el que intencionalmente solicite la inscripción de un formulario de inscripción consignando información diferente a la del título constitutivo del acto inscribible o que no corresponda a la realidad, será responsable por los daños que ocasione, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudiera incurrir».

La constitución de la garantía mobiliaria se produce mediante acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral otorgado con el propósito de asegurar el cumplimiento de una obligación, que constará por escrito y podrá instrumentarse por «cualquier medio fehaciente que deje constancia de la voluntad de quien la otorga» (art. 17) (14).

La información mínima que debe contener el acto jurídico constitutivo comprende, en cuanto a los sujetos intervinientes (constituyente, acreedor y deudor), sus datos de identificación y firmas; en cuanto a los bienes que se afectan, en caso de que se encuentren registrados sus datos de inscripción y en caso contrario, «la declaración jurada del constituyente sobre su calidad de propietario de los mismos», su identificación y descripción, su valor; respecto del gravamen, su monto determinado o determinable; en cuanto a la obligación garantizada, su descripción específica o genérica; sobre el depositario,

---

(13) Pizarro Aranguren, Luis, «Aproximación al sistema de garantía prendaria en el Derecho Peruano», en *Ius et Veritas,* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 13, año VII, noviembre de 1996, pág. 124. Siendo que en toda operación de crédito se genera una «ventaja estratégica» para el deudor —pues debe ejecutar su prestación en un momento posterior al acreedor—, refiere el autor que «una garantía será considerada eficaz cuando la aversión al riesgo que cree en el deudor neutralice su ventaja estratégica frente al acreedor».

(14) «Incluyendo télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con la Ley núm. 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, el Decreto Supremo núm. 019-2002-JUS, Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales y las demás normas aplicables en esta materia».

su nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio; asimismo, la fecha cierta del acto jurídico-constitutivo, el plazo de vigencia de la garantía —pudiendo pactarse un plazo indefinido o en su defecto, presumiéndose ello—; la forma de ejecución del bien y condiciones; finalmente, la identidad de los representantes encargados de realizar y formalizar la transferencia del bien (art. 19).

A efectos de su inscripción, esa información mínima deberá constar en el formulario de inscripción aprobado por la SUNARP, que se extenderá y certificará por lo menos en duplicado y suscrito por los otorgantes del acto; documento que tiene carácter de declaración jurada y deberá estar certificado por un notario (art. 19).

### 3. Ejecución de la garantía mobiliaria

Producido el incumplimiento del deudor —del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente—, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial.

En efecto, una vez resulte exigible la obligación garantizada y conforme a lo dispuesto al artículo 40 de la LGM, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía extrajudicialmente, es decir, en la forma establecida en la ley o en el acto constitutivo de la garantía o excepcionalmente, si existiera pacto o hubiesen transcurrido sesenta días desde la comunicación notarial —al deudor, al constituyente y al representante—, y el bien no se hubiese vendido, con arreglo al Código Procesal Civil.

Debe precisarse que las partes pueden pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, teniendo presente que no podrá venderse el bien a un precio menor a las dos terceras partes del valor pactado o en su defecto, del valor comercial al tiempo de la venta y que si existiesen gravámenes anteriores, el representante deberá consignar el importe total ante el Juez Especializado en lo Civil y depositar el saldo, si se trataran de gravámenes posteriores.

En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria debe otorgarse poder específico e irrevocable a un tercero (distinto del acreedor garantizado) para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria (15).

De otro lado, es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mo-

(15) Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil ni el artículo 156 del mismo.

biliaria, siempre que se incluya el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y otorgarse el poder al representante; en ese sentido, si se pactase la adjudicación del bien mueble afecto, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común (distinto al acreedor garantizado) para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, poder que constará en el formulario de inscripción e inscribirá conjuntamente con el pacto.

## III. LOS ASPECTOS REGISTRALES DE LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA (16)

En cuanto al perfil de la LGM en materia registral se ha dicho que ésta, además de establecer un marco normativo general de las garantías mobiliarias, «busca preservar la unidad y coherencia de la función registral que constituye la finalidad del Sistema Nacional de los Registros Públicos, creado por la Ley número 26366; descartando la posibilidad de crear sistemas de publicidad paralelos, pues ello significaría una dualidad perjudicial (...)» (17).

La moderna doctrina registral distingue entre «registros de seguridad jurídica» y «registros de información administrativa»; siendo que el Sistema Nacional de los Registros Públicos, creado mediante la Ley 26366, sólo regula los primeros.

Los «registros de seguridad jurídica» presentan como características esenciales, la existencia de un control de legalidad o calificación, conexión entre

(16) De conformidad con las Disposiciones Finales y Transitorias de la LGM, mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, núm. 067-2006-SUNARP/SN del 8-3-2006 («El Peruano» del 1-3-2006) se aprobó el «Plan de Implementación de la Ley de la Garantía Mobiliaria»; en ese sentido, se conformaron dos equipos de trabajo encargados de la «elaboración de las disposiciones reglamentarias del Registro Mobiliario de Contratos, así como de los formularios registrales necesarios para su implementación», la «elaboración de las normas necesarias para sanear el tracto interrumpido en los Registros Jurídicos de Bienes»; asimismo, la «elaboración de las disposiciones reglamentarias de organización y funcionamiento del Registro Mobiliario de Contratos, así como la modificación de los instrumentos de gestión», la «elaboración de la nueva estructura de tasas», el «desarrollo de las herramientas tecnológicas necesarias para el funcionamiento del Registro Mobiliario de Contratos y migración de las prendas especiales ya existentes al mencionado Registro» y «desarrollo de las herramientas tecnológicas necesarias para la creación del Sistema Integrado de Garantías y Contratos».

(17) DELGADO SCHEELJE, Alvaro, «Proyecto sobre garantía mobiliaria». Disponible en la página web del «Curso Anual de Derecho Registral Iberoamericano» (CADRI) del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España (http://www.cadri.org). Si bien el autor se refiere al Proyecto de Ley antes de su aprobación por la Comisión Permanente del Congreso (véase I.3), sus comentarios resultan extensibles a la LGM, en tanto ésta acogió plenamente el Proyecto.

los asientos registrales, carácter documental público de sus asientos, oponibilidad o eficacia de sus datos y cognoscibilidad general; a su vez, los «registros de información administrativa» constituyen archivos o colecciones de datos, generalmente de uso interno de la administración, con efectos estadísticos, fiscales, etc. (18).

Es decir, todo «registro de seguridad jurídica» se distingue por su publicidad y eficacia sustantiva, es decir, por la oponibilidad de las situaciones jurídicas que publicita, la legitimación de sus datos y la tutela del tercero registral (19).

## 1. El Registro Mobiliario de Contratos y los Registros Jurídicos de Bienes

De acuerdo al «principio de especialidad», regulado actualmente en el numeral IV del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (TUO RGRP), «por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquéllas, así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno (...). Excepcionalmente, podrán establecerse otros elementos que determinen la apertura de una partida registral».

Históricamente, este principio plasmado en normas anteriores similares dio sustento a la apertura de partidas registrales en función a «criterios» distintos al sistema dual imperante «folio real-folio personal»; así, se crearon progresivamente registros de contratos de garantía de bienes muebles no registrados, denominados sistemas de «folio causal», tales como el Registro de Prenda Industrial, de Prenda Agrícola, de Prenda Global y Flotante, etc., los mismos que constituían un *tertius genus;* en ese sentido, el artículo 6 del TUO RGRP establece que la partida registral, en tanto unidad de registro, se conforma por los asientos de inscripción, los mismos que se organizan «sobre la base de la determinación del bien o de la persona susceptible de inscripción; y, excepcionalmente, en función de otro elemento previsto en disposiciones especiales».

Asimismo, considerando el valor económico particular de algunos bienes muebles se crearon progresivamente registros mobiliarios determinados en

(18) Leyva, J. A., «Planteamiento General de los Registros Públicos y su división en Registros Administrativos y Registros Jurídicos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, núm. 591, marzo-abril de 1989, pág. 298.

(19) Chico y Ortiz, José María, *Estudios de Derecho Hipotecario,* Madrid, Marcial Pons, tomo I, 1994. El autor distingue entre registros que generan «publicidad efecto» y «publicidad noticia».

base a leyes especiales; así, el Registro de Propiedad Vehicular; en este caso se trata, propiamente, de un Registro Jurídico de Bienes.

En esa línea, el literal *d)* del artículo 2 de la Ley 26366, «Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos», luego de su modificación por la LGM, señala que el «Registro de Bienes Muebles» unifica a los siguientes registros: «el Registro de Bienes Muebles, el Registro de Propiedad Vehicular, el Registro de Naves y Aeronaves, el Registro de Embarcaciones Pesqueras y Buques, y el Registro Mobiliario de Contratos».

### A) *Registro Mobiliario de Contratos*

Tratándose de bienes muebles no registrados, como queda dicho, desde antes de la dación de la LGM han existido Registros que operaban bajo el «sistema de folio causal», es decir, organizados en función a los contratos de garantía de determinados bienes, tales como el Registro de Prenda Industrial, Prenda Agrícola, Prenda Global y Flotante, etc.

La LGM, a efectos de centralizar la información respecto de los bienes no registrados gravados con garantía mobiliaria, crea el «Registro Mobiliario de Contratos» —cuya administración, regulación y supervisión corresponderá a la SUNARP—, donde se inscribirán todos los actos establecidos en la Ley y que recaigan, se reitera sobre bienes muebles no registrados en alguno de los Registros Jurídicos de Bienes existentes (art. 42).

En ese sentido, el «Registro Mobiliario de Contratos» supone la unificación de la información contenida en todos los registros de garantía existentes que recaen sobre bienes no registrados (prendas especiales), por lo que la Tercera Disposición Transitoria establece que, una vez aprobada la LGM, «la SUNARP dispondrá el traslado electrónico de las prendas especiales ya existentes al Registro Mobiliario de Contratos», precisando que las mismas «conservarán plenamente su validez y eficacia, en los mismos términos mediante los cuales fueron constituidas» y que la inscripción de modificaciones o ampliaciones de estas garantías se efectuará conforme a Ley.

Así, cuando los actos inscribibles recaigan sobre bienes muebles no registrados en un Registro Jurídico de Bienes, se inscribirán en el «Registro Mobiliario de Contratos».

Tratándose de la afectación de bienes muebles futuros, los mismos serán inscritos en el «Registro Mobiliario de Contratos» y permanecerán allí luego de que dejen de serlo, salvo se trate de bienes muebles ciertos registrables en un algún Registro Jurídico de Bienes, en cuyo caso corresponderá el traslado de sus asientos (art. 32).

En cuanto al acceso a la información contenida en el Registro Mobiliario de Contratos, el artículo 45 de la LGM señala que la SUNARP deberá faci-

litar el acceso remoto a esta información a todas las persona «por medio de conexión de Internet y por cualesquiera otros métodos que las regulaciones establezcan, para la lectura y copiado de las inscripciones de las garantías mobiliarias u otros actos inscribibles que se encuentren allí inscritos», asimismo, establecerá «los mecanismos electrónicos que permitan brindar publicidad certificada de los asientos del Registro Mobiliario de Contratos, así como los certificados que se emitirán para tal efecto».

### B) *Registros Jurídicos de Bienes*

Respecto de los bienes muebles registrados, la LGM no modifica en esencia los Registros que las contienen, pues éstos seguirán funcionando bajo el sistema de folio real (en función a los bienes); así, el Registro de Propiedad Vehicular, Registro de Bienes Muebles, etc.

En virtud de la Quinta Disposición Final de la LGM, el Registro de Naves y Aeronaves, el Registro de Embarcaciones Pesqueras y Registro de Buques, que actualmente forman parte del denominado «Registro de Propiedad Inmueble», pasarán a formar parte del «Registro de Bienes Muebles» —que comprende además al Registro de Bienes Muebles, de Propiedad Vehicular y Mobiliario de Contratos—, a que se refiere el literal *d)* del artículo 2 de la Ley 26366, modificándose al efecto.

En ese orden, debe decirse que cuando los actos inscribibles establecidos en la LGM recaigan sobre bienes muebles registrados en algún Registro Jurídico de Bienes, éstos se inscribirán en la correspondiente partida del Registro.

## 2. Temas registrales varios

La LGM trata, además, una serie de tópicos registrales de indudable importancia, tales como los actos y documentos inscribibles, calificación, asiento registral electrónico y prioridad; regulación especial que se justifica en tanto exista alguna diferencia respecto del marco general establecido en el Código Civil y los reglamentos vigentes, que resultan aplicables de manera supletoria.

### A) *Actos inscribibles*

La necesidad de certeza requerida para la consolidación de relaciones jurídicas implica una investigación previa de las situaciones jurídicas registrales existentes, tarea que para los particulares resulta compleja y onerosa, por lo que es el Estado el llamado a asumir tal labor garantizando la auten-

ticidad de los datos registrales, para lo cual se requiere «control» o calificación y «selección», es decir, sólo las situaciones que «afectan» a terceros deberán acceder al Registro (20).

En el presente caso, el artículo 32 de la LGM establece que son inscribibles —en el Registro Mobiliario de Contratos o en el Registro Jurídico de Bienes, según corresponda—, la garantía mobiliaria y los actos relativos a su eficacia, modificación o eventual cesión [1], asimismo, las resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas referidas a la misma [2].

De otro lado, el numeral 3 del referido dispositivo señala que también son inscribibles los demás actos jurídicos, cualquiera que sea su forma, denominación o naturaleza, destinados a afectar bienes muebles o derechos, incluyendo la cesión de derechos, fideicomisos, arrendamientos, arrendamiento financiero, contratos de consignación, medidas cautelares, contratos preparatorios, contratos de opción y otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles.

### B) *Documentos inscribibles*

Como regla general, el artículo 2.010 del Código Civil establece que: «La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria»; siendo «título» para efectos de su inscripción aquel «documento o documentos en que se fundamenta inmediata y directamente el derecho o acto inscribible y que, por sí solos, acrediten fehaciente e indubitablemente su existencia» y aquellos «documentos que no fundamentan de manera inmediata y directa la inscripción, pero que de manera complementaria coadyuvan a que ésta se realice» (art. 7 TUO RGRP).

El artículo 34 de la LGM constituye una excepción a la regla general anterior al establecer que, para la inscripción de los actos tiene mérito suficiente el «formulario de inscripción» aprobado por la SUNARP y suscrito por los otorgantes del acto (21), el mismo que tiene el carácter de «declaración jurada» y debe estar certificado por un notario público en duplicado (uno para el notario —«quien lo guardará y custodiará, pudiendo expedir traslados del mismo con valor legal»—, y el otro para el archivo registral).

---

(20) PAU PEDRÓN, Antonio, *Curso de Práctica Registral,* Madrid-Universidad Pontificia Comillas, 1995, pág. 17.

(21) Conforme al artículo 35 de la LGM, «el formulario de inscripción podrá extenderse en medios electrónicos en cuyo caso su suscripción y certificación también se realizará empleando estos medios. La SUNARP autorizará progresivamente la utilización de estos medios electrónicos. En este caso, la presentación del Formulario de Inscripción al Registro se realizará mediante su transmisión electrónica. La SUNARP determinará las modalidades de suscripción y certificación electrónica a emplearse, así como los canales idóneos de transmisión».

Respecto a los alcances de la certificación, este último dispositivo precisa que la misma «no supone la evaluación de la legalidad ni de la validez de la garantía o del acto inscribible»; asimismo, que en la certificación el notario debe verificar, bajo responsabilidad, «la identidad y capacidad de los suscriptores»; tratándose de garantías mobiliarias, verificará además, que «el Formulario de Inscripción esté completo, cumpliendo con todos los requisitos señalados en el artículo 19 (contenido del acto constitutivo); en el caso de los demás actos inscribibles, verificará el cumplimiento de los requisitos que la SUNARP establezca.

Una vez cancelada la obligación garantizada, conforme al artículo 41, el constituyente tiene derecho a exigir al acreedor la suscripción del «formulario de cancelación»; en caso de negativa del segundo, transcurrido diez días siguientes a la extinción de la obligación, podrá recurrir al mecanismo pactado o en su defecto, al Juez vía proceso sumarísimo.

### C) *Calificación registral*

La calificación registral puede definirse como «el control de legalidad de los documentos inscribibles» (22).

Los alcances de la calificación vienen dados por la Ley y los reglamentos registrales; así el artículo 2.011 del Código Civil establece en su primer párrafo que, «Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos»; función que incluye «la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho (...)» (párrafo 3, art. V, TP TUO RGRP) (23).

Tratándose de bienes muebles no registrados, los que por su naturaleza carecen de antecedentes registrales, el artículo 36 de la LGM establece que la calificación de legalidad, así como la validez del acto y la capacidad de los otorgantes «se limitará únicamente a lo que se desprenda del contenido del Formulario de Inscripción y su certificación notarial (...)», no pudiendo solicitarse «la presentación del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria o generador del acto inscribible. Tampoco (...) la presentación de los documentos que certifiquen el pago de tributos (...)».

---

(22) Pau Pedrón, Antonio, *Elementos de Derecho Hipotecario,* Madrid-Universidad Pontificia Comillas, 2003, pág. 103.

(23) Véase el artículo 33 TUO RGRP, que establece limitaciones a la función de calificación registral sustentadas en la necesidad de predictibilidad y uniformidad en las decisiones registrales, sea en primera como en segunda instancia.

En el caso de bienes muebles registrados, el Registrador verificará adicionalmente la «adecuación del contenido del Formulario de Inscripción con los antecedentes registrales, el cumplimiento del tracto sucesivo y la inexistencia de obstáculos que emanen de la partida»; siendo que, si para efectos de subsanar las observaciones se presentara el acto jurídico constitutivo de la garantía o generador del acto inscribible, la calificación deberá limitarse «únicamente a lo que sea necesario para adecuar el Formulario con el antecedente registral o completar el tracto sucesivo».

A efectos de salvaguardar la prioridad y oponibilidad de los títulos referidos a las garantías mobiliarias, la LGM establece el mecanismo de las anotaciones preventivas; así, en los casos en los que el acto inscribible «adolece de falta de tracto sucesivo u otro defecto subsanable», no podrá formularse observación, sino que deberá extenderse la correspondiente anotación preventiva, cuya vigencia es de noventa días útiles; siendo que, si el defecto se subsana dentro de ese plazo corresponderá la inscripción del acto de manera definitiva, inscripción que «surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de la anotación, salvo disposición distinta» (art. 68 TUO RGRP); en caso contrario, la anotación preventiva caducará de pleno derecho.

Respecto de aquellos formularios que contienen «más de un acto inscribible o se refiera a más de un bien mueble» y exista falta de tracto sucesivo u otro defecto subsanable en alguno de ellos, el Registrador procederá a extender los asientos de anotación preventiva e inscribir simultáneamente los demás actos que no presenten defecto alguno; regulación que resulta de gran importancia y que rompe con el procedimiento registral ordinario, en cuya virtud el defecto de uno de los actos inscribibles afecta a los demás.

Sobre el plazo para la calificación, se indica que el Registrador debe «calificar el formulario en un plazo no mayor a los tres (3) días hábiles, contados a partir de su ingreso al Registro»; fórmula que reduce el plazo general establecido en el artículo 25 TUO RGRP, que señala que debe hacerse dentro de «los siete primeros días».

### D) *El asiento registral electrónico*

Una de las notas fundamentales de los denominados registros de seguridad jurídica es el «carácter documental público de sus asientos»; por lo que, en nuestro sistema el asiento registral es más que un simple «resumen» del título, al determinar la nueva situación jurídica registral derivada del título; siendo que la mención en el artículo 50 TUO RGRP que todo asiento de inscripción «contendrá un resumen del acto o derecho materia de inscripción» no se refiere a los efectos del mismo, sólo a los datos mínimos a incluirse, conforme se apreciará del párrafo siguiente.

El TUO RGRP opta por la prevalencia del asiento registral sobre el título archivado, tal como puede apreciarse de su Título Preliminar, como explicaremos posteriormente.

En ese orden, el artículo 33 de la LGM señala que el asiento registral electrónico debe contener cuando menos la siguiente información: en cuanto al deudor, el constituyente y el acreedor, sus nombres o razones sociales, documentos oficiales de identidad y domicilios; respecto del bien, su descripción conforme al acto constitutivo, su valor —acordado por las partes o fijado por un tercero—, si estuviese registrado, los datos de su inscripción y si no «la declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble afectado en garantía mobiliaria»; respecto del depositario, su nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio; sobre la ejecución, su forma y condiciones; respecto del gravamen, su monto, que puede ser determinado o determinable; la fecha cierta del acto jurídico constitutivo de la garantía; el plazo de vigencia de la garantía (24); en cuanto al representante, su nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio.

### E) *Prioridad registral*

Un concepto que resulta fundamental en la resolución de la confrontación de derechos es el de «prioridad registral», pues el conflicto se resuelve mediante la intervención del Registro que asigna un orden a cada uno de éstos en función al momento de su presentación al diario registral; así, quien primero inscribe será quien logre protección del ordenamiento, al oponer su derecho de una mejor manera a los demás.

La determinación de la prioridad en este caso —como se reconoce en la doctrina—, no es sólo una cuestión de oportunidad («teoría de las carreras»), sino que obedece a la naturaleza o esencia de los derechos reales (cuya oponibilidad es *erga omnes),* que al recaer sobre un mismo bien precisa de un orden, sea con carácter excluyente o preferente (25).

---

(24) Artículo 41 LGM: «La inscripción en el Registro correspondiente tiene vigencia por el plazo consignado en el formulario de inscripción. Se cancelará el asiento electrónico de los actos inscribibles cuando: 1. Lo disponga una resolución judicial. 2. Haya transcurrido el plazo de la vigencia de la garantía mobiliaria, salvo renovación solicitada por el acreedor garantizado antes de la fecha de vencimiento. 3. Cuando así lo solicite expresamente el acreedor garantizado. En el caso del inciso 2, se procederá a la cancelación por la sola verificación del transcurso del plazo de la vigencia de la garantía mobiliaria u otro acto inscribible».

(25) Amorós Guardiola, Manuel, *La teoría de la publicidad registral y su evolución* (discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción pública como académico de número, y contestación de Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Madrid - Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998. El autor, refiriéndose a los derechos reales, señala en una de sus notas a pie de página que «la absolutividad o eficacia *erga omnes*

El principio de prioridad es definido en la doctrina como aquél en cuya virtud «(...) los títulos o derechos que acceden al registro prevalecen en caso de conflicto frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a las fechas de presentación en el libro diario» (26).

En el ámbito legislativo nacional, la prioridad registral se encuentra regulada en los artículos 2.016 y 2.017 del Código Civil; así el artículo 2.016 dispone que «la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro», y el artículo 2.017, que «no puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior». Igualmente, el TUO RGRP señala en su artículo IX del Título Preliminar que «los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de éstos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación», y en su artículo X, «no puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha».

De acuerdo a lo anterior, la manera ordinaria de obtener prioridad registral será a través de la inscripción del título en el Registro (inscripción que se retrotrae a la fecha de extensión del asiento de presentación); en ese sentido, la fecha de creación o tradición del derecho real resultan irrelevantes para los terceros, al desenvolverse en la clandestinidad, extrarregistralmente.

Por su parte, el artículo 37 de la LGM señala que los efectos de la inscripción «se retrotraen a la fecha y hora en que se haya ingresado el Formulario correspondiente al Registro», es decir, desde la fecha de extensión del asiento de presentación, momento a partir del cual tal inscripción goza de oponibilidad frente a terceros.

## 3. La Publicidad Registral y el sistema integrado de garantías y contratos sobre bienes muebles

### A) *Publicidad Registral*

En doctrina se define a la publicidad registral como la «exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general *erga omnes* y con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada» (27).

---

de estos derechos justifica la necesidad de su publicidad como medio técnico para conseguir esa eficacia oponible», pág. 27.

(26) García García, José M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario,* Madrid, Editorial Civitas, S. A., T. II, 1993, pág. 552.

(27) García García, José, *op. cit.,* T. I, pág. 41.

Tal exteriorización de situaciones jurídicas tiene como fin producir cognoscibilidad general; es decir, la publicidad registral busca generar posibilidad de conocimiento del dato registral, antes que un efectivo conocimiento del mismo; así, la publicidad despliega sus efectos sustantivos de manera inmediata, independientemente si los terceros han conocido efectivamente o no el contenido registral.

Cabe advertir que el objeto de la publicidad está constituido por los derechos y situaciones jurídicas oponibles a terceros (28) que se derivan de los documentos que conforman el título; es decir, no interesa tanto el acto en sí mismo sino la certeza de la existencia de efectos y su permanencia en el tiempo, es decir, las situaciones jurídicas resultantes.

Así, el Registro se presenta como proclamación oficial de situaciones jurídicas a cargo de un órgano especializado creado y organizado por el Estado, que brinda a los terceros la necesaria certeza requerida para la consolidación de las diferentes relaciones jurídicas.

Sobre esta materia, el artículo 38 de la LGM establece que: «La inscripción en el Registro correspondiente se presume conocida, sin admitirse prueba en contrario», lo que concuerda con el artículo 2.012 del Código Civil («se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones»); redacción que, sin embargo, no se condice con la cognoscibilidad general propia de los registros de seguridad jurídica, pues presumir *iure et de iure,* el conocimiento del contenido registral resulta innecesario.

En ese sentido será suficiente la posibilidad de conocimiento, complementado con la efectiva puesta a disposición del contenido registral a los interesados, para que lo publicado sea oponible de manera plena, independientemente de si el favorecido o perjudicado conoce o no de su existencia o contenido; tal como lo expresa el segundo párrafo del artículo V del título preliminar TUO RGRP: «El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo».

Si existiese discrepancia entre el acto jurídico inscribible y la información en el asiento electrónico, el artículo 40 de la LGM dispone que «prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último (...)»; regulación que resulta concordante con la posición adoptada por el TUO RGRP que otorga primacía al asiento sobre el título archivado; en ese sentido, tratándose de los alcances de la calificación registral, el artículo V establece que la misma se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente a aquél y «complementariamente, de los anteceden-

(28) PAU PEDRÓN, Antonio, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad* (discurso leído el día 15 de enero de 2001 en su recepción pública como académico de número, y contestación de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, pág. 35.

tes que obran en el Registro»; asimismo, en materia de legitimación registral, el artículo VII dispone que «los asientos registrales se presumen exactos y válidos»; de otro lado, respecto de la fe pública registral, el artículo VIII señala que «la inexactitud de los asientos registrales (...) del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquellos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales»; adicionalmente, en materia de rectificación, el artículo 86 TUO RGRP señala que ella «surtirá efecto desde la fecha de la presentación del título que contiene la solicitud respectiva, en los casos de rectificación de oficio surtirá efecto desde la fecha en que se realice», entre otros (29).

B) *Sistema integrado de garantías y contratos sobre bienes muebles*

Como es conocido, la «publicidad formal» se refiere a los medios legales dispuestos para conocer efectivamente los datos registrales, los mismos que en virtud de la «publicidad material» resultan oponibles automáticamente al presumirse *iure et de iure* su conocimiento (art. 2.012 del Código Civil).

El artículo II del Título Preliminar del TUO RGRP señala que «el Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo registral. El personal responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral, salvo las prohibiciones expresas establecidas en los Reglamentos del Registro».

Desarrollando lo anterior, el artículo 127 del mismo Reglamento dispone que «toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa y obtener del Registro, previo pago de las tasas registrales correspondientes: *a)* La manifestación de las partidas registrales o exhibición de los títulos que conforman el archivo registral o que se encuentran en trámite de inscripción; *b)* La expedición de los certificados literales de las inscripciones, anotaciones, cancelaciones y copias literales de los documentos que hayan servido para extender los mismos y que obran en el archivo registral; *c)* La expedición de certificados compendiosos que acrediten la existencia o vigencia de determinadas inscripciones o anotaciones, así como aquéllos que determinen la inexistencia de los mismos; *d)* La información y certificación del contenido de los datos de los índices y del contenido de los asientos de presentación».

(29) ALIAGA HUARIPATA, Luis, «La publicidad registral y sus alcances: ¿hasta dónde se extiende la publicidad regulada en el artículo 2.012 del Código Civil?», en *Diálogo con la Jurisprudencia,* Lima - Gaceta Jurídica, S. A., año 7, núm. 36, septiembre de 2001.

A este efecto, el acceso a la publicidad en nuestro ordenamiento es esencialmente irrestricto, tanto por el número de sujetos legitimados como por la amplitud de lo que puede conocerse, teniéndose como único requisito el previo pago de los derechos registrales. En efecto, toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información registral que desee, previo pago de las tasas registrales correspondientes.

En la «Exposición de Motivos Oficial del Libro IX del Código Civil», a fin de sustentar la necesidad de la regulación de la «publicidad formal», se argumenta que el artículo 2.012 sólo «encierra (...) un aspecto parcial de la publicidad», al establecer este dispositivo una ficción legal cuya aplicación aislada sin otorgar la posibilidad efectiva de acceso al Registro «implicaría un grave problema, referido al hecho de que las personas no puedan materialmente conocer aquello que la ley presume de su conocimiento» (30).

En ese orden, el artículo 44 de la LGM crea el «sistema integrado de garantías y contratos sobre bienes muebles», el mismo que instrumentará el acceso a los asientos electrónicos referentes a garantías mobiliarias en función a la persona (índices), sea en el «Registro Mobiliario de Contratos» como en todos los diferentes «Registros Jurídicos de Bienes».

*RESUMEN*

*BIENES MUEBLES*

*La promulgación de la «Ley de la Garantía Mobiliaria», Ley número 28677 (LGM), publicada en el diario oficial «El Peruano» el 1-3-2006 y que entrará en vigencia próximamente, constituye un acontecimiento trascendental en el Perú, que busca facilitar el acceso al crédito —piedra angular de la economía—, mediante la creación de un sistema único de garantía mobiliaria, integrando a todos los tipos de prendas existentes, que uniformiza su regulación en materia de constitución, publicidad, prelación y ejecución.*

*Esta ley unifica y simplifica la regulación de las prendas existentes, instaurando un régimen legal único, incorporando al tráfico jurídico todo tipo de*

*ABSTRACT*

*PERSONAL PROPERTY*

*The enactment of Law number 28677 on Chattel Mortgages (known by its Spanish initials as «the LGM»), which was published in the official journal on 1 March 2006 and will soon take effect, is an extremely significant event for Peru. It seeks to facilitate access to that keystone of the economy, credit, by creating a single chattel mortgage system that embraces all existing types of pledges and uniform regulation on the matters of chattel mortgage creation, disclosure, priority and foreclosure.*

*This law unifies and simplifies the regulations on existing pledges by instituting a single system of laws that makes all kinds of chattel goods valid for use in transactions by rendering them mortga-*

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

*bienes muebles, al hacerlas susceptibles de afectarse con garantía mobiliaria, sean bienes registrados o no registrados, tangibles o intangibles, genéricos o específicos, fungibles, presentes o futuros (vehículos, construcciones temporales, saldo de cuentas bancarias, participaciones, acciones, etc.); ampliándose así el universo de deudores y consecuentemente, de acreedores garantizados.*

*Asimismo, se crea el «Registro Mobiliario de Contratos» en el que se inscribirán las garantías que recaigan sobre bienes muebles no registrados; unificándose así los registros de contratos existentes (prenda industrial, prenda agraria, prenda global y flotante, etc.), pero manteniéndose los Registros Jurídicos de Bienes existentes (Registro de Bienes Muebles, de Propiedad Vehicular, al que se incorporarán el de Naves y Aeronaves, de Embarcaciones Pesqueras y Buques); en esa misma línea, se crea el «Sistema Integrado de Garantías y Contratos sobre Bienes Muebles», que vinculará la información contenida en el Registro Mobiliario de Contratos con los Registros Jurídicos de Bienes existentes, que permitirá su acceso remoto en función al constituyente y se aprueba el uso de «formularios registrales» como documento inscribible, estableciéndose una calificación atenuada de los mismos.*

*geable, whether the goods are registered or unregistered, tangible or intangible, generic or specific, consumable, present or future (vehicles, temporary buildings, bank balances, shares, etc.). Thus the law expands the universe of borrowers and consequently the universe of secured lenders.*

*The law also creates the Chattel Contract Registry, in which entries will be made of guarantees under which unregistered chattel goods are posted as collateral. This will unify the existing contract registries (dealing with pledges of industrial equipment, pledges of agricultural materials or land, comprehensive pledges of variable collateral, etc.); the existing legal registries of property, however (Registry of Chattel Goods, of Vehicle Ownership, in which the Vessel and Aircraft, Fishing Boat and Ship Registry will be incorporated), will be maintained. Acting along these same lines, the law also creates the «Integrated System of Chattel Mortgages and Contracts», which will link the information held in the Chattel Contract Registry with the existing registries of property, to allow remote access depending on the creator, and it approves the use of «registration forms» as registrable documents which receive a shorter form of scrutiny.*

*(Trabajo recibido el 22-3-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# Las fuentes del Derecho en Nicaragua

por

DOCTOR IVÁN ESCOBAR FORNOS

*Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua*

*SUMARIO*

I. DE LAS FUENTES EN GENERAL:

1. Concepto de fuentes del Derecho y su clasificación.
2. Fuentes materiales y formales.
3. Importancia del estudio de las fuentes.
4. Nuestras fuentes constitucionales y legales.

II. LA COSTUMBRE:

1. Concepto de costumbre.
2. Elementos de la costumbre.
3. Evolución histórica de la costumbre.
4. Características de la costumbre. Sus diferencias con la ley.
5. Valor de la costumbre en algunas ramas del Derecho.
6. Clasificación de la costumbre.
7. Ventajas y desventajas de la costumbre.
8. La costumbre en nuestro Derecho.
9. Prueba de la costumbre.

III. LA DOCTRINA:

1. Concepto de la doctrina.
2. Desarrollo e importancia de la doctrina.
3. La doctrina en el sistema del Common Law.
4. La doctrina jurídica en el sistema socialista.
5. La doctrina en nuestro sistema.

IV. LA JURISPRUDENCIA:

1. Concepto de jurisprudencia.
2. La jurisprudencia: ¿Crea o declara el Derecho?
3. Desarrollo e importancia de la Jurisprudencia.
4. Unificación de la jurisprudencia. Su valor.
5. La jurisprudencia en el sistema del Common Law.
6. Repertorios de jurisprudencia.
7. La jurisprudencia en los países socialistas.

V. LA LEY:

1. Concepto de la Ley.
2. Elementos de la ley.
3. Clasificación de la Ley.
4. Debilitamiento de la Ley.
5. Codificación, descodificación y recodificación.
6. Sistemas de codificación.

## I. DE LAS FUENTES EN GENERAL

### 1. Concepto de fuentes del Derecho. Su clasificación

El estudio de las fuentes del Derecho es muy amplio y se refiere a la formación, poderes que intervienen, surgimiento, expresión, validez, jerarquía y aplicación del Derecho. Además existen muchas clasificaciones y acepciones.

En un principio el tema de las fuentes era exclusivo del Derecho Civil, pero con el avance del constitucionalismo, principalmente cuando la Constitución se convirtió en norma jurídica directamente aplicable, pasa al Derecho Constitucional, que lo regula en la Constitución y lo comparte con el Derecho Civil. Su estudio es de trascendental importancia y consecuencias para el Derecho y el sistema jurídico de cada país. En los últimos tiempos ha sufrido cambios importantes reflejados principalmente en la Constitución y en las leyes, los cuales se manifiestan en los procedimientos de creación normativa, la ampliación de las autoridades con competencia para ello, los tipos de normas (generales, duras, especiales, temporales, constitucionales, *ad hoc,* etc.), la jerarquía de las normas y tratados internacionales, los criterios para determinar la jerarquía de las normas y su aplicación (jerarquía, competencia, reglas sobre vigencia), el concepto de ley, su contenido y validez, las fuentes materiales y formales, su enumeración y preferencias, el carácter superior y condicionante de la Constitución, sobre todo el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, Jerónimo Betegón y otros explican las principales clasificaciones:

#### a) *Fuentes-actos y fuentes de hecho*

Son fuentes-actos aquellas que son creadas para ser observadas especialmente por sus destinatarios; por el contrario, la fuente de hecho produce la norma con base a tipos de comportamiento preexistentes. Son fuentes-actos la Constitución, la ley, el reglamento y las disposiciones que remiten a la aplicación de normas existentes en otros ordenamientos jurídicos (las normas

de conflicto del Derecho Internacional Privado). Entre las fuentes de hechos encontramos la costumbre y el precedente judicial, el estado de necesidad en Derecho Penal. En los Estados modernos, en los cuales existe el monopolio estatal de la producción jurídica, casi todas las fuentes son fuentes-actos.

b) *Fuentes escritas y no escritas*

Se fundamentan en el hecho de estar o no escritas las normas. Son fuentes escritas la Constitución, la ley y el reglamento. Es fuente no escrita la costumbre. Explican que se quiere incluir a los principios jurídicos implícitos, pero observa que en realidad son normas y no fuentes de producción del Derecho.

c) *Fuentes legales y fuentes extraordinem*

Fuentes legales son aquellas que están reguladas por el ordenamiento jurídico y de ellas se derivan las normas jurídicas y su validez.

Las fuentes extraordinem son fuentes materiales fuera del ordenamiento jurídico, fuentes de hecho. Por ejemplo, la costumbre, la Constitución originaria o fundacional.

d) *Las fuentes según su fuerza jurídica*

Las consideran como las más importantes por su mayor o menor capacidad para incidir en el sistema jurídico, al ordenar el Derecho en forma jerárquica. De acuerdo a esta clasificación, las fuentes tienen al menos cuatro grados jerárquicos: fuentes constitucionales, fuentes primarias, fuentes secundarias y fuentes terciarias:

i) Las fuentes constitucionales son las superiores y no pueden ser contradichas por ninguna otra fuente; no obstante la Constitución puede ser reformada, pero existen cláusulas de intangibilidad que se colocan en un grado jerárquico superior al de las fuentes constitucionales. Estas cláusulas pueden ser explícitas o implícitas. Consideran que la modificación de las implícitas significaría un trastrocamiento de la Constitución material, pero reconocen que estas cláusulas de intangibilidad tienen un valor político más que jurídico, ya que ningún régimen constitucional puede considerarse absolutamente inmodificable.

ii) Fuentes primarias son las inmediatamente inferiores a la Constitución. Ejemplo, la ley y todas las fuentes que la Constitución atribuye fuerza o rango de ley. Estas fuentes solamente someten su validez a lo establecido en las fuentes constitucionales.

iii) Fuentes secundarias. Estas fuentes jerárquicamente están sometidas a la Constitución y a las fuentes primarias. Por ejemplo, los reglamentos del Ejecutivo.

iv) Las fuentes terciarias están subordinadas a las fuentes constitucionales, a las primarias y a las secundarias. Ejemplo, la costumbre *praetem legem* (1).

El estudio, pues, es complejo y se presta a confusiones por las diferentes acepciones y clasificaciones (2). Veamos algunas acepciones y otras clasificaciones:

*a)* La fuente como estudio histórico.
La fuente del Derecho como estudio histórico de documentos que reflejan lo que fue el Derecho en determinadas épocas históricas, materia de la Historia del Derecho. Por ejemplo: el estudio de Código de Hammurabi, de la Ley de las XII Tablas, de las Siete Partidas, de la Novísima Recopilación, del Fuero Real, de las Leyes de Estilo y del Fuero Juzgo, de las Instituciones de Gayo, del Digesto. Todas ellas son fuentes del Derecho de Babilonia, España y Roma.

*b)* La fuente determinada por la autoridad o poder creador del Derecho. Por ejemplo, el Poder Constituyente originario es la fuente de la Constitución; el Poder Constituyente derivado es el que hace la reforma a la Constitución; el Poder Legislativo es la que hace la ley; el Poder Ejecutivo es quien hace el reglamento, etc.

*c)* La fuente como objeto de inspiración. Son aquellos Códigos o leyes que han servido de inspiración a la legislación. Por ejemplo, el Código Civil francés y el Código Civil chileno, entre otros, han servido de inspiración al Código Civil de Nicaragua. El Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil alemán de 1900 han servido de modelo de otros Códigos. El Código de Procedimiento italiano de 1942 inspiró a otros.
El primer código que se aprueba en el país es el Código Penal de Nicaragua, de 2 de julio de 1839. Pero la verdadera codificación

(1) *Lecciones de Teoría del Derecho,* McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 214 y sigs.
(2) Julio CUETA RÚA opina que la equivocidad del concepto de fuente del Derecho y la división en fuentes formales y materiales convierte a este tema en uno de los más complejos de la Teoría General del Derecho *(Fuentes del Derecho,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1994, pág. 13 y sigs.).

principia a finales de la década de los sesenta del siglo XIX, bajo el gobierno oligárquico y conservador de los Treinta Años.

El 25 de enero de 1867 se dicta el primer Código Civil y el 16 de junio de 1877 el Reglamento del Registro Conservatorio. Posteriormente se dicta el Código de Comercio, de 22 de marzo de 1869, teniendo como modelo el Código de Comercio español de 1829. Después se dictan los Códigos Penales de 29 de marzo de 1879 y de 8 de diciembre de 1891, y el Código de Instrucción Criminal, de 29 de marzo de 1879. También se dictaron el Código de Procedimientos Civiles, de 22 de mayo de 1871, y el Código de Fórmulas Civiles, de 18 de marzo de 1875. Por Decreto del Poder Ejecutivo, de 25 de octubre de 1880, se aprueba el Reglamento de Policía.

La Constitución Norteamérica de 1789 sirvió de modelo a muchas constituciones de América y a algunas de Europa. La Constitución Federal de Centroamérica de 1824 fue inspirada en la Constitución norteamericana.

Esta acepción nos lleva a la investigación dentro del Derecho Comparado, tan útil para el avance del Derecho.

*d)* Fuentes escritas y consuetudinarias.

El estudio de las fuentes del Derecho nos permite determinar si estamos ante un sistema de leyes escritas o ante un sistema fundado en la costumbre y la jurisprudencia, como en el Derecho inglés, o un sistema mixto de leyes escritas y costumbres.

*e)* Fuentes originarias y derivadas. Esta distinción se fundamenta en el hecho de si la norma se apoya o no en una anterior.

Son fuentes originarias las costumbres que surgen espontáneamente, la justicia, la equidad y la revolución.

Son fuentes derivadas la ley y la jurisprudencia.

*f)* Fuentes de producción y fuentes de validez. La fuente de producción o fuente material de una regla es aquélla que origina o crea el contenido de la regla del Derecho.

Las fuentes de producción y las fuentes de validez, generalmente, operan juntas.

Por ejemplo, la obligación fiscal, cuyo contenido nace de la ley, y a su vez esta misma le concede validez para poder ser obligatoria. Se pueden detectar algunos casos, muy excepcionales, en que ambas fuentes de validez y de producción se presentan deslindadas. Por ejemplo, el artículo 2.961 del Código Civil (3) establece que no será necesario el desahucio si en el contrato se ha

(3) También los artículos 2.903 y 2.905 y otros le conceden validez normativa a la costumbre.

fijado tiempo para la duración del arriendo o si la duración es determinada por el servicio especial a que se destinó la cosa arrendada o por la costumbre. En este caso la costumbre es la fuente de producción del contenido del Derecho, es la que señala el plazo del contrato. El artículo citado del Código Civil es la ley que le concede validez a la costumbre, pues sin la existencia de ese reconocimiento legal no podría aplicarse la costumbre para este supuesto (4).

Son fundamentales las reglas o disposiciones del orden jurídico que establecen y definen las fuentes de validez del sistema de cada país.

HART (5) las denomina reglas de reconocimiento, porque contienen directrices para buscar las normas jurídicas válidas a fin de resolver el conflicto. No contienen obligaciones, derechos o deberes materiales.

En cada sistema jurídico existen reglas de reconocimiento fundamentales establecidas en la Constitución para determinar la autoridad, órgano o poder competente para dictar reglas de conducta: la ley (el legislativo), la costumbre (la comunidad) y la jurisprudencia (los jueces y tribunales).

## 2. FUENTES MATERIALES Y FORMALES

Esta es la clasificación que más nos interesa por tener aceptación mayoritaria, aunque ha recibido críticas como ya lo expresamos.

Son fuentes materiales aquellos factores y elementos que determinan el contenido de las normas, tales como las necesidades culturales, económicas, sociales, gremiales, políticas, que el legislador recoge para convertirlas en Derecho, quien también, a través de sus sentimientos y percepciones, aporta su parte en esta creatividad.

Para nadie es un secreto que son muchos los sujetos que intervienen en la creación del Derecho: los partidos políticos, la iglesia, el ejército, los medios de comunicación, los juristas, los colegios profesionales, el capital nacional y extranjero, los organismos internacionales políticos y financieros, las trasnacionales de la globalización que muchas de ellas imponen leyes, principalmente en los países del tercer mundo, muchas de ellas ajenas a nuestras costumbres, cultura y situación económica.

Son fuentes formales aquellas a través de las cuales los poderes, órganos o autoridades investidas para ello, y por los procedimientos correspondientes, producen las normas jurídicas para formar el ordenamiento positivo con el cual se solucionan las situaciones o conflictos jurídicos.

---

(4) Para algunos autores todo del Derecho positivo contractual, consuetudinario, legislativo, jurisprudencia, etc., tiene su origen en la voluntad del Estado, quien es el que reconoce su vigencia al aplicarlo por sus órganos.

(5) H. L. A. HART, *El concepto de Derecho,* Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1995, pág. 125 y sigs.

Estas fuentes, como ya expresamos, obedecen a un procedimiento de creación y validez. Siguiendo la estructura de KELSEN, el fundamento de una norma jurídica está en otra norma jerárquica superior. Una norma es válida cuando ha sido establecida por los órganos competentes y por el procedimiento prescrito por otra norma superior, lo cual le da la validez formal. Pero también la norma debe tener validez material, y para ello deben ajustar su contenido a la norma superior que condiciona su contenido.

Las fuentes formales del Derecho generalmente reconocidas son la ley (6), la costumbre y la jurisprudencia (7). En cuanto a la doctrina existe controversia, pues no la clasifican entre las fuentes formales por no ser una manifestación del Derecho positivo. Pero se reconoce como una fuente material porque inspira a los jueces, legisladores, etc.

## 3. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS FUENTES

Es uno de los temas más importantes de la Teoría General del Derecho y su estudio no puede quedar al margen en la Ciencia Jurídica. Son muchos los mensajes políticos, sociales y económicos que se reflejan en el estudio de esta materia.

Expondremos brevemente algunos de ellos:

*a)* Se puede determinar el poder donde reside la competencia de crear el orden jurídico del país. Por ejemplo, en los Estados-ciudades griegas el pueblo directamente establecía sus leyes y disposiciones, ejerciendo la democracia directa. Por el contrario, en el régimen representativo, el Derecho fundamentalmente es escrito y el poder de crearlo lo tiene el Estado, salvo la costumbre, los cabildos municipales abiertos y los plebiscitos o referéndum para la aprobación o derogación de leyes u ordenanzas.

*b)* El estudio de las fuentes nos puede ayudar a determinar el sistema de gobierno establecido: si es una dictadura, una democracia, un ré-

(6) Los exegetas sostienen que la única fuente del Derecho es la ley, doctrina hoy superada porque existen, entre otras fuentes, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del Derecho.

(7) Para CUETO RÚA las fuentes formales son también materiales y señala como fuentes formales-materiales a la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, las cuatro tradicionales fuentes de la Teoría Jurídica. La jurisprudencia no necesita ser obligatoria para ser fuente formal, pues mientras el órgano judicial superior mantenga una tesis, los jueces y tribunales inferiores se ajustan a ella. Termina proponiendo su concepto: «En síntesis: las fuentes del Derecho son criterios a los que se ocurre en el proceso de creación normativa en búsqueda de objetividad, es decir, en procura de un punto de vista que no sólo sea expresión de la convicción de quien actúa, sino que pueda ser aceptado como propio por la mayoría de los integrantes de un grupo social» *(ob. cit.,* pág. 25 y sigs.).

gimen comunista. En la democracia puede proporcionarnos algunos datos sobre la división de poderes y su equilibrio en sus atribuciones normativas. Así podemos ver ejecutivos con amplias facultades normativas propias o delegadas por el poder legislativo, o asambleas legislativas que controla todo el poder normativo y el Estado, como son los gobiernos asamblearios (8).

El sistema de fuentes tiene un fundamento político que permite la apertura al pluralismo de fuentes, acompañada de un pluralismo político, social y económico. No es un sistema cerrado, como se deduce de las enseñanzas de Kelsen y su teoría pura del Derecho. La creación y validez de la normal la sujeta a una norma anterior que es la norma productora hasta llegar a la parte superior (la Constitución) y a la parte inferior a los actos, contratos, resoluciones judiciales, etc.

*c)* El estudio de las fuentes nos proporciona elementos para encontrar los sistemas de producción de las normas jurídicas y control constitucional de esta normatividad, lo mismo que las clases sociales, grupos de intereses económicos, sociales y políticos que determinan o influyen con efectividad en el proceso y contenido del Derecho y ejercen control social sobre la población.

Los poderes del Estado se controlan entre sí. El Poder Judicial es el que controla a los otros poderes del Estado en sus actos, hechos y normas. Surge así, dentro del Estado constitucional, la justicia constitucional, que comprende el control de la constitucionalidad de las leyes, el amparo, el *habeas corpus,* el *habeas data* y otros procesos constitucionales en manos de salas o tribunales constitucionales, pasando a ser la Constitución una norma jurídica aplicable, superando la etapa en que era considerada un programa político prácticamente sin aplicación. Con esto termina el reinado de la ley ordinaria, que era la norma por excelencia y expresión de la voluntad popular, al aparecer la Constitución como norma superior aplicable.

Surge el Derecho Procesal Constitucional sobre la base del concepto de jurisdicción y la defensa de la Constitución como norma a través de los procesos constitucionales.

---

(8) Expresa Javier PÉREZ ROYO: «Y en este sentido hay que decir que suele ser frecuente en la doctrina afirmar que el estudio del sistema de las fuentes del Derecho es una de las mejores formas de entender el régimen político que se ha impuesto en un país, ya que dicho sistema viene a reflejar, por un lado, las relaciones entre las distintas fuerzas sociales políticamente organizadas que en un momento histórico determinado dan vida a un sistema constitucional, y por otro, el equilibrio entre los distintos órganos dotados de capacidad normativa constitucionalmente reconocidos» *(Las fuentes del Derecho,* Editorial Tecno, Madrid, 1998, pág. 16).

*d)* El estudio de las fuentes sirve para determinar la norma jurídica aplicable a los hechos, actos, contratos, testamentos, convenios, situaciones jurídicas, conflictos administrativos y judiciales.

## 4. Nuestras fuentes constitucionales y legales

La Constitución es fuente de Derecho y establece los órganos que crean las normas jurídicas, los tipos de norma y su jerarquía, aunque no agota todas las fuentes del Derecho y tipos de normas.

A continuación enumero las fuentes de origen constitucional y el orden de prioridad:

A) La Constitución (9) y los tratados, convenios y declaraciones sobre Derechos humanos establecidos en el artículo 46 de la Constitución. La reforma a la Constitución (10) forma parte de la Constitución.
B) Las leyes constitucionales: Ley de Amparo, Ley Electoral, Ley de Emergencia (11).
C) Leyes duras: Ley de Municipios (12) y Ley de Autonomía de la Costa Atlántica (13).
D) Las costumbres de las comunidades de la Costa Atlántica (14).
E) Las leyes ordinarias (15) y tratados internacionales (16).
F) Los reglamentos internos de los poderes (17).
G) El Reglamento de las leyes (18).
H) El Decreto (19).
I) Los acuerdos, las resoluciones y las declaraciones (20).

Como puede observarse, los cuatro poderes del Estado: el Ejecutivo, Judicial, Legislativo y el Electoral, son fuentes de producción del Derecho, cada cual dentro de su competencia y procedimientos, especialmente el Legislativo.

---

(9) Artículo 182 de la Constitución.
(10) Artículo 191 y sigs. de la Constitución.
(11) Artículo 184 de la Constitución.
(12) Artículo 177 de la Constitución.
(13) Artículo 181 de la Constitución.
(14) Artículo 180, párrafo 3.º de la Constitución.
(15) Artículo 138, inciso 1 y otros de la Constitución.
(16) Artículos 138, inciso 12, y 158, inciso 8, de la Constitución. Con la advertencia que el tratado puede derogar la ley, pero ésta no puede derogar al tratado como explicamos anteriormente.
(17) Artículo 138, inciso 25, 164, inciso 14, y 173, inciso 9, de la Constitución.
(18) Artículo 150, inciso 10, de la Constitución.
(19) Artículos 138, inciso 19, y 28, 141, 142, 143, 150, 164, inciso 4 y otros de la Constitución.
(20) Artículos 138, inciso 19, 151, 159, 164 y otros de la Constitución.

La Constitución establece fuentes generales y especiales. Son generales la ley, la costumbre y la jurisprudencia. Son especiales los reglamentos, los decretos, los acuerdos, las resoluciones administrativas y las judiciales para casos concretos. Aunque la costumbre solamente se refiere a las comunidades indígenas de la Costa Atlántica y la jurisprudencia se establece en forma implícita al consagrar el principio de igualdad procesal (21) y los recursos extraordinarios, entre los cuales se entra la casación, el prototipo de ellos (22), que uniforma las resoluciones judiciales (23).

Existe en la democracia y el constitucionalismo moderno pluralidad de fuentes, de forma y procesos de creación normativa, dejando atrás al parlamento como el centro o núcleo fundamental de producción normativa. Así lo exigen los cambios sociales, políticos y económicos.

Pero existen otras fuentes que podríamos denominar legales porque están autorizadas por la misma ley, como la costumbre en el Derecho Mercantil y en algunos casos en el Derecho Civil; y cuando no exista disposición que contemple el caso se aplican los principios generales del Derecho (24), la jurisprudencia (25), la costumbre (26) y la doctrina de los expositores e intérpretes del Derecho, y las leyes extranjeras en casos análogos (27).

En una interpretación de conjunto de los artículos 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 443 del Código de Procedimiento Civil, partiendo de su compatibilidad y orden cronológico (28) en caso de lagunas de la ley, el juez o tribunal fallará de acuerdo al siguiente orden de aplicación de la fuente: *a)* La jurisprudencia. Prevalece la jurisprudencia por razones de igualdad y seguridad, principios garantizados en la Constitución. El párrafo 2 del artículo 13 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le indica a los Jueces y Magistrados que deben resolver de acuerdo a los fallos judiciales precedentes y que solamente los pueden modificar explicando detalladamente las razones que motiven el cambio de la interpretación. Si no existe jurisprudencia se seguirá con el orden que sigue. *b)* Los principios generales del Derecho, principal-

---

(21) Artículo 165 de la Constitución.

(22) Artículo 164, inciso 2, de la Constitución.

(23) Abelardo TORRE clasifica las fuentes en generales y particulares. Son generales las leyes generales, la jurisprudencia uniforme y la costumbre jurídica. Son particulares las leyes particulares. Por ejemplo, la que concede una pensión, la voluntad contractual, testamentaria, social, etc., y la sentencia aislada *(Introducción al Derecho,* Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, págs. 278 y 279).

(24) Artículo 443, inciso 3, del Código de Procedimiento Civil, y 13 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(25) Artículo 443, inciso 2, del Código de Procedimiento Civil, y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(26) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(27) Artículo 443, inciso 4, del Código de Procedimiento Civil.

(28) La Ley Orgánica del Poder Judicial entra en vigencia en 1998 y el Código de Procedimiento Civil en 1906, pero los dos artículos citados en el texto son compatibles.

mente los que inspiran el Derecho nicaragüense. *c)* La analogía. *d)* La costumbre. *e)* La doctrina de los expositores, inclinándose por las opiniones más autorizadas. *f)* La legislación extranjera para casos análogos.

Ampliaremos más adelante el juego de estas fuentes en nuestro Derecho.

## II. LA COSTUMBRE

### 1. Concepto de costumbre

La costumbre se forma con los actos y usos de la comunidad que adquieren fuerza obligatoria a través del cumplimiento espontáneo de la población o forzado por el juez. Constituye, pues, un conjunto de normas jurídicas obligatorias. Las costumbres pueden ser escritas para conservar su memoria, pero esto no las convierte en Derecho escrito y su evolución material sigue funcionando.

Cronológicamente aparece la costumbre como primera y única fuente del Derecho, aunque con el transcurso del tiempo pierde esa principalidad al aparecer el Derecho escrito, pasando a tener un lugar secundario.

### 2. Elementos de la costumbre

La costumbre está integrada por dos elementos: uno material u objetivo y el otro subjetivo.

El elemento material consiste en la repetición constante de los usos y actos de manera uniforme.

Pero esta repetición constante no es suficiente. Es necesario el elemento subjetivo, o sea, la conciencia de la comunidad de que esos usos y actos son obligatorios, de tal manera que puedan ser objeto de cumplimiento espontáneo o forzoso.

Los usos sociales son comportamientos, acciones y conductas que acepta la sociedad, las que son seguidas por las personas que la forman, pero no son obligatorias jurídicamente, no tienen valor jurídico. Para algunos autores son la verdadera fuente del Derecho positivo porque recogen el sentimiento jurídico del pueblo, y no las abstracciones y creaciones de legisladores y juristas.

### 3. Evolución histórica de la costumbre

Como ya expresé, primero aparece la costumbre y después el Derecho escrito.

El Derecho romano, reconoce la costumbre (por ejemplo la Ley de las XII Tablas), avanza en la Edad Media y también existe actualmente como fuente, pues al inicio del siglo XX se formó una corriente doctrinal a su favor, aunque sigue siendo secundaria ante la superioridad del Derecho escrito.

Las leyes antiguas: la de Moisés, de Manu en la India, las de Solón y Dracón en Atenas y el Código de Hammurabi de Babilonia, en su mayor parte eran costumbres convertidas en leyes.

En el Derecho romano también se reconoció la costumbre.

En el tiempo de los comicios por centurias, gracias a la interpretación de los jurisconsultos y los edictos de los magistrados, aparece el Derecho no escrito. La costumbre toma autoridad por el consentimiento tácito del pueblo. En este período aparece y se fortalece la autoridad y crédito de los jurisconsultos.

Durante el Imperio la costumbre sigue siendo fuente del Derecho no escrito y los jurisconsultos dan testimonio y fe de su autoridad.

Aún en el período de la decadencia del Derecho romano se conserva la costumbre como fuente del Derecho no escrito, y el *Corpus Iuris Civiles* la reconoció como fuente de obligaciones.

Aún en la Edad Media la debilidad del poder central y el fraccionamiento territorial dio lugar al florecimiento de las costumbres locales.

Fueron los juristas medioevales los que elaboraron una teoría profunda sobre la costumbre. Se distinguieron los glosadores, especialmente Placentino, Azo, Odofredo y Bártolo.

En los siglos XVII, XVIII y XIX se desarrollan movimientos de recopilación y codificación, aunque las recopilaciones existen desde la época del Derecho romano, entre ellas las Instituciones, el Digesto y el Código de Justiniano, las que forman en su conjunto el *Corpus Iuris*.

El movimiento codificador nace en el siglo XVIII bajo el impulso e inspiración de la filosofía racionalista. Así aparecen en Francia, en la segunda mitad del siglo XVIII, las ordenanzas sobre Procedimiento Civil y Criminal, el de comercio, aguas y bosques, entre otras.

Al principio del siglo XIX se dictan los Códigos Civil de 1804 y entre 1807 y 1810 los de Procedimiento Civil y Criminal, Comercio y Penal.

Este movimiento codificador se extiende a muchos países de Europa y América.

En Alemania fue Antonio THIBAUT, profesor de la Universidad de Berlín, quien en su obra «De la necesidad de un Derecho Civil para Alemania» (1814), destacó la conveniencia de unificar las leyes y costumbres de los Estados germánicos en un solo Código.

La Escuela Histórica del Derecho, encabezada por Federico Carlos de Savigny (1779-1861), profesor de la Universidad de Berlín, se opuso a la codificación y reivindicó la costumbre en su famoso libro «De la Vocación

de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho» (1814). En síntesis sostenía que el Derecho se crea primero por la costumbre y luego por la jurisprudencia. Agregaba que el Derecho no deriva de principios abstractos y absolutos y es por su naturaleza variable y modificable de conformidad a la evolución social de cada pueblo. La incorporación del Derecho en un Código detiene su evolución, desarrollo y progreso.

La oposición de la Escuela Histórica a la codificación en Alemania detuvo la elaboración y vigencia del Código Civil hasta el año de 1900.

La costumbre es defendida en la actualidad por algunos autores que sostienen que el verdadero Derecho es el Derecho Vivo, el que realmente se cumple obligatoriamente en los grupos sociales y se contrapone con el Derecho creado por el Estado y tiene su aplicación aun dentro del Derecho codificado.

Pero el Derecho contemporáneo exige la principalidad del Derecho escrito, porque los Estados no escapan a las diversidades culturales, distintas nacionalidades, conflictos sociales, económicos y políticos que vuelven complejas, amplias y difíciles las relaciones jurídicas, las que se forman velozmente, sin esperar el lento reconocimiento de la costumbre, y someterse a su imprecisión. Por otra parte, el Estado moderno es centralista y reclama la creación del Derecho. Todo esto impide el surgimiento de costumbres, aunque debemos reconocer que ella es el Derecho del pueblo.

## 4. Características de la costumbre. Sus diferencias con la ley

La costumbre se produce en una forma lenta y espontánea a medida que las prácticas, usos y acciones se repiten; la ley generalmente es más retardada.

El autor de la costumbre es la sociedad misma, por lo que no es conocido, como en el Derecho escrito o legislado, que puede provenir del legislativo o del ejecutivo y hasta muchas leyes llevan el nombre de su promotor.

Las costumbres, por regla general, son particulares para determinadas situaciones o casos, y las generales son muy raras. También dentro de esta particularidad pueden darse costumbres para determinado territorio del Estado.

Son muchas las diferencias que se han encontrado entre la ley y la costumbre por lo que citaremos algunas:

*a)* Ya vimos que la costumbre no tiene autor conocido o determinado como el Derecho legislado (legislativo, ejecutivo).
*b)* El procedimiento legislativo para hacer la ley es rápido; en cambio el proceso de formación de la costumbre es lento.

*c)* La ley es más precisa que la costumbre, pues ésta, por su imprecisión, da lugar a muchos problemas para su determinación y aceptación.

*d)* La ley es un proceso de diálogo, reflexión, técnico; en cambio la costumbre es un proceso espontáneo y repetitivo en la vida social.

## 5. Valor de la costumbre en algunas ramas del Derecho

La costumbre tiene aplicación en varias ramas del Derecho, en algunas más amplia que en otras.

En el Derecho Civil cuando la ley remite a la costumbre, como puede verse en los artículos 1.496, 2.480, 2.502, 2.860, 2.899, 2.903, 2.920, 2.958, 3.139 y 3.446 del Código Civil, y para llenar lagunas, según se deduce del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el Derecho Mercantil es más amplia, tanto en nuestro Código como en los extranjeros, por la gran importancia que tienen los usos y costumbres de los comerciantes, las cuales son difíciles de incorporar a la ley. Nuestro Código de Comercio la permite no sólo para interpretar los actos y contratos sino también para integrar el Derecho (29).

En el Derecho Internacional Público la costumbre es una de las principales fuentes, a pesar de la gran cantidad de tratados internacionales. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que «la Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ...*b)* La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho».

En el Derecho Procesal no es bien recibida porque las normas de procedimiento son de orden público. La costumbre tendrá valor cuando la ley expresamente remita a ella.

En el Derecho Constitucional la costumbre es aceptada como fuente para integrar el Derecho, adaptar la Constitución a realidades nuevas y orientar la eficacia de una norma en un sentido u otro. También en el Derecho Parlamentario tiene aplicación. Pero esta costumbre no debe ser nunca contraria a la Constitución.

En el Derecho Penal la costumbre no es fuente por el principio de la reserva de ley como única fuente. La Constitución en el artículo 34, inciso 11, establece como garantía no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

---

(29) Artículos 2, 3, 4 y 5 del Código de Comercio.

## 6. Clasificación de la costumbre

Atendiendo a su relación con la ley, la costumbre se divide en: *a)* Costumbre contra la ley *(contra legem). b)* Costumbre según la ley *(secundum legem). c)* Costumbre fuera de la ley *(praeter legem)*.

La costumbre *contra legem* no es permitida en nuestro Derecho, pues la costumbre no puede derogar a la ley por oponerse a ello el artículo 138, inciso 1 de la Constitución, que establece que es atribución de la Asamblea Nacional elaborar y aprobar las leyes y decretos, así como reformar y derogar las existentes.

Pero es posible que determinadas instituciones o disposiciones entren en desuso, o sea, que no son invocadas o usadas por el pueblo. Por ejemplo, el jurado en lo civil y el recurso de casación en interés de la ley han caído en desuso porque la comunidad nicaragüense no los usa.

La costumbre *secundum legem,* entendida como aquélla a que se remite la ley, es aplicada en Nicaragua. Como ejemplo citamos los artículos del Código Civil que remiten a la costumbre y usos.

También reconoce la costumbre *praeter legem,* entendida como aquélla que se aplica cuando la ley no regula el caso, como se deduce del artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que los jueces y tribunales deben fallar sin poderse excusar, alegando vacíos o deficiencias de normas. Para llenar estos vacíos aplicará la ley, los principios y fuentes generales del Derecho. Estas fuentes generales son: la ley (que, lógicamente, no se puede aplicar porque no existe), los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.

## 7. Ventajas y desventajas de la costumbre

Entre las ventajas de la costumbre se encuentran: su origen y aprobación popular; al ser aprobada por el pueblo su aplicación y cumplimiento es más fácil; se adapta con facilidad a la evolución de la comunidad.

Entre las desventajas se citan la falta de precisión, lo que dificulta su conformación y aplicación; su lenta evolución; su difícil sistematización y estudio; las complejas e infinitas relaciones jurídicas del mundo actual que dificultan su creación y aplicación por su incertidumbre y lentitud.

## 8. La costumbre en nuestro Derecho

Este párrafo equivale a un apretado resumen o conclusión de lo expuesto sobre la costumbre en nuestro país.

Ya hemos expresado que se acepta la costumbre *secundum legem:* Veamos algunos ejemplos del Código Civil:

El artículo 1.496 dispone que si el monte es talar o de maderas de construcción podrá el usufructuario hacer las talas o cortes ordinarios que hacía el dueño, acomodándose en el modo, porción y época a las ordenanzas especiales o a las costumbres del país.

El artículo 2.480 expresa que los contratos obligan tanto a lo expresado en ellos como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

El artículo 2.502 dispone que los usos y costumbres se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos y suplir la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

El artículo 2.903 dispone que en los arrendamientos de muebles dedicados a amueblar una casa entera, tienda o cualquier otro edificio, su tiempo de duración es el que según la costumbre del lugar suele ordinariamente durar los arrendamientos de las casas, habitaciones, tiendas y edificios.

De acuerdo con el artículo 2.920, el arrendatario que cesa debe dejar al que le sucede en el cultivo las construcciones oportunas y demás útiles... y recíprocamente el nuevo arrendatario debe dejar al que cesa las construcciones oportunas y demás útiles necesarios para el consumo de forraje y para las recolecciones que restan. En uno y otro caso se observarán los usos de lugar.

El artículo 2.958 establece que si no se ha fijado tiempo para la duración del arriendo, o si el tiempo no es determinado por el servicio especial a que se destine la cosa arrendada o por la costumbre, cabe el desahucio.

El artículo 3.130, que se refiere a la aparcería, dispone que en lo no regulado por las disposiciones que la reglamentan o por el contrato, se observarán las costumbres locales. En defecto de estas costumbres o contratos expresos remite al articulado que le sigue.

En el artículo 3.446 se dispone que si en el comodato precario no se pacta la duración del comodato ni el uso de la cosa, y éste no resulta determinado por la costumbre del pueblo, puede el comodante pedir la restitución de la cosa cuando quisiere.

El código también acepta la costumbre *praeter legem,* la que se aplica cuando la ley no contempla el caso, en el orden atrás señalado.

Se rechaza la costumbre *contra legem* porque de acuerdo con el artículo 138, inciso 1 de la Constitución, la ley se reforma o deroga con otra ley y, como consecuencia, no puede aceptarse una costumbre que contradiga a la ley.

La costumbre, pues, sirve para interpretar la ley y el contrato, llena lagunas, oscuridades, imprecisiones y deficiencias de la ley. Contribuye a precisar conceptos legales generales: el buen padre de familia, las justas exigencias del bien común, la honra y la reputación.

### 9. Prueba de la costumbre

Creo que se puede aplicar el artículo 4 del Código de Comercio, que establece que no constándole al juez o tribunal la costumbre en una forma auténtica (costumbres recogidas en repertorios oficiales, acuerdo entre las partes, etc.), sólo pueden probarse por los siguientes medios: por dos sentencias que aseveren la existencia de la costumbre y que hayan sido pronunciadas conforme a ella; o por tres escrituras públicas anteriores a los hechos que motivan el juicio en que debe aplicarse la costumbre, y otorgada entre partes extrañas a la que la invoque.

Esta es una disposición que nos demuestra el carácter supletorio de la costumbre y su incertidumbre. A medida que la ley se impone sobre la costumbre y, como consecuencia, los jueces van perdiendo su conocimiento, se exige la prueba de la costumbre cada vez con mayor rigor.

En la Costa Atlántica, donde se encuentran varias etnias, debe aplicarse directamente por el juez si la conoce o es notoria. Es conveniente recopilar las costumbres de las etnias para su mayor certeza.

La prueba de la costumbre ha pasado por muchas fases históricas y diferentes enfoques: para uno es un Derecho y como tal la debe conocer y aplicar el juez; para otros es un hecho y debe ser probado. Por otra parte, los medios de conocimiento de la costumbre han sido los siguientes: información directa del juez; notoriedad de la costumbre; la jurisprudencia; y los medios de prueba, correspondiéndole la carga de la prueba al que la invoca; el acuerdo entre las partes en cuanto a la existencia de la costumbre.

## III. LA DOCTRINA

### 1. Concepto de doctrina

La Ciencia del Derecho se nutre de las investigaciones, estudios, obras y exposiciones de los jurisconsultos.

Sin pretender agotar sus finalidades, los juristas se dedican a proponer reformas legislativas; al estudio de las normas jurídicas, con el objeto de sistematizar el Derecho y cada una de sus ramas; descubrir los principios generales del Derecho y de cada una de sus ramas; estudiar e interpretar la ley para facilitar su aplicación y señala las reglas de interpretación; criticar la jurisprudencia de los jueces y tribunales. Estos suelen fundar sus sentencias en la opinión de los jurisconsultos.

## 2. Desarrollo e importancia de la doctrina

Es en Roma, cuna de nuestro Derecho, donde la opinión de los juristas adquiere fuerza obligatoria.

Desde Augusto, Tiberio, Adriano y Severo surge y se mantiene el *ius plublice respondendi,* en virtud del cual se autoriza a los más eminentes juristas a emitir su opinión con carácter obligatorio para los magistrados.

En la práctica el dictamen de los juristas vinculaba al juez si no era contradicho por otro jurista eminente.

En el año 76 d.C., en virtud de la constitución de los emperadores Valentiniano y Teodosio, por la denominada la Ley de Citas, se instruyó a los jueces sobre la obligación de atender las opiniones de Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino. Cuando existían criterios diferentes, el juez debía atenerse a la tesis de la mayoría. Cuando no todos ellos se pronunciaron sobre la cuestión a resolver y había empate, la opinión que prevalecía era la de Papiniano. Si éste no se encontraba entre los que había opinado, el juez tenía libertad de escoger la opinión que consideraba más justa.

No existía duda del carácter formal de esta fuente del Derecho romano en esa época.

En el Derecho romano, los juristas no sólo eran los que cultivaban la Ciencia del Derecho, sino también tenían un gran poder político. Se distinguieron juristas, entre otros, como Appio Claudio, Tiberio Coruncanio, Marco Junio Bruto, Plubio Mucio Escevola, Quinto Mucio Escevola, Marco Antistio Labeón, Masurio Sabino, Ireneo Celso, Salvio Juliano, Sexto Pomponio, Gayo, Emilio Papiniano, Calístrato, Julio Paulo, Domicio Ulpiano, Herenio Modestino, Juvencio Celso.

En el Derecho moderno siguen teniendo gran importancia porque al concretar conceptos, interpretan e integran la ley, la doctrina representa la Ciencia del Derecho estudiada y sistematizada por los juristas.

Inspiran al legislador y algunas sentencias son fundamentadas en juristas de reconocido prestigio, lo que les imprime mayor fortaleza y refuerza la confianza del pueblo en la justicia.

En nuestro país y en algunos otros es muy común citar en las sentencias la opinión de los juristas.

No debemos olvidar que los juristas son los científicos del Derecho y parte del avance y adecuación del mismo a la sociedad se debe a sus investigaciones, estudios e interpretaciones.

Pero debemos reconocer que ya no es una fuente igual o superior a la ley, sino auxiliar de la ley. En el sistema actual, el Derecho depende más de los jueces que de la opinión de los jurisconsultos, prevaleciendo sobre esta fuente la ley. No se concibe una Ley de Citas o algo similar en esta época. Las legislaciones no la reconocen como fuente formal, sino como real.

El Código Civil de España en su artículo primero establece como fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. No contempla la jurisprudencia y la doctrina de los autores. La costumbre sólo rige en defecto de la ley aplicable; los principios generales del Derecho se aplican en defecto de la ley o de la costumbre, la jurisprudencia completa el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Por tanto para resolver un conflicto el juez debe tener en cuenta primero la ley; a falta de ley debe recurrir a la costumbre, y si la ley o la costumbre no son suficientes para juzgar aplicará los principios generales del Derecho.

La doctrina, la costumbre, los principios generales y las decisiones judiciales son fuentes clásicas del Derecho Internacional. Esta lista se encuentra en el artículo 38, número 1, del Estatuto de la Corte Internacional, que dice: «La Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: *a)* las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; *b)* la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho; *c)* los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas; *d)* las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59».

### 3. La doctrina en el sistema del Common Law

En Inglaterra la doctrina no ha sido bien recibida, pero existen ciertas obras con tanta autoridad como la de la ley: las obras de Glanville Bracton, Littleton y Coke.

### 4. La doctrina jurídica en el sistema socialista

En los países de la extinta Unión Soviética y sus satélites, los juristas estaban fuertemente influenciados por las teorías marxistas y la opinión de los dirigentes soviéticos, por lo que sus ideas a favor del comunismo eran las que influenciaban en los legisladores y jueces.

### 5. La doctrina en nuestro sistema

En nuestro Derecho la doctrina tiene las funciones generales que desarrollamos al explicar su concepto, destacando la influencia que tiene en los tribunales de justicia, en el poder legislativo y los otros poderes del Estado, y además se aplica, a falta de ley, en el orden jerárquico anteriormente establecido.

## IV. LA JURISPRUDENCIA

### 1. Concepto de jurisprudencia

Principiamos señalando que de acuerdo con el artículo 159, párrafo segundo de la Constitución, las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Es el Poder Judicial el que interpreta, aplica las leyes y ejecuta lo fallado.

Es conveniente advertir que el vocablo «jurisprudencia» tiene varios significados o acepciones: Ciencia del Derecho; doctrina sostenida por algunas escuelas o corrientes (jurisprudencia de principios, jurisprudencia de conceptos, jurisprudencia de interés) sobre el funcionamiento, aplicación e interpretación de las normas, etc.; las sentencias que dictan los jueces y tribunales como normas individualizadas para el caso concreto, creativas de Derecho o como conjunto de fallos uniformes que dictan los tribunales de justicia en el proceso de solución, interpretación y aplicación de la ley.

### 2. La jurisprudencia, ¿crea o declara el Derecho?

El Estado de Derecho, parte del sistema democrático representativo, funciona en base a los principios siguientes: *a)* La división de poderes, atribuyéndole a cada uno sus respectivas competencias: al Poder Ejecutivo le corresponde administrar y dictar ciertas normas y resoluciones; al Poder Legislativo aprobar, reformar y derogar las leyes; al Poder Judicial se le encarga la función de aplicar la ley a los casos que se le someten, en su carácter de administrador de justicia; y al Poder Electoral se le atribuye la materia electoral (elecciones de Presidentes y Vicepresidentes de la República, Alcaldes, Diputados, plebiscitos, etc.). *b)* La aplicación del principio de legalidad que obliga a ajustarse a la ley a las autoridades del Estado, incluyendo a los jueces y magistrados. *c)* La principalidad de la ley en el Estado moderno centralizado. *d)* La independencia judicial, externa e interna. La primera evita influencias ajenas al Poder Judicial. La segunda fundamentalmente

impide imponer por los superiores criterios jurídicos a los jueces y tribunales inferiores.

Frente a estos principios es muy difícil contestar si la jurisprudencia crea o no Derecho. Si decimos que sí, se nos contestaría que estamos violando todos estos principios porque el Poder Judicial solamente puede dictar sentencias de acuerdo con la ley (principio de legalidad) y no crear normas o leyes, lo cual le corresponde al Poder Legislativo, quien tiene la representación del pueblo y la legitimidad para hacerlo, pues la ley es expresión de la libertad y voluntad popular, por el contrario el Poder Judicial no tiene ninguna representación o legitimidad popular, aunque la Constitución exprese que la justicia emana del pueblo en el artículo 158. En realidad este es un llamado del Poder Constituyente para recordarnos que la soberanía la tiene el pueblo, al cual debe concedérsele acceso una justicia pronta y gratuita por el Estado. Pero en realidad los magistrados y jueces son nombrados por los Poderes Constituidos, la Asamblea Nacional a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y ésta al resto de jueces, Magistrados y funcionarios (30).

Por el contrario, decir que la jurisprudencia no es fuente de Derecho significa desconocer aquellas situaciones que la ley no es capaz de resolver y que el juez tiene que llenar la laguna legal; aquellas situaciones en que la ley es oscura, con vaguedades o contradictoria, en cuyo caso el juez tiene discrecionalidad y creatividad jurídica para aclarar, determinar y resolver; el valor normativo que adquiere la jurisprudencia cuando es obligatoria sometiendo a los jueces y tribunales inferiores como si fuera una ley; la función de los jueces y tribunales que actualizan el Derecho a los nuevos tiempos que así lo demandan, o sea, la aplicación del viejo Derecho a casos que quizás jamás pensó el legislador (31); la creatividad de ciertas sentencias de los tribunales constitucionales; las deficiencias de los argumentos y reglas de hermenéutica que por sí solas en ocasiones no ayudan a los jueces y tribunales a fallar los casos, y en otras son contradictorias, por lo que el juez debe ser prudente y creativo en la decisión del caso; en fin, a una serie de situaciones en que el juez es creativo.

---

(30) Para Roberto DE RUGGIERO el juez no tiene más facultades que la de aplicar las leyes existentes y no de modificarlas, aunque parezcan artículos inadecuados para la regulación del caso, y menos crearlos. Si la norma particular no se encuentra en la legislación debe deducirla recurriendo a la analogía o a los principios de las otras ramas detectadas por el legislador o del sistema positivo, en el cual se considera implícitamente contenido. Si el juez aplica una norma no contemplada en la legislación, este acto no puede crear Derecho, porque éste es general y abstracto, la sentencia del juez sólo tiene eficacia para el caso particular. No obliga a los demás jueces ni al mismo que la dictó *(Instituciones de Derecho Civil,* Instituto Editorial Reus, Madrid (España), Tomo I, pág. 79).

(31) Por ejemplo, la posibilidad de aplicar la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* en Nicaragua, que no fue regulada ni pensada por nuestros legisladores, cuya aplicación en ciertos he sostenido.

En nuestros sistemas no es posible sostener que la jurisprudencia sustituya a la ley en el proceso de creación del Derecho; es más, muchas legislaciones y autores no la consideran como una fuente formal del Derecho. Creo que es una fuente complementaria de la ley porque si bien es cierto que el Derecho es completo, la ley no lo es, según lo anteriormente expuesto.

### 3. Desarrollo e importancia de la jurisprudencia

En los primeros tiempos del Derecho, éste era consuetudinario y su aplicación le correspondía a los jueces, por lo cual la jurisprudencia era una fuente principal del Derecho. Costumbre y jurisprudencia se conjugaban para completar el ciclo de formación y aplicación del Derecho.

En el Derecho romano también se le reconoció gran importancia a través de los edictos de los magistrados que tenían funciones judiciales. A estos magistrados se les atribuyó competencias en diversos sectores de la vida jurídica y eran los pretores (urbano y peregrino), los ediles curules, y en las provincias los gobernadores y los cuestores.

Por medio de los edictos, el pretor anunciaba las actuaciones que pensaba desarrollar y los medios judiciales de que podían valerse los ciudadanos para la defensa de sus derechos. En esta forma el pretor creaba Derecho. Un Derecho creado por el juez.

En la Alta Edad Media aparece la figura del juez como creador de normas jurídicas.

Luego surge la Revolución francesa, que luchó contra los jueces del sistema judicial antiguo por la gran desconfianza que tenía en ellos.

Bajo la influencia del racionalismo, la ley es la principal fuente del Derecho y el juez pasó a ser el aplicador de la norma, la boca por donde habla la ley; los jueces están limitados a fallar de acuerdo al silogismo jurídico donde la ley es la premisa mayor, los hechos la premisa menor, los fallos la conclusión. El legislador es un ser inanimado (32).

---

(32) Piero Calamandrei, al tratar sobre la insuficiencia de la concepción meramente lógica de la sentencia, incluso en el sistema de la legalidad, expresa que el juez no es una máquina calculadora, es un hombre vivo, cuya función es individualizar la ley y aplicarla al caso concreto. Es una operación de síntesis que se cumple misteriosa y calurosamente en el crisol sellado del espíritu, en el cual la intuición y el sentimiento ardiente intervienen. Sostiene que toda interpretación constituye nueva creación y toda interpretación tiene influencia individual. La ley establecida es uno de los elementos que concurren a estimular la conciencia del juez en la decisión, pero no es el único factor que explica ciertos fenómenos de disparidad de jurisprudencia. Pone el siguiente ejemplo: dos jueces en salas diferentes de la misma Corte, tal vez el mismo día, deciden la misma cuestión aplicando la misma ley en forma diametralmente opuesta. ¿Cuál de ellos se habrá equivocado? Ninguno de los dos, porque si la ley era la misma para ambos, si los hechos eran idénticos, sin embargo era

Contra esta tesis surge la Escuela de Viena, encabezada por KELSEN. Sostiene que el juez, como el legislador, crea normas, pero normas individualizadas, ya que la indeterminación de las leyes deja la posibilidad creadora de escoger, entre varias, la solución que crea más justa.

El juez contemporáneo no está concebido como un simple creador de silogismos jurídicos. Es un juez que tiene mayor amplitud e importancia en la creación del Derecho, lo que ha venido a ser reforzado con la creación de los tribunales o salas constitucionales.

## 4. UNIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. SU VALOR

El Poder Judicial está integrado por jueces, Magistrados de los Tribunales de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. Existen jueces diseminados en toda la República, nueve Tribunales de Apelaciones y una sola Corte Suprema de Justicia.

Ante esta distribución del Poder Judicial y en virtud de la independencia interna de los jueces y tribunales de fallar de acuerdo a su criterio legal, es posible que se forme un desconcierto jurídico en la aplicación de la ley porque algunos jueces o tribunales pueden aplicar la misma ley en forma diferente en casos idénticos, lo que crea inseguridad y desigualdades jurídicas. En materia laboral en nuestro país los Tribunales de Apelaciones conocen del recurso de apelación y no existe un Tribunal Superior del Trabajo que revise las sentencias, o un recurso de casación laboral ante la Corte Suprema. Al no existir un órgano de uniformidad de la jurisprudencia laboral, el caos no tiene solución.

Para remediar estos males se ha creado el recurso de casación o la jurisprudencia obligatoria.

El recurso de casación tiene por finalidad defender la aplicación de la ley y uniformar la jurisprudencia; también reparar el agravio del recurrente. Este es un recurso que vela por la integridad de la ley y uniforma la jurisprudencia. Para cumplir su finalidad se exige un órgano único superior (la unicidad) que conozca de la casación (33).

---

diverso sentimiento individual del juzgador, a través del cual la ley y los hechos se han encontrado. Agrega que el litigante que perdió se equivocó de sala porque habría ganado si hubiera entrado en la otra. No es el juez el equivocado, sino el litigante *(Proceso y Democracia,* Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1960, págs. 77-80).

(33) En el artículo 65 de la Constitución de 1858, la Corte Suprema se encontraba dividida en dos Secciones (una en León y la otra en Granada). Cada Sección conocía en segunda instancia en los casos civiles y criminales en la forma que la ley determina y en última instancia (suplica) de la sentencia que dictaba la otra Sección en apelación. Así la Sección de León controlaba a la de Granada en tercera instancia y la de Granada controlaba a su vez a la de León en tercera instancia. La Sección de León ejercía sus jurisdicciones en

La uniformidad de la jurisprudencia puede ser con relación al espacio o al tiempo. La uniformidad puede ser quebrantada en el espacio ante la multiplicidad de jueces y tribunales como en Nicaragua. Se soluciona estableciendo un tribunal superior que realice la uniformidad, lo que puede peligrar si este tribunal con frecuencia cambia la jurisprudencia.

La uniformidad en el tiempo se logra dando la estabilidad al conjunto de sentencias que establecen una doctrina y aquí entramos al problema de si la jurisprudencia debe ser obligatoria o no (34).

Existen varios sistemas de casación, el sistema francés, el sistema italiano y el sistema español.

La Asamblea Constituyente de la Revolución francesa consideró la necesidad de crear un órgano para velar que los tribunales no violaran la ley. Para tal efecto en el año de 1790, inspirada en la teoría de la separación de poderes, se creó el tribunal de casación como un apéndice del Poder Legislativo. Se concibió como un órgano político y no jurisdiccional, con la finalidad de garantizar la separación del Poder Legislativo y el judicial, pues cuando el juez violaba o interpretaba una ley penetraba en el campo del Poder Legislativo. En casación no se podía conocer el fondo del asunto y cuando se casaba la sentencia se reenviaba el juicio a los tribunales de instancia para su decisión.

Por Ley de 1 de abril de 1837 se estructuró la casación como verdadero recurso judicial que tiende a la unificación de la jurisprudencia.

En el sistema francés, el tribunal de casación no conoce del fondo del asunto y cuando la sentencia es casada, el juicio es remitido al tribunal «de reenvío» para conocer del fondo el asunto, el cual no está obligado a someterse a la doctrina del tribunal de casación. Pero si la Corte de Casación in-

---

los Departamentos de Occidente y Setentrión y la de Granada en los Departamentos de Occidente y Medio Día. Existían jueces de primera instancia y los alcaldes también tenían jurisdicción para ciertos asuntos. Para ampliar el estudio, véanse la Ley de Organización de los Tribunales y Juzgados de la República y sus atribuciones y el Código de Procedimientos Civiles vigente al tiempo de dicha Constitución. Este sistema podría producir doctrinas contradictorias entre la Sección de León y Granada de la Corte Suprema de Justicia. La casación sólo admite un órgano que conozca y decida. Rige en la casación el principio de la unidad. La historia de Italia registra la existencia en el vértice de varios órganos superiores en materia judicial. La cita de la Corte Suprema de Nicaragua, dividida en dos Secciones, es para destacar la posibilidad de sentencias o jurisprudencia contradictorias, pues la casación en nuestro país se inicia con el Código de Procedimiento Civil vigente de 1904. La Constitución citada es producto del pacto entre los políticos y ricos leones y la oligarquía granadina, lo que le dio fin a la guerra civil de 1856.

(34) Piero CALAMANDREI se pronuncia a favor de la uniformidad de la jurisprudencia en el espacio, pero no a la inmutabilidad de la unificación en el tiempo de la interpretación judicial porque se produciría la paralización del Derecho y se excluiría la evolución jurisprudencial y una nueva interpretación adecuada al espíritu de la época que permiten desechar la jurisprudencia anterior. Se pronuncia en contra del precedente obligatorio, o sea, de verdaderas y propias leyes interpretativas, lo que equivale a una transferencia de poder de interpretación auténtica de los órganos legislativos a la Corte Suprema de Justicia *(Casación Civil,* Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1955, págs. 215 y 216).

siste en su interpretación, los nuevos jueces de reenvío están obligados a seguir el sentir de la Corte de Casación.

Nuestro recurso de casación es de origen español y fue establecido en el Código de Procedimiento Civil de 1906, en virtud del cual el tribunal de casación, al casar en el fondo la sentencia recurrida, se pronuncia sobre el fondo del asunto, sin reenvío como en el sistema francés. Así lo establece el artículo 2.069 del Código de Procedimiento Civil. En una misma sentencia se invalida la sentencia recurrida y se dicta la sentencia de fondo que corresponde. Es mucho más práctico que el francés.

Además, el tribunal de casación conoce de ciertos hechos en virtud del error de hecho y de Derecho (causal 7.ª de casación en el fondo) en la apreciación de la prueba y en la interpretación de los contratos (causal 10.ª de casación en el fondo).

La finalidad de la casación es defender la ley contra las sentencias que la infringen y uniformar la jurisprudencia, secundariamente y reparar el agravio del recurrente. En la causal segunda se establece indirectamente como motivo de impugnación la infracción de la doctrina legal o jurisprudencia aceptada por la Corte Suprema de Justicia (35).

Actualmente, con la aplicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de marzo de 1998, la jurisprudencia es obligatoria, a menos que se cambie dando razones para ello. Si el juicio llega a la Corte Suprema de Justicia y ésta detecta que en realidad se infringió la jurisprudencia, casa la sentencia (36).

Ni el legislador ni la propia Corte Suprema han establecido el número de sentencias que constituyen la doctrina legal. En una ocasión dijo que una sentencia no constituye doctrina legal (37). En otra dispuso que es preciso que la doctrina legal se halle preestablecida por una serie razonable de fallos publicados por el Tribunal Supremo antes de haberse dictado la sentencia de

---

(35) S. 8:30 a.m. de 27 de febrero de 1975, B. J., pág. 48. Se ha pensado que la causal adecuada es la décima de la casación en el fondo para casar una sentencia que viole la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En una futura reforma sería conveniente dejar claro este problema.

(36) Es conveniente advertir que podría ser tachada de inconstitucional la obligatoriedad de la jurisprudencia establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial porque, de acuerdo con el artículo 165 de la Constitución, los jueces y magistrados son independientes y sólo obedecen a la Constitución y a la ley. Pero este criterio también podría ser de dudosa aceptación, ya que la jurisprudencia establecida en dicha ley puede ser cambiada, no es cerrada, lo que le restaría la obligatoriedad que tiene la ley. Por otra parte, la seguridad jurídica y el principio de legalidad tendrían mayor peso para sostener la obligatoriedad que la tesis de la inconstitucionalidad. La verdad es que ni se cumple con la obligatoriedad de la jurisprudencia ni se ha planteado el problema de la inconstitucionalidad. Parece que no han averiguado el cambio de sistema. Los jueces, Tribunales de Apelaciones y la misma Corte Suprema de Justicia no respetan los precedentes y cambian rápidamente de opinión.

(37) S. 11:30 a.m. de 19 de noviembre de 1941, B. J. pág. 11429.

que se recurre (38). En sentencia de las 9:00 a.m. de 8 de noviembre de 1962, B. J., pág. 487, dijo que una consulta no constituye doctrina legal. Generalmente se ha considerado que tres o más sentencias consecutivas y conformes forman doctrina legal.

De acuerdo con el artículo 13, párrafo 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998, los jueces y magistrados deben de resolver de acuerdo con los fallos precedentes y sólo podrán modificarlos explicando detalladamente las razones que motivan el cambio de interpretación. Esta disposición se refiere a todos los jueces y Tribunales de Apelaciones y a la Corte Suprema de Justicia.

Es un avance en la uniformidad de la jurisprudencia en manos de todo el Poder Judicial. No es únicamente una uniformidad general formulada por la Corte Suprema de Justicia, sino una uniformidad exigida para cada juzgado y Tribunal de Apelaciones, y la Corte Suprema de Justicia para evitar que los funcionarios judiciales, irrespetando el principio de legalidad e igualdad, fallen constantemente en forma diferente un mismo caso.

Solamente le corresponde a la Corte Suprema de Justicia la uniformidad general de la jurisprudencia, la que, como volvemos a repetir, es obligatoria en los términos indicados.

El párrafo citado del artículo 13 habla de fallos judiciales precedentes, pero no señala cuántos son. Entiendo que deben ser cuando menos dos como para crear un clima de previsibilidad, estabilidad y confianza de los justiciables.

En México está constitucionalizada la jurisprudencia obligatoria en el artículo 94 de la Constitución, así como los requisitos de interrupción y modificación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, funcionando en Pleno o en sala es obligatoria, para éstas la que decrete el Pleno, y además para los tribunales unitarios y colegiados de Circuito, los Juzgados de Distritos, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las sentencias constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ella se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario y que haya sido aprobada por lo menos por ocho Ministros (Magistrados) si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro Ministros en los casos de jurisprudencias de las salas.

También establecen jurisprudencias obligatorias cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, sustentada por el Pleno, se interrumpe siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por ocho Ministros, por cuatro si es de una sala y por unanimidad de votos cuando se trate de un

(38) S. 11:00 a.m. de 23 de julio de 1921, B. J. pág. 3369.

Tribunal Colegiado de Circuito. Deben establecerse razones en que se apoye la interrupción, haciendo referencia a las que sentaron en la anterior tesis.

La jurisprudencia, una vez establecida, puede ser modificada observando las reglas establecidas para su formación, es decir, cuando se vuelva a dictar la cantidad de fallos con el número de votos exigidos.

El artículo 45 de la Constitución Nacional argentina de 1949 establecía la vinculación de los fallos de la Corte Suprema de Justicia para los demás tribunales nacionales. Se consideraba que equivalía la jurisprudencia a una ley formal aprobada por la Corte Suprema de Justicia en virtud de delegación hecha por el Poder Legislativo, violando de esta manera la división de poderes.

Francisco CARNELUTTI se pronuncia en contra de la obligatoriedad de la jurisprudencia. Estima que las normas jurídicas son proposiciones hipotéticas que requieren de una serie de especificaciones al ser aplicadas, las que tienen carácter intermedias entre la norma y el caso, que tienen el aspecto de otros tantos artículos del Código y se les suele dar el nombre de máximas de la jurisprudencia. La distancia entre la hipótesis de la norma y el caso es un campo de incertidumbre en el que por necesidad juega el arbitrio. Por tal razón es comprensible que la exigencia de la certeza tienda a dar valor a dichas máximas, intentando cambiar el vacío. Cada norma se rodea de un halo de máximas, que en la práctica son una especie de cuasi-normas o de subnormas del Código. Ante esta situación aparecen claramente las razones de las aspiraciones de la llamada uniformidad o constancia de la jurisprudencia.

Hace un balance de las ventajas y desventajas de la uniformidad de la jurisprudencia. Lo trata como un balance fácil porque sus términos son los mismos de la conocida pugna entre la justicia y la certeza. La uniformidad sirve a la certeza; pero sufre la justicia, pues peligra que se adormezca o extinga la indagación de los jueces que día a día afine la norma vigente, haciéndola más idónea. Esa labor diaria de los jueces hizo el milagro de mantener vigente el Código napoleónico desde hace más de un siglo. Las incertidumbres y el contraste que esgrimen los que defienden la uniformidad, los estima como los poros por los que el Derecho respira la justicia. Si los jueces, por el fetichismo de la uniformidad se atienen a soluciones adquiridas y el conjunto de máximas adquieren en la práctica el valor de un Código desmesurado, se cierra la vía normal a la renovación del Derecho.

También estima que en la jurisprudencia el error de Derecho necesita ser corregido con mayor cuidado que el error de hecho. Ambos tienen el mismo valor para el caso, pero el de Derecho, a diferencia del error de hecho, es apto para propagarse de una decisión a otra, por lo que lo define como un error contagioso (39).

---

(39) *Sistema de Derecho Procesal,* Editorial Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1993, Tomo III, págs. 747-749. Por el contrario, para Otto TSCHADEK, el error de hecho es un

No creo que sea conveniente la jurisprudencia obligatoria sin poderla interrumpir o modificar, por las razones siguientes: el Derecho tiene que adecuarse a las nuevas condiciones sociales, políticas y económicas; puede ser que la jurisprudencia aceptada haya partido de un error o de un criterio injusto o no bien profundizado; la renovación constante de jueces no puede quedar supeditada a los criterios y conciencia de los viejos; se paraliza el avance del Derecho.

## 5. La jurisprudencia en el sistema del Common Law

En Inglaterra existe el Derecho denominado Common Law, constituido por las decisiones de los tribunales del país. Pero también existen leyes creadas por el Parlamento.

Es en este Derecho que el juez aparece como un verdadero creador del Derecho, de un Derecho judicial.

Originalmente, antes de establecerse el Parlamento, los jueces del Rey dictaban sentencias fundadas en las costumbres locales y las nociones generales de la justicia, sin tener un texto legal a su alcance, y así se fue formulando el sistema del Common Law, que es un conjunto de pronunciamientos emitidos y criterios sostenidos por los jueces en sus sentencias al decidir los casos concretos. Diferente es nuestro Derecho constituido por normas jurídicas escritas de carácter general y abstracta. En el Derecho inglés se procede en forma diferente al nuestro.

Nuestros jueces y juristas encuentran la norma aplicable en un texto legal escrito, en Inglaterra la norma se encuentra en los casos resueltos por los jueces y tribunales. Entonces hay que localizar entre los casos resueltos, aquel o aquellos con los que se resolvió el caso que se presenta actualmente. Localizado el caso, la razón o el argumento, se ha encontrado la norma jurídica aplicable al caso presente. Por tal razón no es de extrañar que los litigantes invoquen argumentos de sentencias dictadas siglos atrás.

Los casos que constituyen precedentes vinculantes son los que emanan de los tribunales superiores: la Corte Suprema de Justicia y la Cámara de los

---

peligro para la jurisprudencia. Expresa en el Prólogo: «El escollo para la jurisprudencia no está en el error de Derecho, sino en el error de hecho. Pero los errores de hecho tienen origen en un procedimiento probatorio mal o deficientemente practicado, en una incorrecta apreciación de la prueba, o en la falta de experiencia sicológica. De ahí que me parezca oportuno colocar la prueba en el centro de las reflexiones críticas y señalar tanto las ventajas y desventajas de los distintos medios de prueba como las fuentes de errores inherentes a ellos» *(La Prueba,* Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982). Creo que en lo penal el error de hecho es más dramático, pues una errada apreciación del cuadro fáctico nos puede conducir a la condena de un inocente o la absolución del culpable, que no admite el proceso de revisión. También es lógico pensar que el error de Derecho se puede prolongar a otros casos por poco o bastante tiempo y causar perjuicio.

Lores. La de los restantes tribunales inferiores no son obligatorios pero tienen valor persuasivo.

Las diferencias entre nuestro sistema y el del Common Law son marcadas: en el nuestro prevalece la ley, mientras que en el Common Law la importancia mayor la tienen las sentencias, aunque Werner GOLDSCHMIDT expresa que las diferencias no son tan grandes ya que, por un lado, en los países continentales no pueden emitir reglas generales los legisladores, sino que las abstraen previamente de las reglas específicas elaboradas a causa de casos concretos; y porque, por otro lado, los jueces anglosajones no pueden asemejar un caso a otro, sino idean reglas generales que comprenden ambos casos (40).

Algo semejante ocurre en los Estados Unidos de América, donde se destaca el *leading case* (caso líder), porque es considerado muy importante al fijar doctrina o puntos de Derecho que continúan invocándose y aplicando hasta tornarse vinculante para todo el ordenamiento jurídico por el *stare decisis*. GARCÍA BELAUNDE cita dos casos líderes: el de Marbury vs. Madison de 1803, que crea la inaplicabilidad de la ley inconstitucional (sistema difuso); el Brown vs. Borrad of Topek de 1954, que declara que la segregación racial en las escuelas públicas viola la decimocuarta enmienda de la Constitución.

## 6. REPERTORIOS DE JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha llegado a ser tan abundante que se han elaborado repertorios de jurisprudencia para guía de los jueces y abogados, unos impresos y otros en CD. Además los poderes judiciales tienen sus medios para publicar todas sus sentencias, en nuestro país se le llama Boletín Judicial.

En Nicaragua se han publicado algunos repertorios, siendo el más importante el del doctor Alejandro MONTIEL ARGÜELLO.

Como la jurisprudencia no es más que la interpretación de la ley y su valor deriva de ésta, la teoría tradicional no se ha preocupado de su interpretación, teniendo como base los hechos fundamentales sobre lo que recae la sentencia, sus motivaciones y reglas que pueden deducirse, y cuando se presenta un caso similar al decidido por la jurisprudencia invocarla para su aplicación.

Las partes y sus abogados deben estar claros del papel activo y fundamental que desempeñan los jueces en la actualidad y si quieren triunfar deben estar enterados de la conducta judicial que tomarán los jueces al fallar, teniendo en cuenta sus criterios.

---

(40) *Introducción a la Filosofía del Derecho,* Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1987, pág. 239.

### 7. La jurisprudencia en los países socialistas

En los países socialistas la jurisprudencia tiene una misión estrictamente interpretativa de la ley, lo que excluye la creación de normas jurídicas. El Derecho no se desarrolla a través de la jurisprudencia ni adapta la ley a las nuevas circunstancias.

El juez no puede tomar en consideración al fallar cuestiones de equidad o cualquier otro motivo.

## V. LA LEY

### 1. Concepto de ley

Se han dado muchas definiciones de la ley por los filósofos, juristas y códigos.

Francisco Suárez expresa que la ley es el precepto común, justo, estable, suficientemente promulgado.

Para Clemente D'Diego, ley es la norma del Derecho establecida por el poder legislativo del Estado (41).

Jesús Hernández Somoza estimaba a la ley como una soberana declaración de voluntad que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite (42).

Para el artículo 1 del Código Civil chileno la ley es una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite.

El Código Civil chileno de Bello, que rigió en Nicaragua, dio la misma definición de ley, pero suprimió la condición de solemne.

Nuestro Código Civil vigente, ni la Constitución define lo que es la ley, acercándose al criterio formal de la ley.

### 2. Elementos de la ley

La ley tiene dos elementos: el contenido (elemento material) y la forma (elemento formal).

La forma es el procedimiento establecido para su elaboración, el cual principia con la iniciativa, sigue con la discusión, aprobación, promulgación y publicación de la ley en la forma establecida por la Constitución y regla-

(41) *Instituciones del Derecho Civil Español,* Madrid, 1959, Tomo I, págs. 101 y 102.

(42) *Curso de Derecho Constitucional Nicaragüense,* Tipografía Nacional, Managua (Nicaragua), 1896, pág. 12.

mentos del Poder Legislativo. Si los procedimientos fundamentales de formación de la ley han sido violados (falta de iniciativa, falta de *quórum* o número de votos para su aprobación, etc.) puede ser atacada por inconstitucional por defectos de forma.

La ley también tiene un contenido, que es el elemento material de la norma, por medio del cual manda, prohíbe o permite. Sin ese contenido, o cuando es contrario a la Constitución, puede ser declarada inconstitucional por cuestiones de fondo.

El concepto de ley puede ser amplio o restringido.

Para el concepto amplio se entiende por ley el conjunto de normas jurídicas de obligatoriedad general aprobado por la autoridad estatal de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico. Por tal razón se llaman leyes: la Constitución Política; las leyes propiamente dichas aprobados por el Poder Legislativo (concepto estricto); los reglamentos; los decretos; los decretos-leyes; los decretos con fuerza de ley, etc.

La ley en sentido estricto es aquélla que es aprobada por el poder legislativo de acuerdo al procedimiento establecido por la Constitución y reglamentos de dicho poder.

Con relación a su contenido, la ley puede ser entendida de dos maneras: *a)* Ley en sentido material es aquélla cuyo contenido normativo es permanente, general y abstracto independientemente del órgano que la dicta. *b)* Ley en sentido formal es aquella norma que es aprobada por el Poder Legislativo independientemente de su contenido: códigos, leyes orgánicas, leyes comerciales, civiles, penales, ley del presupuesto, leyes que decretan amnistías e indultos, pensiones de gracia, etc. Son leyes todos los actos que emanan del legislativo. No existe ley si no emana del Poder Legislativo.

Estos dos criterios no coinciden en muchos casos. Por ejemplo: una pensión de gracia aprobada por el poder legislativo es ley para el criterio formal porque la aprobó el poder legislativo, pero no es ley para el criterio material por no tener el carácter abstracto y general, sino particular. Para el criterio material, el reglamento es ley por su carácter general aunque emane del poder ejecutivo, pero no para el criterio formal, por no emanar del poder legislativo.

Ya hemos visto en páginas anteriores la variedad de nuestro sistema normativo derivado tanto de nuestra Constitución como de la ley ordinaria, lo mismo que su jerarquía, por lo que nos remitimos a esa parte para evitar repeticiones.

### 3. Clasificación de la ley

Se han formulado varias clasificaciones de las leyes, atendiendo a su naturaleza y alcances: leyes orgánicas que se han usado para la reglamenta-

ción de órganos o instituciones del Estado o para reglamentar los Derechos fundamentales (España); leyes temporales; leyes con efectos retroactivos; leyes *ad hoc;* leyes especiales, como la del presupuesto y de amnistía e indulto.

## 4. Debilitamiento de la ley

Hemos insistido que la modernidad elevó a nivel central a la ley como fuente del Derecho. Era la expresión soberana de la libertad y la soberanía popular. No tenía límites, era justa y mediante el principio de legalidad se aseguraba que todos los poderes y ciudadanos se sometieron a ella.

Por tal razón Rousseau expresaba que no podrían existir leyes injustas, porque nadie puede ser injusto consigo mismo, al ser la ley la expresión de la voluntad general.

El Estado es el que monopolizaba la creación jurídica y le concede a la ley el carácter de generalidad y abstracción, a tono con el Estado de Derecho.

Los autores contemporáneos detectan crisis o decadencia de la ley, atribuida a los cambios que han sufrido el sistema de fuentes del Derecho del Estado liberal, y las características de generalidad, abstracción, racionalidad y justicia de la ley.

Dentro del sistema de fuentes, la ley ha perdido su principalidad al adquirir la Constitución valor normativo superior a la ley; la existencia de leyes constitucionales; de leyes duras; de tratado y resoluciones de organismos internacionales o supranacionales que deben ser respetadas por la ley nacional.

La generalidad y abstracción de la ley va perdiendo fuerzas debido a las diferentes fuerzas políticas, sociales y económicas que presionan sobre el Estado. El pluralismo político viene a reforzar esta presión. La sociedad no es homogénea, es plural, el reinado de la ley general se dio cuando la burguesía representaba la homogeneidad de los valores culturales.

La nueva composición de la sociedad da lugar a leyes que regulen determinados sectores económicos y sociales del pueblo; a que la ley reduzca el número de sujetos a los que se dirige; a leyes *ad hoc,* perdiendo espacio la generalidad; a leyes temporales para solucionar problemas concretos, etc.

A lo anterior cabe añadir la falta de certeza e inseguridad jurídica que provoca la inflación legislativa. Se publican miles de leyes, muchas de ellas en duda sobre su vigencia, a lo que se añade la mala técnica legislativa. Los abogados no saben a qué atenerse y la ciudadanía casi ignora el ordenamiento jurídico. Ya se han dado casos, hasta en la Corte Suprema de Justicia, de dictar fallos con base en leyes derogadas.

A pesar de ello, las encuestas y la opinión pública miden la efectividad de la asamblea legislativa de acuerdo al número de leyes que dicta. Si son

pocas no cumple con sus fines y si son muchas merecen el aplauso, sin darse cuenta de la inflación legislativa que se está provocando y de los espacios de libertad que se están afectando, por que toda ley en algo los afecta.

## 5. Codificación, descodificación y recodificación

La codificación, la cual fue un avance de la Ciencia jurídica y de la certeza del Derecho, ha entrado en crisis ante la gran cantidad de leyes que van excluyendo del ámbito de los códigos muchas de sus disposiciones, instituciones, figuras y órganos, que quedan como leyes sueltas o forman nuevos códigos. Se produce una inflación de leyes (demeritadas como la moneda afectada por la inflación) y al mismo tiempo la oposición a la fragmentación de la codificación.

Las causas de la fragmentación e inflación legal son muchas. Citaremos algunas:

*a)* La complejidad de las nuevas relaciones económicas y políticas conducen a la regulación legislativa para llenar vacíos, dejando a un lado el principio de la libertad contractual.

*b)* El avance del sistema democrático, en el cual los grupos de poder, mayoritarios o minoritarios, presionan a los poderes para la aprobación de leyes que protejan sus intereses.

*c)* El gobierno percibe que la aprobación de leyes es una forma de cumplir con su plan de gobierno.

*d)* La creencia generalizada del pueblo de que con la ley se soluciona cualquier problema (43).

*e)* Muchos diputados y ministros fundan su prestigio en las leyes que patrocinan.

*f)* Las asambleas legislativas son consideradas eficientes cuando aprueban gran cantidad de leyes.

---

(43) La Corte de Casación francesa, por sentencia del 17 de noviembre de 2002, indemnizó a un niño por el perjuicio que le causó el hecho de nacer discapacitado, condenando al médico que por su negligencia y error en el diagnóstico impidió a la madre ejercer la opción de interrumpir el embarazo. El caso se presentó como perjuicio o precio de la vida y las asociaciones de víctimas, paradójicamente, se mostraron ofendidas a pesar de que eran protegidos, ya que la Corte únicamente protegió la vida de los discapacitados. El caso lo agitaron los medios informativos y se pedía la intervención legislativa para terminar con los supuestos defectos de la sentencia. Como consecuencia, por Ley 2.002-303, de 4 de marzo de 2002, se dispuso que: «Nadie puede prevalerse de un perjuicio del solo hecho de su nacimiento». La ley fue criticada por la doctrina por ser demagógica y mal redactada, pues lo que originó la indemnización en el caso de la sentencia no fue el hecho del nacimiento, sino el hecho de nacer con discapacidad, pero calmó los reclamos de la ciudadanía.

*g)* Las delegaciones legislativas en el ejecutivo es fuente de una gran cantidad de leyes.
*h)* El Estado Social de Derecho, en su afán interventor, produce cantidad de nuevas leyes.
*i)* Los órganos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, etc., obligan a los gobiernos a dictar ciertas leyes.
*j)* El Derecho comunitario es otra fuente del Derecho que debe aplicarse con preferencia a la ley local.
*k)* Las instituciones de la democracia semirepresentativa, principalmente la iniciativa popular de leyes.
*l)* La invasión del Derecho Público sobre el Privado expropia varias instituciones y figuras del Derecho Civil.

Si a lo anterior agregamos los reglamentos, los decretos, las resoluciones administrativas, la jurisprudencia, los acuerdos, decretos y circulares de los poderes del Estado, las normativas de entes descentralizados, los tratados internacionales, el Derecho no sólo pierde seguridad y legalidad, sino también la sobriedad, sencillez, método y coherencia de la codificación napoleónica. El Derecho, tal como hoy se presenta, es difícil de comprender y aparece inaccesible al común de la gente, la cual afecta la seguridad jurídica y el principio de legalidad.

Se han multiplicado los técnicos, abogados y no abogados, al servicio de gobiernos extranjeros que prestan dinero o ayudan económicamente a un país, dedicados a redactar leyes con un vocabulario rigurosamente científico sobre materias técnicas o comunes que ni los mismos juristas nacionales logran desentrañar.

Muchas de dichas leyes están llenas de errores, son inconstitucionales y poco adaptables al país; otras son leyes modelos que con algunas modificaciones las ponen en vigencia en varios países.

Estos mismos técnicos promueven considerable cantidad de leyes para su aprobación. Sus sueldos son extravagantes, marginan a los mejores juristas nacionales, promoviendo la creación normativa al margen de nuestras costumbres, tradiciones y experiencias.

Es necesario reaccionar rápidamente y dedicarse a la modernización de nuestros Códigos, principalmente el Civil, y reducir la inflación legalista, pues las tradiciones del Derecho Civil romano-germánico, a las que pertenecen nuestros códigos (francés, chileno, nicaragüense, etc.), se encuentran amenazadas por el Common Law. El informe Doing Business de 2004 del Banco Mundial, concluye que los países de tradición jurídica francesa sufren una reglamentación asfixiante, que sería una fuente de ineficacia y corrupción. Se trata de imponer el Common Law; pero en momentos en que ambos sistemas convergen en soluciones análogas. Ya nos impusieron un Código Procesal Penal oral y acusatorio de estirpe anglosajona.

Por otra parte, no son pocos los autores como J. EDER y J. H. HERRYMAN, que reconocen la superioridad del Derecho latinoamericano sobre el Common Law y los defectos de éste. El segundo de los anteriores expresa admiración sobre la formulación del Derecho latinoamericano, el mayor desarrollo que tiene en doctrinas como el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, el fraude de la ley, la teoría de la imprevisión; recomienda a los legisladores estudiar el Código de Napoleón, pues las leyes tienen defectos serios de redacción confusa, ambiguas y verbosas, lo que no debe ser así porque a mayor complicación de la vida moderna en un país industrializado se exige sencillez y claridad (44).

Por otra parte, casi al mismo tiempo se prepararon dos Proyectos de Ley de los Registros Públicos. El primero patrocinado por el Banco Mundial, en virtud de un préstamo. El segundo por la Unión Europea, en virtud de una donación, dentro del proyecto de fortalecimiento de la administración de justicia, que también patrocinó la construcción de los complejos y juzgados del Poder Judicial, que no existían o estaban en completo abandono, otorgando excelente comodidad para administrar justicia.

El proyecto del Banco Mundial es ajeno a nuestras tradiciones jurídicas, heredadas de España y ajustadas a nuestras realidades. En este Proyecto el Registro es constitutivo del dominio y los Derechos reales, otorgándole a la certificación registral el valor de plena prueba independiente de los títulos de adquisición, sin que estemos preparados para tal sistema; la figura del tercero registral está mal formulada; aplica los principios registrales a todos los registros sin distinciones: Registro Mercantil, Registros de Vehículos, Registros de Prenda; Registro de Personas, crea el Registro de la Propiedad Inmueble y el Registro de Hipotecas como si fueran Registros separados (técnica del folio personal), a pesar de llevar el Registro por la técnica del folio real; establece un sistema de creación convencional de los Derechos reales *(numerus apertus),* olvidando que al Registro sólo se inscriben Derechos reales señalados por la ley, salvo algunas excepciones; se aparta de la teoría tradicional del título y el modo y del sistema francés de transmisión por el consentimiento, lo que da lugar a pensar en una trasmisión del dominio y la constitución de los Derechos reales sobre inmuebles en forma abstracta, sólo por el Registro; se descodifica el Código Civil, pues se deroga la extensa regulación del Registro de la Propiedad Inmueble, sin dejarse en él los principios registrales y las disposiciones básicas del Registro, apartándose de la nueva corriente de la recodificación tan útil y seguida por varios países.

Cuando escribía este artículo fui invitado por el Banco Mundial y la Asamblea Nacional para que, en dos sesiones y aprobado la mitad de su

(44) Aparecen las citas textuales en Ernesto REUGIFO GARCÍA, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia), 2004, págs. 29 y 30.

articulado por este poder, ayudara a corregir algunos aspectos de dicho proyecto. En mi opinión debe redactarse de nuevo y volver al Proyecto de la Unión Europea que a continuación explicaré brevemente. Esta tesis es compartida por la mayoría de los juristas nicaragüenses.

El Proyecto de la Unión Europea se elaboró bajo la dirección del destacado hipotecarista español Fernando MONEDERO SAN MARTÍN, con el que colaboraron juristas nicaragüenses como el Licenciado Iván ESCOBAR AGUILAR, la Licenciada Cecilia CONTRERAS BENAVIDES y otros. También participaron cuatro distinguidos hipotecaristas españoles (45).

El proyecto regula todos los principios registrales, organiza un registro científico, seguro y técnico propio para nuestro país. Respeta la orientación general de nuestro ordenamiento jurídico, tradiciones y costumbres. Su redacción es clara y no se presta a dudas. Puede servir de modelo para la modernización de otros Registros latinoamericanos, con las correspondientes adaptaciones.

También en los Estados Unidos de Norteamérica existe preocupación por las inconsistencias, oscuridades e irracionalidades de Common Law. De aquí el surgimiento de lo que la doctrina denomina «los movimientos codificadores», dentro de una gran cantidad de definiciones sobre lo que es la codificación. Se reconoce que existe la codificación legislativa y la codificación regulatoria. La primera no se desarrolla en gran escala, pero la segunda es una práctica común.

Esta codificación regulatoria se considera como la sistematización del Common Law y su expresión aparece en un cuerpo escrito.

Se encuentra en manos de numerosos entes reguladores federales en la burocracia federal (Inmigration and Naturalization Services, Superintendencias de Seguros y Valores de los Estados Unidos, etc.).

Los entes reguladores recogen las sentencias, las interpretan, desarrollan los principios y reglas de la sentencia, si así se lo encomienda el tribunal, incorporan la decisión convirtiéndola en regulación interna del ente, interpretan la sentencia incorporada cuando se presenta un caso similar, interpretan la ley cuando ésta tiene oscuridades y lagunas, aplicando la jurisprudencia. Un tribunal puede revisar la regulación codificada.

Es necesario reaccionar y principiar a trabajar. Hasta la Iglesia sustituyó su Código Canónico de 1917 por uno nuevo en 1983. Podría pensarse en una Comisión Codificadora y de orden normativo integrado por un miembro de la Corte Suprema, un miembro del Poder Ejecutivo y tres del Poder Legislativo. Entre sus funciones estarían fomentar, orientar, racionalizar y fiscalizar la codificación y el ordenamiento normativo.

---

(45) Eduardo MARTÍNEZ, Jesús DUCAY, Cristina CARBONELL y José Antonio JORDANA DE POZAS.

Hemos regresado a la recopilación y surge una fragmentación de la codificación en pequeñas o grandes unidades (leyes sueltas, el Código del Trabajo, el Código Procesal Constitucional, etc.). Son muchas las recopilaciones de leyes por orden de fecha o por materias. Todo esto vuelve difícil el conocimiento del ordenamiento jurídico, los códigos se están reduciendo y no se les permite establecer las normas fundamentales y principios generales de las leyes especiales que los cercenaron cuando no adquieren autonomía.

La variedad de códigos es amplia: Código del Trabajo, Código de la Niñez, Código de la Familia, Código Tributario, Código de Aranceles Judiciales, Código de Minería, Código de la Construcción, Código Procesal Constitucional, etc. Unos tienen autonomía, junto con la materia que regulan, y otros no.

El Derecho Civil es un Derecho general, se aplica a todos sin distinción, es igualitario y supletorio de otros códigos o leyes cuando no contemplan el caso.

Pero el Derecho Civil y su código, desde la promulgación del Código Civil francés, se ha venido fragmentado en leyes especiales y pequeñas o grandes unidades codificadas. Además las bases fundamentales del Derecho Civil se incorporan a las constituciones y surgen del Derecho Internacional normas civiles que prevalecen sobre los nacionales. En Francia existen cerca de 8.000 leyes y 360.000 reglamentos.

El Código Civil francés también es atacado por la fragmentación provocada por las leyes sociales y Códigos que regulan ramas del Derecho con autonomía y reglas propias, diferentes a las que originalmente las regían. Se calcula que se han elaborado cuarenta códigos. Por ejemplo: el Código del Trabajo, el Código de Ruta, el Código de Urbanismo, el Código del Medio Ambiente, el Código de la Construcción, el Código de la Propiedad Intelectual, el Código del Consumo, el Código de Jurisdicciones Financieras, el Código General de Colectividades Territoriales, el Código de la Salud Pública, el Código de la Educación, el Código de la Justicia Administrativa, el Código Monetario y Financiero, el Código de la Acción Social y de las Familias, el Código del Patrimonio y el Código de la Investigación.

Su articulado ha sido nuevamente redactado y de 2.281 artículos que lo integran, 1.115 se conservan en la actualidad.

A lo anterior debemos agregar que la jurisprudencia es abundante, sin la cual es difícil comprender el Código.

El fenómeno de la descodificación lo lleva a extremos José María NATALINO IRTI, Catedrático de la Universidad de Roma, quien anuncia la caída o fin del Código Civil, el cual ya no puede ser estimado como Derecho común y supletorio, pues sería un código más de los microsistemas de las legislaciones especiales. La vinculación de Derecho Civil con las leyes especiales se ha perdido, cada ley es un sistema especial con principios y reglas propias.

No obstante, puede ofrecerle a estas leyes conceptos muy generales (en los contratos, el Derecho subjetivo, etc.) y hasta podría, en forma residual y no supletoria, solucionar casos que no aparecen en la ley especial.

El citado autor NATALINO IRTI expresa: «Las leyes externas, multiplicándose y consolidándose, volverán más rápido y profundo el proceso de expropiación del Código, reducido, por un lado, a disciplina de casos residuales, y, por el otro, a reglas de institutos amplísimos, considerados como presupuestos justamente por aquellas leyes. Las disciplinas generales permanecerán en el Código como ramas secas, sectores normativos superados por nuevos principios generales y ricos en simple prestigio o sugestión histórica: más temprano o más tarde, caerán del viejo tronco, y serán absorbidas por las leyes consolidadoras de materias o clases de relaciones singulares. No cabe colocar al Código Civil en el centro del sistema, pues se impone asumir que los diversos núcleos de leyes especiales son portadores de principios autónomos» (46).

Se pregunta, ¿cómo salvar el Código Civil? En primer lugar establece que el Código Civil ha perdido todo valor constitucional (47), ya que las constituciones consagran y protegen las libertades políticas y civiles, el Derecho a la propiedad y la iniciativa privada económica, amparadas por el poder público a través de la justicia constitucional, despojando así al Código Civil de su función de garantía que había cumplido en el siglo XIX, expropiada día a día por las leyes especiales. En segundo lugar argumenta que estas leyes especiales modifican o sustituyen la disciplina del Código Civil reducida a una doctrina de modelos cansados y sin utilizar.

El Código Civil sólo disciplina materias generalísimas que conservan una concreta eficacia (obligaciones y contratos), que aunque parten de ellas en forma general, las leyes especiales las modifican (48).

En Nicaragua el Código Civil es objeto de fuerte fragmentación por leyes sueltas, supresión de capítulos, y los proyectos continúan mutilando y desorganizando la legislación civil. Los decretos y leyes confiscatorias y expropiatorias de la Revolución Sandinista cambiaron el sistema de tenencia de la tierra, en forma desordenada y arbitraria, aunque gradualmente vuelve a concentrarse en pocas manos. Citaremos algunas leyes en el Anexo.

---

(46) *La edad de la descodificación,* Editorial Bosch, Barcelona, España, 1992, págs. 38 y 39.

(47) El constitucionalismo reclama el centro del Derecho para el Derecho Constitucional porque es el faro que ilumina todo el ordenamiento jurídico al incorporar a la Constitución los derechos fundamentales y su defensa, establece las Fuentes del Derecho, la interpretación del Derecho debe hacerse de acuerdo a su letra y espíritu, establece las bases y principios fundamentales de muchas ramas del Derecho: Penal, Civil, Administrativo, Procesal, Portugal, Internacional y otras. Por tal razón se habla del Derecho Penal Constitucional, Derecho Civil Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, etc.

(48) Natalino IRTI, *ob. cit.,* págs. 35 y 36.

A lo anterior hay que agregar el Proyecto del Código de la Familia, el Proyecto de Ley sobre Paternidad y Maternidad Responsable, el Proyecto de Ley General de Aguas Nacionales, el Proyecto de Ley de Costas, el Proyecto de Ley Especial para la Regulación y Control del Funcionamiento de Salas de Juego, Casinos y Máquinas Tragamonedas, el Proyecto de Ley General de Registros Públicos, el Proyecto de Reformas y Adiciones a la Ley General del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, el Proyecto de Ley que crea el Corredor de Desarrollo Sostenible para los Municipios en la Cuenca Hidrogénica de los lagos Xolotlán, Cocibolca y del Río San Juan, el Proyecto de Ley que declara área protegida el «Cañón de Somoto», el Proyecto de Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, el Proyecto de Ley de Regularización de la Tenencia de la Tierra y otros que aumentan la inflación legislativa, cercenan el Código Civil y expulsan de él al Derecho de Familia.

El compendio jurídico de normas publicado por la Asamblea Nacional de Nicaragua en 1987 registra un total de 3.864 Leyes, Constituciones, Decretos Legislativos, Decretos Gubernativos, Decretos Ejecutivos, Decretos-Leyes, Código y reformas, Reglamentos y otras normas, Tratados y Convenios Internacionales.

Esta teoría de la descodificación es objeto de crítica, incluyendo en Italia. Se sigue viendo en el Código Civil al Derecho Común y el núcleo del macrosistema del Derecho Privado.

Pero el nuevo Código de la recodificación ya no sería el mismo del racionalismo, sino un código influenciado por las nuevas realidades políticas, sociales y económicas de la época, muchas de las cuales han sido llevadas a la Constitución y a las leyes especiales por la rapidez de la vida moderna. Un código con nuevos valores que hacen juego con los del liberalismo. El Código Civil siempre conservaría el papel central, pero estará rodeado de leyes especiales, nutriéndose mutuamente ambos cuerpos jurídicos.

Lo que en realidad existe es una fragmentación del Código Civil en códigos o leyes especiales, salvo aquellos códigos que tienen sus propios principios y reglas que le otorgan autonomía (Código de Comercio, Código de la Familia, Código del Niño, Código Laboral, etc.).

El mismo Código Civil francés ha sido modificado, corregido y complementado, pero no sustituido. Tampoco su abundante jurisprudencia es un elemento de descodificación, porque en realidad más bien enriquece al código y lo actualiza a través de la obra creadora de los jueces y tribunales.

Algunos juristas piensan que lo mejor es modificar y modernizar el código, pero no suprimirlo, incorporando los nuevos conceptos, figuras e instituciones que los avances del Derecho así lo exigen, tal como se hizo en Argentina, por la Ley número 17.711 de 22 de abril de 1968.

Se ha entrado en una etapa de recodificación, la cual podría cambiar o modificar la filosofía del Código Civil; ejemplo de esta recodificación

de la totalidad del Derecho Civil son los Códigos de Portugal, Perú (1984), Brasil, Québec (1994) y Holanda, y los proyectos de Argentina y Bolivia (1977) (49).

El Código Civil de Argentina es de 1871 y fue reformado en 1968 por Ley número 17.711. Existe un proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987. Hace importantes reformas y realiza la unificación del Civil y Comercial.

También se elaboraron: El Proyecto de Reforma y Unificación con el Código de Comercio de 26 de abril de 1993, y el Proyecto de Reforma y Unificación con el Código de Comercio por el Decreto número 468/92.

El Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, a diferencia de los anteriores, plantea la derogación del Código Civil y el Código de Comercio y sus reemplazos por uno nuevo con un total de 2.532 artículos. Está acompañado de leyes particulares en los regímenes societarios y de falencia.

El Código de Comercio ya se encuentra casi totalmente vaciado de contenidos por leyes especiales.

El Código de Comercio del Brasil es de 1850 y sufrió varias desmembraciones, principalmente después de la promulgación del primer Código Civil a través de leyes especiales.

El Código Civil es de 1 de enero de 1917. Fue inspirado por las leyes civiles de Augusto Teixera de Freitas (1858). La doctrina desde el siglo XIX proponía la unificación de los Derechos Civil y Comercial en un solo instrumento, unificación que no fue lograda en el Código de 1917. Éste sufre modificaciones en sus 85 años de vigencia con la promulgación de códigos y leyes.

El nuevo Código Civil es de 11 de enero de 2003, con 2.046 artículos.

Se pensó en un Código de Obligaciones Civiles y Comerciales (Proyecto de 1941) (50), en un Código de Familia. También lo antecedió un proyecto de Código Civil de 1963 de Orlando GÓMES.

Se impuso la tesis de la unificación de la totalidad del Derecho Privado hasta donde lo permitiera un sistema orgánico y coherente.

Las razones para incorporar normas de Derecho Comercial al Código Civil fueron muchas, entre otras, las siguientes: *a)* La tesis que data del siglo XIX de unificar el Derecho Civil y Comercial. *b)* No existen tribunales mercantiles. *c)* La necesidad de un nuevo instrumento de Derecho Comercial.

---

(49) Existen en Bolivia un nuevo Código de Comercio de 1994.

(50) La tesis de la unificación tiene antecedentes en el Código suizo de las obligaciones (1881) que se incorporó al Código Civil (1912) y los Códigos Civiles de Italia (1942), Unión Soviética (1964), Perú (1984), Paraguay (1987), Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1995/1996), los Códigos únicos en lo Civil y Comercial de China-Taiwán y del Reino de Tailandia y los principios generales del Derecho Civil de la República Popular de China.

La coordinación del Proyecto le correspondió al profesor de Filosofía del Derecho, Miguel REALE, quien le infundió valor social y ético. Se inspiró en el Civil italiano de 1942, pero no incluyó el Derecho del Trabajo, y regula parte de las sociedades. También recibió influencia europea y particularmente francesa.

Sin agotar sus innovaciones señaló las siguientes:

*a)* Contiene valores y normas para aplicar la ley de manera más justa al caso concreto.
*b)* Reconoce la responsabilidad por el daño moral.
*c)* Regula el negocio jurídico, reemplazando la expresión de actos jurídicos.
*d)* La mayor modificación la sufrió el Derecho de las obligaciones y el de la familia.
*e)* Se establece el Derecho de empresa que reemplaza al criterio tradicional del Derecho Comercial, pues se funda en la actividad del empresario y no en los actos de comercio del comerciante. Llama fundo de comercio al establecimiento de comercio. El empresario es el titular de la empresa.
*f)* El contrato tiene una función social, lo que permite su anulación por lesión y la revisión por la aceptación del riesgo imprevisible.
*g)* Se establece la buena fe en la celebración y ejecución del contrato.
*h)* La función social de la empresa.
*i)* La cesión de deuda.
*j)* La unificación de los contratos civiles y comerciales.
*k)* La función social de la propiedad, lo que trae como consecuencia plazos breves de la prescripción adquisitiva a favor de los poseedores de ciertos inmuebles no productivos o utilizados para fines agrícolas o habitacionales. En situaciones análogas se admite la expropiación indirecta al concederle al ocupante que trabaja la tierra o vive en ella pagarle al propietario un precio fijado con posterioridad por la autoridad judicial. Es el reconocimiento de la ocupación-trabajo fundada en el interés social que funciona al lado de la posesión-ocupación tradicional.

Es un buen ejemplo de recodificación. Tiene muchas bondades, es claro, sobrio y coherente, aunque ha recibido sus críticas.

Tienen que ser incorporadas a un nuevo Código Civil todas aquellas materias de carácter general, de aplicación común a todos los ciudadanos, no discriminatorias; aquellas materias que no han sido incorporadas, pero sí creadas por la doctrina y la jurisprudencia: el abuso del Derecho, los contratos de adhesión, la protección al consumidor; el riesgo imprevisible, etc.; los Derechos fundamentales consagrados en la Constitución y tratados interna-

cionales; los contratos y relaciones que reguladas por el Derecho Mercantil ya son de uso general por todos los ciudadanos; la contratación electrónica; los trasplantes de órganos; la procreación asistida, etc.

El nuevo Código Civil italiano de 1942 podría servir también de modelo frente a la descodificación y avance sobre el Derecho Mercantil. Conserva las fuentes del Derecho, el Derecho de Familia, la sucesiones, la propiedad, las obligaciones, los contratos, regula los actos de comercio, los libros de comercios, las intendencias, las obligaciones comerciales, la venta, el reporto, la prenda, el depósito de mercaderías y frutos en almacenes, los contratos bancarios, la cuenta corriente, el seguro, los títulos de crédito, las relaciones laborales, la empresa, las sociedades simples y comerciales, la letra de cambio, el cheque bancario, el mandato comercial, el contrato de transporte. Regula, pues, con amplitud el Derecho Civil y gran parte del Mercantil que antes regulaba el Código de Comercio de 1882 sobre el ejercicio del comercio. No regula la navegación y la quiebra.

Lo que destacan más los autores es el traslado de gran parte de la materia mercantil al Código Civil, principalmente en las obligaciones y contratos, obedeciendo la tendencia de las dos últimas décadas del siglo XIX de trasfundir, para reforzar el Derecho Civil, las innovaciones técnicas del Derecho Comercial, movimiento encabezado por VIVANTE.

Francisco MESSINEO sostiene que esta técnica obedece a los fines políticos del fascismo de homogenizar al individuo frente al Estado y abolir el Derecho de categoría, o sea, profesional de los comerciantes. Observa además, que en la actividad civil y comercial tiene lugar una notable diferencia; y que al no estar sujeto gran parte del Derecho Civil al criterio económico, impide situarlo en el mismo plano que la materia de la económica (51).

El Código Civil de Bello (1855), que tuvo vigencia en Nicaragua desde 1871 hasta 1904, no se ha escapado de los deseos de su modificación. En Chile también se presenta el problema de la fragmentación del Código en leyes, pues recientemente se llegó a la Ley número 20.000 y la base de datos del Congreso ofrece información de más de 150.000 leyes.

La antigüedad del Código Civil y la inflación legislativa han puesto a los juristas a pensar sobre lo que debe hacerse: algunos proponen un nuevo Código Civil; otros opinan que debe modernizarse y adaptarse, pues no amerita una recodificación, ya que el fraccionamiento legislativo no se ha hecho en base a la autonomía de principios y reglas de las leyes sueltas, en cuyo caso se presenta la descodificación; algunos piden su actualización y el ordenamiento temático de leyes o código por materias vinculadas a los postulados y principios fundamentales del Código Civil.

---

(51) *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Editorial Ejea, Buenos Aires (Argentina), 1954, T. I, pág. 60 y sigs.

Existe una Comisión de reforma de los Código Civil y de Comercio organizado por la Universidad Diego Portales y otras instituciones.

## 6. Sistemas de codificación

Los sistemas de codificación son varios, pero los más generalizados y aceptados son dos:

*a)* El sistema de codificación seguido por el Código Civil francés que atiende a un método, a reglas generales, a categorías jurídicas, claridad y coherencia, capaz de aceptar modificaciones y contribuir a combatir la inflación mediante la aplicación de estas categorías y normas generales a las leyes sueltas para que respondan a un sistema lógico y coherente y permita la facilidad para aplicarlas e interpretarlas.

*b)* El segundo método, que paradójicamente se aplica principalmente en Francia, se denomina sistema de Derecho Constante. Está bajo una organización administrativa y tiene por objeto ordenar temáticamente en códigos las leyes dispersas de la inflación.

Después de las dos guerras mundiales surge la inflación legislativa y la necesidad de la Codificación Administrativa. En el año de 1948 se organiza la primera Comisión de Codificación y en el año 1980 ya había elaborado cerca de 40 códigos. Bastó una década de disminución de la labor codificadora para que surgiera nuevamente y con dureza la inflación. Entonces en 1989 aparece la segunda Comisión Superior de Codificación, con la idea de codificar antes de 2010, todas las grandes partes del Derecho. Este sistema ha logrado la codificación de más de la mitad del Derecho francés y cerca de dos terceras partes de las leyes vigentes.

El sistema es rápido y consiste únicamente en reunir en forma temática las leyes, pero sin reformarlas o modificarlas, lo que marca una de las diferencias fundamentales con el primer sistema.

En el funcionamiento del sistema participan varios órganos: la Comisión Superior de Codificación, los Ministerios, el Consejo de Estado y el Parlamento, en menor medida. Pero el trabajo de codificación es administrativo más que legislativo, bajo la dirección de especialistas en Derecho Público.

La Comisión prepara el plan de elaboración de cada Código, señala su contenido y ayuda en su redacción. Los códigos son extensos. Aunque las leyes sueltas codificadas no pueden ser derogadas o modificadas, en la realidad se hacen adaptaciones: se suprimen términos obsoletos, se deja constancia de derogaciones expresas o tácitas, se armonizan los textos contradictorios y se excluyen normas consideradas contrarias a la Constitución; todo lo cual recibe críticas fuertes.

Desde 1989 la intervención del Parlamento era imprescindible para asegurar la validez de los códigos, derogar el Derecho que se incorporó a ellos y aprobar las modificaciones.

Esta aprobación del Parlamento retrasaba la codificación. Por tal razón, desde 1999 los textos se aprueban por ordenanzas (decretos con fuerza de ley), el Parlamento se limita a habilitar y ratificar, y el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional ejercen su control sobre la ley de habilitación.

Este sistema, aunque promueve el orden y el conocimiento de la ley, es fuertemente criticado: el conocimiento de la ley que pretende proponer es sólo para los operadores del Derecho (abogados, notarios, jueces, magistrados, etc.); se procede a elaborar las leyes con poca reflexión; es parcial la recopilación; obedece a técnicas defectuosas; su fruto es inestable y se excede en su función de organizar las leyes al hacer modificaciones y supresiones, tal como lo expresamos en pocas líneas arriba.

Existen otras técnicas parecidas como los «testi uncí» en Italia y los «textos refundidos» en Chile, España y otros países.

Las inflaciones y desórdenes legislativos promueven los juicios y conflictos ante la inseguridad, imprevisibilidad y debilitamiento del principio de legalidad. Existen muchas leyes oscuras, mal intencionadas, retroactivas, muy particulares, temporales, incoherentes, contradictorias, de dudosa vigencia, una jurisprudencia vacilante y cambiante en cualquier momento.

Nicaragua es un ejemplo de ellos, pues todavía no se ha logrado ordenar y resolver problema de la propiedad y el saneamiento del Registro de la Propiedad que está lleno de títulos falsos, dobles folios registrales en manos de diferentes propietarios, desorden administrativo y para complicar más el asunto se pretende modernizar esta institución con todas sus irregularidades y desconfianzas, sin sanearlo previamente.

Los litigios son interminables y los inversionistas no quieren desarrollar sus proyectos por temor a perder su inversión.

En Brasil la inflación aumentaba los conflictos, presentándose cada año alrededor de seis millones de acciones a la justicia, lo que la hacía más lenta y cara.

Con urgencia debemos pasar a la recodificación. Como dato histórico es bueno recordar que al poco tiempo de vigencia de nuestro Código Civil de 1904, el doctor Alfonso AYÓN presentó un proyecto de un nuevo Código Civil que no fue aprobado. La Corte Suprema de Justicia emitió un dictamen desfavorable argumentando que su mayor parte era copia del Código vigente, aunque introducía modificaciones en el Derecho de Familia y en el ordenamiento de los bienes por causa de muerte. Tenía quinientos artículos menos, pero siempre era extenso y casuístico (52).

---

(52) Dictamen de 30 de enero de 1922, B. J. pág. 3547 y sigs. Es importante destacar que ya en el año de 1890 se elaboró un proyecto de Código Rural.

ANEXO

Leyes: Ley de Alimentos de 24 de marzo de 1992. Ley de Defensa de los Consumidores de 14 de noviembre de 1994. Código de la Niñez y la Adolescencia de 27 de mayo de 1998. Código del Trabajo de 30 de octubre de 1996. Ley de Inquilinato de 16 de enero de 1991. Las Leyes Orgánicas del «Patrimonio Familiar» y del Instituto Nicaragüense de la Vivienda de 21 de abril de 1959. Ley que Reglamenta el Régimen de la Propiedad Horizontal de septiembre de 1971. Ley de Reposición de Partidas de Nacimiento de 21 de diciembre de 1981. Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro de 29 de mayo de 1992. Ley de Adopción de 14 de noviembre de 1981. Ley de Reforma Agraria de 21 de agosto de 1981. Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos de 3 de julio de 1982. Ley especial de delitos contra el Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 21 de noviembre de 2005. Ley General de Catastro Nacional de 17 de enero de 2005. Ley de Identificación Ciudadana de 5 de marzo de 1993. Ley Creadora del Instituto de la Propiedad Reforma Urbana y Rural de 24 de febrero del año 2005. Ley de Reformas y Adiciones a la Ley número 354, Ley de patentes de Invención, Modelo de Utilidad y Diseños Industriales de 24 de marzo de 2006. Ley de Marcas y otros Signos Distintivos de 16 de abril de 2001. Ley de Reformas y Adiciones a la Ley número 380. Ley de Marcas y otros Signos Distintivos de 24 de marzo de 2006. Ley de Depósito Legal de la República de Nicaragua de 18 de julio de 2001. Ley de Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, de 23 de enero de 2003. Reformase y Adicionase Ley de 23 de julio de 1935, estableciendo oficina que se llamará «Registro de la Propiedad Industrial de Nicaragua» de 5 de abril de 1968. Se establece la oficina de patentes de Nicaragua de 21 de agosto de 1935. Ley de Seguridad Social de 1 de marzo de 1982. Ley General de Instituciones de Seguro de 26 de noviembre de 1970. «Ley de Transmisión de la Propiedad de Viviendas y otros Inmuebles Pertenecientes al Estado y otras Instituciones de 30 de marzo de 1990. Ley Especial de Legalización de Viviendas y Terrenos de 3 de abril de 1990. Ley de Protección a la Propiedad Agraria de 5 de abril de 1990. Ley de Revisión de Confiscaciones de 23 de mayo de 1990. Ley de Establecimiento y Restabilidad del Orden Jurídico de la Propiedad Privada, Estatal y Municipal de 27 de marzo de 1992. Creación y Funcionamiento de la Oficina de Titulación Urbana (OTU) de 22 de septiembre de 1994. Ley de Estabilidad de la Propiedad de 1 de diciembre de 1995. Ley sobre Propiedad Reformada Urbana y Agraria de 16 de diciembre de 1997. Decreto número 3, Confiscación de Bienes de 22 de agosto de 1979. Decreto número 38, Aclaración y Adición al Decreto número 3 de 3 de septiembre de 1979. Decreto núme-

ro 97, Ley de Repartos Ilegales de 26 de septiembre de 1979. Decreto número 282, Situación Jurídica de las Personas con Bienes Intervenidos o en investigación de 8 de febrero de 1979. Decreto número 760, Apropiación por el Estado de Bienes Abandonados de 22 de julio de 1981. Reforma a la Ley de Reforma Agraria de 13 de enero de 1986. Decreto número 895, Ley de Expropiación de Tierras Urbanas Baldías de 14 de diciembre de 1981. Decreto 1170, Aclaración a los Decretos números 338 y 282 de 18 de enero de 1983. Decreto 35-90, Creación y Funcionamiento de la Oficina de Ordenamiento Territorial de 23 de agosto de 1991. Decreto número 36-91, Impuestos sobre Bienes Inmuebles de 26 de agosto de 1991. Decreto número 48-92, Ampliación de la Oficina de Ordenamiento Territorial de 10 de septiembre de 1992. Decreto número 51-92, Creación de la Oficina de Cuantificación de Indemnizaciones (OCI) de 30 de septiembre de 1992. Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos de 3 de junio de 1994. Reforma a la Ley de Disposición de Bienes del Estado y Entes Reguladores de los Servicios Públicos de 12 de abril de 1996. Acuerdo Judicial número 76, Reglamento de Arbitraje de 15 de mayo de 2000. Acuerdo Presidencial número 75, Reglamento de Mediación de 12 de mayo de 2000. Ley de Mediación y Arbitraje de 24 de junio de 2005.

*RESUMEN*

*FUENTES DEL DERECHO*

*En este trabajo el autor analiza las diversas fuentes del Derecho en Nicaragua, su valor y eficacia. Las fuentes pueden ser constitucionales (la constitución), primarias (la ley), secundarias (reglamentos del ejecutivo) y terciarias o subordinadas, como la costumbre. La costumbre debe ser probada, lo cual en Nicaragua tiene lugar por dos sentencias o tres escrituras públicas que la acrediten. Se analiza también el valor que la doctrina científica tiene como fuente del Derecho.*

*ABSTRACT*

*SOURCES OF LAW*

*In this paper the author analyses the various sources of law in Nicaragua and the value and efficacy thereof. Sources may be constitutional (the Constitution), primary (laws), secondary (regulations issued by the executive branch) or tertiary or subordinate, such as custom. Custom must be proved. Proof of custom in Nicaragua may be given through two court rulings or three notarial deeds accrediting the custom. The value of scientific doctrine as a source of law is also analysed.*

*(Trabajo recibido el 7-8-06 y aceptado para su publicación el 8-2-07)*

# 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 20-9-2006
*(BOE* 1-12-2006)
Registro de la Propiedad de Arona

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Considerando que es aplicable al ámbito de la representación orgánica, entiende la Dirección General que conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se estima imprescindible la realización por el Notario autorizante del título calificado del pertinente juicio de suficiencia de las facultades del representante en relación con el concreto acto realizado, facultades que resultan del documento que al mismo Notario se le exhibe, sin que resulte admisible la mera reseña identificativa del citado documento.

Resolución de 5-10-2006
*(BOE* 28-12-2006)
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 4

SEGREGACIÓN. LICENCIA OBTENIDA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO: ACREDITACIÓN.

La Dirección General recuerda que es posible que la licencia necesaria para la segregación de una parte de finca sea obtenida por silencio administrativo, y que de esa manera pueda practicarse la inscripción. Ahora bien, es imprescindible acreditar que tal silencio administrativo ha tenido lugar por el transcurso de los plazos previstos legalmente.

Resolución de 17-11-2006
*(BOE* 16-1-2007)
Registro de la Propiedad de Martorell, número 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes, no puede el Registrador considerar que existe incongruencia con respecto al concreto acto realizado por el hecho de que el Notario añada que el apoderado se encuentra especialmente facultado en virtud de la certificación que se incorpora, aunque además aluda, en plural, a los «documentos auténticos», cuando en realidad sólo uno de ellos lo es.

Resolución de 18-11-2006
*(BOE* 13-12-2006)
Registro de la Propiedad de Padrón

PARTICIÓN JUDICIAL DE HERENCIA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. HERENCIA YACENTE. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Obtenida una resolución judicial por la que se aprueban las operaciones particionales en un procedimiento seguido contra la herencia yacente integrada por los desconocidos herederos de una persona fallecida y pretendiéndose la inscripción en el Registro, entiende la Dirección General que ello no es posible, dado que al no haberse adoptado las medidas cautelares previstas en la LEC para este tipo de situaciones, especialmente el nombramiento de un administrador que represente los intereses de esos ignorados herederos, no se ha entablado correctamente el tracto sucesivo al no haber tenido el titular registral o sus herederos la posibilidad de intervenir oportunamente en el procedimiento. Se trata de una cuestión, la del correcto llamamiento al procedimiento del titular registral o sus causahabientes a fin de evitarles la indefensión, susceptible de calificación conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 20-11-2006
*(BOE* 16-1-2007)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 7

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PACTO COMISORIO.

La anotación preventiva de demanda no es el instrumento adecuado para dar respaldo registral a un procedimiento cuyo objeto es una reclamación de cantidad. Es necesario que la demanda lleve aparejada la pretensión de una mutación jurídico real inmobiliaria. Aunque el procedimiento se esté trami-

tando en Estados Unidos, el artículo 10.1 del Código Civil impone la aplicación del Derecho español, por ser el del lugar donde radica el inmueble. El pacto comisorio, salvo algunas excepciones en el Derecho Foral, no es admisible en nuestro ordenamiento.

Resolución de 21-11-2006
*(BOE* 13-12-2006)
Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO: CANCELACIÓN. DOCUMENTOS JUDICIALES.

Salvo en los casos de caducidad previstos en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de embargo sólo pueden ser canceladas mediante providencia ejecutoria dictada por la autoridad judicial competente.

Resolución de 22-11-2006
*(BOE* 21-12-2006)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 14

HERENCIA. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO.

No puede el Registrador alegar, para fundamentar la negativa a inscribir una escritura otorgada ante Notario de República Dominicana, argumentos propios del Derecho Sucesorio español, en tanto el causante tenía nacionalidad dominicana y es ese el derecho que ha de regir su sucesión. Distinto sería la negativa fundada en la insuficiente prueba del derecho extranjero, al cual no alcanza el principio *irura novit curia,* o en la insuficiencia del documento notarial extranjero como título traslativo apto para provocar la inscripción en el Registro español.

Resolución de 23-11-2006
*(BOE* 21-12-2006)
Registro de la Propiedad de Mieres

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE LOS DERECHOS HEREDITARIOS. TÍTULO SUCESORIO.

No puede practicarse anotación preventiva de embargo sobre los derechos que a la deudora demandada le correspondan como heredera del titular registral de la finca aportando únicamente la certificación negativa del Registro General de Actos de Última Voluntad del causante, y la prueba de que dicha deudora ejecutada es hija de aquél. Resulta imprescindible la aportación del título sucesorio que acredite que en la demandada concurre la cualidad de heredera del titular registral.

Resolución de 24-11-2006
*(BOE* 21-12-2006)
Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de dos cónyuges en comunidad de bienes, con sujeción a la legislación de su país, sin especificación de cuota, a menos que se acredite que tal ordenamiento prevé otra cosa al respecto, no cabe anotar un embargo trabado sobre la mitad indivisa de la finca en un procedimiento dirigido sólo contra uno de los esposos. Es imprescindible que dicho procedimiento se entable contra ambos.

Resolución de 25-11-2006
*(BOE* 21-12-2006)
Registro de la Propiedad de Granada, número 5

CANCELACIÓN. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No habiendo sido parte el titular registral, se dicta sentencia en un procedimiento judicial por la que se ordena la cancelación de una inscripción de hipoteca, así como todos los asientos posteriores resultantes del procedimiento de ejecución de la misma. El principio de tracto sucesivo y el de protección judicial de los derechos e intereses legítimos impiden extender las consecuencias de un proceso a quien no ha tenido la debida intervención en el mismo y, en consecuencia, no es posible la cancelación pretendida, siendo además la cuestión de la adecuada intervención procedimental del titular registral una de las que el Registrador puede valorar al calificar documentos judiciales conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 27-11-2006
*(BOE* 28-12-2006)
Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna, número 1

HERENCIA: DUDAS RESPECTO AL NOMBRE Y LA LEY NACIONAL DEL CAUSANTE. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL. FORMA DE LAS ADJUDICACIONES HEREDITARIAS.

La constancia en una escritura de partición de herencia de que el causante, además de por el nombre que resulta de la inscripción en el Registro Civil, es conocido por otro distinto, no es causa que impida la inscripción, siempre que del conjunto de los documentos aportados resulte al Registrador la certeza de que se trata de la persona del causante. De igual manera, si del testamento resulta que el finado tenía nacionalidad venezolana, no es necesario que además se exprese así en la escritura particional.

Reitera el Centro Directivo su conocida doctrina sobre la imposibilidad de que el Registrador revise por medio de su calificación el alcance del juicio

notarial de suficiencia del poder debidamente reseñado y en virtud del cual interviene uno de los comparecientes. Se insiste en el carácter vinculante de las Resoluciones de la Dirección General para todos los Registradores.

No hay obstáculo a que las adjudicaciones a los herederos se hagan con participaciones referidas, no a bienes concretos, sino al patrimonio hereditario o a la herencia.

Resolución de 28-11-2006
*(BOE* 28-12-2006)
Registro de la Propiedad de Estepona, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Los asientos del Registro, una vez practicados, están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y no puede pretenderse la rectificación de un error de concepto (y no un mero error material apreciable *prima facie* de documentos auténticos y cuya subsanación no requiere un consentimiento de los interesados) con la sola voluntad del vendedor que otorgó el título que causó la inscripción presuntamente equivocada.

Resoluciones de 29-11-2006
*(BOE* 28-12-2006)
Registros de la Propiedad de Rota y El Puerto de Santa María, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

No puede practicarse anotación de embargo trabado en un expediente administrativo seguido por un Ayuntamiento sobre finca radicante en otro término municipal, dado que conforme al artículo 8 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales para esta actuación carecen de competencia las entidades locales, debiendo recurrir a organismos autonómicos o estatales. Este extremo es susceptible de calificación registral con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 30-11-2006
*(BOE* 28-12-2006)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 10

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESAFECTACIÓN DE ELEMENTOS COMUNES. ACTOS COLECTIVOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS.

La escritura por la que se desafectan determinados elementos comunes y se venden a un tercero, supone una evidente modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, que requiere el acuerdo por unanimidad en la Junta de Propietarios conforme al artículo 16 de la LPH. Sin embargo, puede ser calificado como un acto de los denominados «colectivos», para cuya eje-

cución es suficiente la intervención del Presidente y la acreditación en debida forma de que se ha adoptado el pertinente acuerdo de Junta, sin que sea preciso el consentimiento individualizado en documento público de todos los titulares de los diferentes departamentos que integran la comunidad.

Resolución de 1-12-2006
*(BOE* 9-1-2007)
Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN. INSCRIPCIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DEL DERECHO HEREDITARIO *IN ABSTRACTO*.

Confirma la Dirección General la nota de la Registradora que se opuso a la inscripción de un auto de adjudicación recaído en un procedimiento de ejecución, en tanto el objeto de adjudicación está constituido por los derechos hereditarios que al deudor correspondan sobre la finca del causante, titular registral. En tanto no se lleve a cabo la partición hereditaria y la atribución de derechos concretos y específicos al heredero deudor sobre la finca en cuestión, no podrá verificarse la inscripción de la ejecución realizada.

Resolución de 2-12-2006
*(BOE* 18-1-2007)
Registro de la Propiedad de Valdepeñas

HIPOTECA DE CUENTA CORRIENTE. PACTO DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

El hecho de que se trate de una hipoteca en garantía de cuenta corriente no obsta a que las partes estipulen, en ejercicio de la libertad que les otorga el artículo 1.255 del Código Civil, el vencimiento anticipado en caso de impago de las cuotas de amortización y/o intereses. El incumplimiento de obligaciones esenciales ha de permitir el juego del efecto resolutorio del negocio.

Resolución de 4-12-2006
*(BOE* 9-1-2007)
Registro de la Propiedad de Telde, número 2

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN: TÉCNICO COMPETENTE.

Cuando es el arquitecto director de la obra el que certifica que la misma se está construyendo de acuerdo con el proyecto para el que se otorgó la licencia, debe estimarse que el citado técnico es competente a estos efectos, sin que pueda resultar de aplicación la doctrina sentada en Resoluciones como la de 27 de enero de 2006, referida a obras ya terminadas y en la que la intervención del técnico está encaminada a certificar la antigüedad de la misma. En esos casos sí que se precisa acreditar las facultades del técnico certificante.

Resoluciones de 5-12-2006
*(BOE* 28 y 29-12-2006)
Registro de la Propiedad de Calahorra

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21-7-2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12-12-2000, luego recogida en diferentes Resoluciones anteriores y posteriores a la ya citada de 21-7-2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada desde antes de la entrada en vigor de la nueva LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige para poder cancelar por caducidad la referida anotación que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 5-12-2006
*(BOE* 28-12-2006)
Registro de la Propiedad de El Campello

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ASIENTO DE CANCELACIÓN.

Habiéndose ya practicado la cancelación de una inscripción de dominio como consecuencia de un procedimiento judicial, no cabe ahora pretender que se haga constar en el Registro que tal cancelación se debe entender producida en exclusivo beneficio del actor. Tal pretensión, además de introducir una matización puramente personal sin trascendencia real, supone dar al asiento de cancelación un carácter limitado en contra de su propia esencia y desconoce el principio de legitimación y la salvaguardia judicial de los asientos practicados. Tampoco puede utilizarse el recurso gubernativo para discutir la procedencia de asientos ya practicados.

Resolución de 7-12-2006
*(BOE* 9-1-2007)
Registro de la Propiedad de Alhama de Granada

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. REPOSICIÓN DEL RANGO REGISTRAL DE ANOTACIONES CANCELADAS POR CADUCIDAD. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Habiendo sido canceladas dos anotaciones de embargo por caducidad, de acuerdo con el criterio de la resolución vinculante de este Centro Directivo de 21 de julio de 2005, el principio de prioridad impide ahora acceder a la reposición de las mismas con el rango que tenían, a menos que se haya obtenido

sentencia firme en procedimiento seguido contra todos los titulares registrales de cargas o derechos afectados por tal pretensión. No es el recurso gubernativo el cauce adecuado para la revisión de asientos registrales ya practicados.

Resolución de 7-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Alzira

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN. SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA. MANDAMIENTO JUDICIAL.

Hallándose una finca y la mitad indivisa de otra, pertenecientes a unos cónyuges con carácter ganancial, gravadas con una anotación de embargo «sobre los derechos hereditarios que pudieran corresponder» al esposo, y habiéndose verificado la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia de la esposa con adjudicación al esposo embargado sólo de la primera finca, no hay obstáculo en cancelar la anotación existente sobre la mitad indivisa de la finca que ha sido adjudicada a los herederos de la causante, sin que para ello sea preciso el mandamiento judicial, dado que la concreción del embargo sobre los bienes que han sido efectivamente atribuidos al viudo resulta del propio Registro.

Resolución de 7-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Avilés, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO. COMPETENCIA DEL SECRETARIO JUDICIAL. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Aunque el artículo 456.2 de la LEC contiene una referencia a la competencia de los Secretarios Judiciales en materia de jurisdicción voluntaria, el carácter genérico de dicha referencia hace que sea preciso que una ley atribuya de manera expresa la citada competencia en cada caso concreto. Así, dado que el artículo 201 de la LH asigna la competencia en la resolución de los expedientes de dominio al Juez, no es posible practicar la inscripción si el meritado expediente ha concluido mediante decreto del Secretario. Tal extremo es susceptible de calificación en los términos del artículo 100 del RH.

Resolución de 9-12-2006
*(BOE* 18-1-2007)
Registro de la Propiedad de Vélez Rubio

RECURSO GUBERNATIVO: INADMISIÓN POR EXTEMPORÁNEO.

Habiendo transcurrido el plazo señalado en la ley para su interposición, procede la inadmisión del recurso, sin perjuicio de que pueda realizarse una nueva presentación del documento al objeto de obtener de nuevo la calificación pertinente y poder así, en su caso, reabrir un nuevo plazo para recurrir.

Resolución de 11-12-2006
*(BOE* 18-1-2007)
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. ASIENTO DE PRESENTACIÓN: EFECTOS.

Si cuando se presenta el auto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas derivados de un procedimiento de ejecución ya ha caducado, la anotación de embargo que en su día se practicó a causa del mismo procedimiento, y la finca se halla inscrita a nombre de adquirente del titular embargado, no cabe ya la inscripción del auto en tanto no se acredite que el actual titular registral ha sido parte en el proceso. A ello no obsta el hecho de que con anterioridad, cuando la anotación estaba aún vigente, se hubieran presentado los citados documentos, puesto que tales asientos de presentación se dejaron caducar sin prorrogar su vigencia con instrumentos como la anotación preventiva por defectos subsanables.

Resolución de 11-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 9

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DENUNCIA. DEFECTOS SUBSANABLES.

Se debe considerar como defecto subsanable el hecho de que en el mandamiento judicial que ordena la anotación preventiva de una denuncia penal por estafa no se expresen los elementos necesarios para poder considerar que la sentencia que en su día se dicte producirá los efectos civiles que determinen una alteración de asientos registrales, cuestión o requisito fundamental para que este tipo de procesos pueda motivar la anotación preventiva correspondiente.

Resolución de 12-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 11

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. RÉGIMEN FORAL DE COMUNICACIÓN DE BIENES. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

El principio de tracto sucesivo y la exigencia derivada del artículo 20 de la LH alcanzan, como es obvio, a las anotaciones de demanda, puesto que de su práctica resultan una serie de efectos jurídico-registrales que implican una evidente alteración de las características de la titularidad que el Registro publica. Tratándose de bienes inscritos a nombre de dos cónyuges casados en régimen de comunicación foral de bienes es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos para que se pueda anotar en el Registro. La calificación registral se extiende al control de que los titulares registrales han sido debidamente llamados al proceso a fin de evitar su indefensión.

Resolución de 12-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Ledesma

INMATRICULACIÓN POR CERTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE DOMINIO. BIENES DE LOS AYUNTAMIENTOS.

No es posible inmatricular una serie de fincas pertenecientes a un Ayuntamiento, en virtud de una certificación administrativa de las previstas en el artículo 206 de la LH si la misma se limita a expresar que tales fincas son propiedad del citado Ayuntamiento desde que recuerdan los más antiguos del lugar, y que no existe Inventario Municipal de Bienes. Este tipo de certificaciones han de basarse en la referencia a dicho Inventario, o, en su defecto, en documentos oficiales que atestigüen la fehaciencia de la titularidad alegada, documentos que habrían de quedar sometidos al control de la calificación registral.

Resolución de 13-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Vilaseca y Salou

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INICIACIÓN DE EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN. DUDAS RESPECTO A LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y LA POSIBLE DOBLE INMATRICULACIÓN. MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

Se pretende anotar una demanda de incoación de expediente de dominio para inmatriculación de una finca consistente en un local de un edificio en propiedad horizontal. El Registrador tiene dudas fundadas de que se pueda producir una doble inmatriculación. Es procedente rechazar tal anotación en tanto parece más bien que se trata de un supuesto de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, modificación que ha de ajustarse a las previsiones de la LPH.

Resolución de 14-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

HERENCIA. CAUTELA SOCINI. CONFLICTO DE INTERESES. PATRIA POTESTAD. DEFENSOR JUDICIAL.

La existencia de la cláusula denominada «cautela Socini» supone una contraposición de intereses entre la madre, viuda del causante, y el hijo común menor de edad al que ella representa en ejercicio de la patria potestad. En consecuencia la opción que dicha cláusula lleva implícita no puede ser ejercitada por quien puede verse claramente interesada en el resultado de tal elección. Ha de procederse, en consecuencia, a la designación de un defensor judicial que represente al menor.

Resolución de 15-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 30

BIENES GANANCIALES: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Tanto ahora como antes de la reforma operada en el Código Civil en 1981, la presunción de ganancialidad que afecta a toda adquisición realizada a título oneroso por cualquiera de los esposos goza de un alcance *erga omnes,* cuya desvirtuación requiere prueba satisfactoria, prueba que, en el ámbito del Registro ha de ser documental pública (art. 95.2 del RH). No obstante, cabe la constancia registral de la confesión hecha por el cónyuge del adquirente respecto a la privatividad del dinero invertido en la adquisición, aunque la misma se verificara antes de la mencionada reforma del Código Civil. No es suficientemente concluyente, sin embargo, a estos efectos, el mero hecho de que en una escritura de liquidación de la sociedad de gananciales los esposos expresaran que carecían de bienes de esta naturaleza.

Resoluciones de 16 y 20-12- 2006
*(BOE* 19 y 23-1-2007)
Registro Propiedad de Málaga, número 10

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Considerando que es aplicable al ámbito de la representación orgánica, entiende la Dirección General que conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se estima imprescindible la realización por el Notario autorizante del título calificado del pertinente juicio de suficiencia de las facultades del representante en relación con el concreto acto realizado, facultades que resultan del documento que al mismo Notario se le exhibe, sin que resulte admisible la mera reseña identificativa del citado documento.

Resolución de 18-12-2006
*(BOE* 19-1-2007)
Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No es posible practicar la cancelación de determinados asientos registrales y la inscripción a favor del demandante en el procedimiento del que dimana la resolución judicial presentada, si el citado proceso no se ha dirigido contra los actuales titulares registrales de la finca, no siéndoles a ellos oponible la sentencia por no haberse utilizado en su momento la anotación de demanda. La calificación registral de documentos judiciales se extiende a estos extremos en los términos del artículo 100 del RH.

Resolución de 19-12-2006
*(BOE* 23-1-2007)
Registro de la Propiedad de Lorca, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA: REQUISITOS.

Es correcta la denegación de la práctica de una anotación de querella cuando, de los documentos presentados y tenidos en cuenta por el Registrador al hacer la calificación, no resulta que la misma se haya dirigido contra la sociedad mercantil titular registral de la finca, y sólo consta que se ha planteado contra uno de sus representantes. La calificación ha de alcanzar a estos extremos en los términos que prevé el artículo 100 del RH. Por otro lado, según doctrina ya reiterada en Resoluciones anteriores, para que pueda practicarse anotación preventiva de una querella ha de deducirse con toda claridad del mandamiento que, junto a la acción puramente penal, se está ejercitando la pertinente acción civil derivada del delito, acción civil que ha de ser de aquéllas que pueden tener como consecuencia la modificación de la titularidad registral.

Resolución de 19-12-2006
*(BOE* 23-1-2007)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 7

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES. ERRORES DE CONCEPTO.

No puede accederse a la inscripción de un acta de manifestaciones por la que se pretende, hasta tanto se dicte la oportuna resolución por el Juzgado de lo Contencioso, dar publicidad a una hipotética incorrección en la inscripción en su día practicada de una reparcelación urbanística. El principio de legitimación y salvaguardia judicial de los asientos, los requisitos establecidos para la rectificación del Registro y el hecho de que realmente no exista un error en dichos asientos, impiden tal pretensión.

Resolución de 21-12-2006
*(BOE* 23-1-2007)
Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 1

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA EN LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL.

Reiterando la doctrina recogida en diversas Resoluciones respecto a la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Centro Directivo señala que no está permitido al Registrador revisar en su calificación el juicio de suficiencia hecho por el Notario sobre las facultades del apoderado, no pudiendo exigir que se le acompañe el documento auténtico del que nacen

las facultades representativas del órgano de la persona jurídica poderdante, ni que se le testimonie o transcriba parte alguna de dichos documentos. Y ello aun en el supuesto de que el Notario haya tomado como referencia copias parciales de los correspondientes poderes. Las Resoluciones de la Dirección General, que son estimatorias de los recursos planteados frente a calificaciones desfavorables, son vinculantes para todos los Registradores desde la fecha de su publicación en el *BOE,* sin necesidad de esperar a que hayan ganado firmeza.

Resolución de 22-12-2006
*(BOE* 26-1-2007)
Registro de la Propiedad de Sabadell, 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 aquéllos a los que se extiende la calificación registral de los documentos administrativos.

Resolución de 26-12-2006
*(BOE* 26-1-2007)
Registro de la Propiedad de Orihuela, número 1

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. TÍTULOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN.

No puede inscribirse una sentencia dictada en procedimiento penal por coacciones, de la cual resulta con claridad que no se ha ejercitado acción civil alguna, y con la que se pretende la constancia registral de la existencia de un camino de acceso a una finca. Sólo a través de un proceso civil en el que se recojan todos los extremos necesarios para ello, se puede conseguir el reconocimiento de una servidumbre que sea susceptible de inscripción.

Resolución de 27-12-2006
*(BOE* 26-1-2007)
Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar, número 1-II

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN POR DEFECTOS SUBSANABLES. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.

Cancelada una anotación de embargo por caducidad, los efectos automáticos que esta caducidad produce, hace que los derechos inscritos o anotados después de la anotación caducada adquieran un rango hipotecario prioritario a la misma. Consecuentemente no cabe ya proceder a cancelar esos asientos que hasta la fecha de caducidad de la anotación eran posteriores a la misma. Debe tenerse presente que, cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho al que dicho asiento se refiere. Además se recuerda que la anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables sólo puede practicarse en virtud de solicitud expresa, y no de oficio por el Registrador.

Resolución de 28-12-2006
*(BOE* 26-1-2007)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria

PRINCIPIO DE ROGACIÓN. LICENCIA DE SEGREGACIÓN. DOBLE INMATRICULACIÓN.

El principio de rogación impide al Registrador practicar la inscripción de los aspectos del título respecto de los que el interesado no haya realizado la oportuna solicitud. Así, presentada una resolución judicial por la que se ordena la rectificación de la descripción de una finca, no cabe exigir la expresión del título de adquisición porque no se ha pedido cambio de titularidad en la misma. La rectificación de dicha descripción no puede considerarse una segregación sujeta a licencia. Si el Registrador detecta que existe una doble inmatriculación en relación con dos fincas registrales, no puede de oficio realizar operación alguna, sino que ha de ser el eventual perjudicado el que inste el procedimiento previsto en el artículo 313 del RH.

## Registro Mercantil

Por Ana M.ª del Valle Hernández

Resolución de 26-10-2006
*(BOE* 21-12-2006)
Registro Mercantil de Barcelona, número XII

REDUCCIÓN DE CAPITAL. AMORTIZACIÓN DE PARTICIPACIONES.

Reducción por amortización de participaciones propias adquiridas por importe superior a la cifra nominal reducida, adoptándose ambos acuerdos, el de adquisición y el de posterior de reducción, en la misma junta: ello puede justificar la exigencia de cumplimiento de los requisitos previstos, no para la reducción para la amortización de autocartera, sino para la que haya de ejecutarse mediante la adquisición de participaciones propias.

Determina la Dirección General que la reserva que ha de constituirse es análoga y debe ser en ambos casos únicamente por un importe equivalente al valor nominal, pues así debe interpretarse el artículo 80 LSRL al referirse al importe de lo «percibido en concepto de restitución de la aportación social».

# ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

# 1. DERECHO CIVIL

## 1.1. Parte general

### *PRÓXIMA REFORMA DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD* (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora*
*Derecho Civil UCM*

El Consejo de Ministros, de 9 de febrero de 2007, emitió su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional, que lleva a cabo una *modificación del Código Civil en relación a la nacionalidad española por medio de la opción*.

Con los cambios se permitirá que los nietos de españoles nacidos en el extranjero puedan adquirir la nacionalidad española y que los hijos de españoles que no nacieron en España, pues sus padres y abuelos emigraron del país en el pasado, *puedan llegar a adquirir* la nacionalidad española.

El Código Civil aún vigente exige, para optar a la nacionalidad española, que el padre o madre de quien la solicite haya sido originariamente español y, además, que haya nacido en España. Con esta exigencia los nietos de emigrantes españoles cuyos padres no hayan nacido en España no pueden acceder a la nacionalidad española. La reforma del Código Civil que se persigue con esta Ley *elimina el requisito del nacimiento en territorio español de los padres*, con lo cual se permite que sus hijos, nietos del español que emigró, puedan acceder a la nacionalidad española.

De esta manera el Gobierno da cumplimiento al mandato que recogía la Ley de 16 de diciembre de 2006, denominada Estatuto de los Derechos de los españoles en el extranjero, pero como todo anteproyecto está sometido a su paso por el Congreso donde puede sufrir diferentes cambios tras las enmiendas y discusiones parlamentarias. No obstante, hemos querido dar un repaso en estas breves páginas a dicho tema por su importancia y las repercusiones prácticas que conlleva (2).

---

(1) Estas breves líneas han sido entregadas a imprenta tras el anuncio de la publicación de la modificación del Código Civil en materia de nacionalidad contenida en el Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional, por el Consejo de Ministros de 9 de febrero, sin haber podido tener acceso directo al texto la autora de este pequeño comentario al no haber sido publicado dicho proyecto en la página web del Congreso.

(2) La Ley del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior (Ley 40/2006, de 14 de diciembre) otorga la posibilidad de optar a la nacionalidad española a los nietos

## I. INTRODUCCIÓN

La nacionalidad puede ser definida como el vínculo jurídico y político que une a una persona con su Estado.

Según nuestro Código Civil, artículo 17 (3):

«*Son españoles de origen:*

*1. a) Los nacidos de padre o madre españoles.*

*2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación*».

Las funciones más importantes de la nacionalidad son que:

- Delimita la base personal del Estado.
- Es un estado civil básico de la persona.
- Es un importante punto de conexión, especialmente en lo que se refiere al estatuto personal.

Nuestra legislación distingue entre españoles de origen y españoles no originarios. La distinción se concreta única y exclusivamente en unas diferencias que enumera puntualmente la CE, y que son:

A) Ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad (art. 11.2 CE), aunque puede perder voluntariamente la nacionalidad española de acuerdo con lo establecido en la ley.
B) Los españoles de origen pueden adquirir la nacionalidad de los países iberoamericanos o de otros países especialmente vinculados con España sin perder su nacionalidad (art. 11 CE).
C) Solamente un español de origen puede ser tutor testamentario del Rey (art. 60 CE).

El Código Civil enuncia quiénes son españoles de origen. El artículo 17.1 responde a la concepción tradicional de reputar como español de origen a

---

de españoles de origen, aunque ninguno de los progenitores haya nacido en España, que se supone que emigraron, voluntariamente o forzados por el hambre, y también a los que se exiliaron por razones políticas, durante o tras la Guerra Civil, para salvar su vida y la de sus familiares.

A los nuevos españoles (hijos o nietos de los españoles de origen), a tenor de lo enunciado por la mencionada ley, no se les exigirá ni residencia legal en España, ni conocimiento de la cultura de una lengua oficial en España, ni un determinado arraigo suyo ni de sus padres, que ni han nacido en España ni han vivido nunca aquí.

Pese a dichas particularidades, estos españoles, en aplicación del derecho constitucional (art. 14 CE) de igualdad de todos los españoles ante la ley, tendrán los mismos derechos que los demás españoles, aunque no tengan ningún vínculo actual ni lo hayan tenido nunca en suelo español, ni hayan pagado sus impuestos en España, ni cotizado a la Seguridad Social, etc. En estos casos, el único vínculo que guardan con España es el derivado de la filiación, es decir, ser hijos de español o española de origen. Por tanto, aplicación directa del principio de *ius sanguinis*.

(3) Redactado por Ley 18/1990, de 17 de diciembre *(BOE* de 18 de diciembre), de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad.

quien tiene nuestra nacionalidad desde el momento de su nacimiento. Sin embargo, actualmente ésta es una regla con excepciones, y el artículo 19.1 del Código Civil extiende la categoría respecto de sujetos en los que no concurre la circunstancia de ostentar la nacionalidad española desde el nacimiento.

Hay que tener en cuenta que la nacionalidad es un derecho humano fundamental, reconocido en el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (4), en el artículo 24.3.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (5), en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (6), y en el artículo 11 de la CE (7), y puesto que a través de esta normativa se decide quién es, puede llegar a ser o deja de ser español, es importante prever los posibles cambios que van a tener lugar.

La nacionalidad española ya adquirida debe operar como un derecho fundamental de la persona, pero el legislador español es, en principio, libre para establecer quién ha de ser español, por consiguiente, no existe un derecho subjetivo absoluto para adquirir la nacionalidad española.

Cada Estado tiene competencia exclusiva para dictar su legislación de nacionalidad. De esta forma establece unilateralmente, según sus propios intereses y necesidades, sin tener en cuenta las soluciones dadas por otros Estados, quiénes son sus nacionales y cómo se adquiere o se pierde tal condición.

En la reglamentación de la nacionalidad está presente el interés público o general, de ahí que sea una materia indisponible, deba constar en el Registro Civil y el Ministerio Fiscal tenga una presencia muy importante en las actuaciones relativas a este ámbito.

El legislador ha efectuado una modificación, ampliación parcial del régimen de la nacionalidad, basándose en la proposición de reforma presentada por el Gobierno. Y del simple informe que tenemos a la vista anunciado por el Consejo de Ministros, entendemos que se sitúa siguiendo una línea que podríamos calificar de integradora, entendiendo la nacionalidad como uno de los primeros pasos para conseguir la integración social de los extranjeros, descendientes de españoles, habida cuenta de la unidad inseparable entre la condición de nacional y el goce y disfrute de algunos derechos.

En primer lugar, se mantiene el principio de la adquisición derivativa de la nacionalidad por medio de la opción o elección del extranjero, pero potenciándolo, pues el cambio permite que «*los nietos de españoles nacidos en el extranjero puedan adquirir la nacionalidad española y que los hijos de españoles que no nacieron en España, pues sus padres y abuelos emigraron del país en el pasado, puedan llegar a adquirir la nacionalidad española*».

Son pues dos supuestos distintos e importantes, pues se posibilita la adquisición de la nacionalidad española a:

- *Los nietos de españoles nacidos en el extranjero.*
- *Los hijos de españoles que no nacieron en España, pues sus padres y abuelos emigraron del país en el pasado.*

En segundo lugar, esto supone la modificación del sistema de adquisición de la nacionalidad española por opción. Recordemos que, actualmente, el artículo 17 del Código Civil, en su segundo párrafo, determina que «*la filiación*

(4) La Ley 22/1948.
(5) La Ley 129/1966.
(6) La Ley 3489/1990.
(7) La Ley 2500/1978.

*o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación*».

Y el artículo 20, reformado por la Ley 36/2002, de 8 de octubre (8), en cuyo primer párrafo se señala que: «*Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español. Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19*» (9).

Como dice el informe ministerial, el otro punto importante de reforma consiste en la *eliminación del requisito del nacimiento en territorio español de los padres*, con lo cual se permite que sus hijos, nietos del español que emigró, puedan acceder a la nacionalidad española.

La anterior modificación en materia de nacionalidad citada (10) se basó en la recuperación de la nacionalidad de los emigrantes españoles y en la adquisición de aquélla por sus descendientes, se intentaba cumplir el mandato del artículo 42 CE de que los poderes públicos orienten su política hacia la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y al favorecimiento de su retorno.

---

(8) La Ley 1415/2002.

(9) El párrado segundo del citado artículo 20 dice que:

«*La declaración de opción se formulará:*

*Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.*

*Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.*

*Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.*

*Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al párrafo c.*

*3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el ejercicio del derecho de opción previsto en el apartado 1.b de este artículo no estará sujeto a límite alguno de edad*».

(10) Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil (CC) en materia de nacionalidad *(La Ley* 1415/2002).

La Exposición de Motivos de la Ley justificó su aprobación en el deseo de satisfacer las demandas de numerosos descendientes de emigrantes españoles que tuvieron que salir de España en un momento en que la situación social, política y económica distaba mucho de la actual y que formularon sus reivindicaciones ante el Consejo General de la Emigración, a fin de que se superara el sistema de plazos de opción establecido por las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad *(La Ley* 3342/1990), 15/1993, de 23 de diciembre, sobre prórroga del plazo para ejercer la opción por la nacionalidad española *(La Ley* 4157/1993), establecido en la Disposición Transitoria 3.ª de la Ley 18/1990 y 29/1995, de 2 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de recuperación de la nacionalidad.

Pero es obvio que no bastó dicha reforma de la reforma que ahora se potencia.

Dado que el colectivo de personas que potencialmente podrían beneficiarse de esta reforma es amplio, las expectativas que se han generado con la modificación del régimen español de la nacionalidad son muchas.

## II. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR *IUS SANGUINIS*

El artículo 17.1.*a)* establece que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles. Por tanto consagra el principio del *ius sanguinis*, tradicional en un país de emigración como el nuestro.

El artículo opera con independencia de lo que pueda establecer la legislación del lugar de nacimiento. El precepto exige, para la atribución de la nacionalidad, únicamente que quede acreditado el hecho biológico de la generación por parte de progenitor español, sin que sea preciso que la filiación quede determinada legalmente conforme al Código Civil (11).

El padre o la madre deben ser españoles en el momento del nacimiento del hijo. Sin embargo, esta regla se atenúa en la práctica. Siempre se ha considerado que el hijo póstumo de español, por aplicación del artículo 29 del Código Civil, es español por *ius sanguinis*.

Además, la DGRN ha acudido también a este último acto para sostener que cuando el progenitor tiene la nacionalidad española en el momento de la concepción, y posteriormente la pierde antes del nacimiento del hijo, éste es español en base al artículo 17.1.*a)* (12).

Para precisar la nacionalidad española del padre o la madre hay que tener en cuenta dos circunstancias. Cuando el progenitor ostente dos nacionalidades una de las cuales sea la española, sus hijos son españoles por *ius sanguinis*.

Si el progenitor ostenta la nacionalidad española de modo latente en virtud de un convenio bilateral de doble nacionalidad, la transmite de forma también latente a sus hijos. De esta manera, cuando una persona nace en territorio español y sus padres son apátridas o la legislación de ninguno de ellos confiere al hijo una nacionalidad, por ejemplo, por que se inspiran en un *ius soli* puro, se atribuye al mismo la nacionalidad española de origen (13).

## III. FUTURA MODIFICACIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR OPCIÓN

«*La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición*

---

(11) El artículo 17.1.*a)* exige, para la atribución de la nacionalidad, únicamente que quede acreditado el hecho biológico de la generación por progenitor español (RRDGR de 5 de marzo de 1986 y 28 de octubre de 1986, etc.).

(12) Cuando el progenitor tiene la nacionalidad española en el momento de la concepción, y posteriormente la pierde antes del nacimiento del hijo, éste es español conforme al artículo 17.1.*a)* (RRDGR de 31 de marzo de 1992 y 12 de julio de 1993).

(13) Si el progenitor ostenta la nacionalidad española de modo latente en virtud de un convenio bilateral de doble nacionalidad, la transmite de forma también latente a sus hijos (RDGR de 22 de septiembre de 1977).

*de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación»* (14).

El artículo 17.2 responde a la idea de que la determinación tardía, después de los dieciocho años, de la filiación de progenitor español o del nacimiento en España en las condiciones del artículo 17.1 no deben atribuir automáticamente la nacionalidad española, lo cual puede ser contrario a los intereses del sujeto y a su realidad vital, sino que conceden el derecho a optar por la nacionalidad española de origen, con lo que la solución se coloca en la esfera de la voluntad del afectado.

Esta opción por la nacionalidad española de origen se rige en sus aspectos registrales y en lo referente a la capacidad del optante por lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil.

La opción es una facultad de ejercicio *personalísimo*.

Como elementos específicos hay que tener en cuenta que requiere que la filiación o el nacimiento en España se determinen después de los dieciocho años de edad, y concede un plazo de dos años desde aquella determinación para ejercitar la opción (15).

En resumen, el Código Civil aún vigente exige, para optar a la nacionalidad española, que el padre o madre de quien la solicite haya sido originariamente español y, además, que haya nacido en España. Con esta exigencia, *los nietos de emigrantes españoles, cuyos padres no hayan nacido en España, no pueden acceder a la nacionalidad española*.

La *reforma del Código Civil* que se persigue con esta Ley elimina el requisito del nacimiento en territorio español de los padres, con lo cual se permite *que sus hijos, nietos del español que emigró, puedan acceder a la nacionalidad española.*

## IV. ANÁLISIS DE LA ÚLTIMA MODIFICACIÓN Y PROYECCIÓN DE LA NUEVA MODIFICACIÓN

La Ley 36/2002 no modificó los supuestos de opción previstos en los artículos 17.2.º, 19.2.º y 20.1.º*a)* del Código Civil. Por tanto, pueden *optar por la nacionalidad española de origen:*

---

(14) Como dice la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991, «este precepto debe ser interpretado en el sentido de que la hipótesis que se regula tiene lugar cuando una persona figura como hijo de extranjeros o como nacido en el extranjero y se descubre, después de los dieciocho años de edad, que en realidad es hijo de un progenitor español o que ha nacido en España en condiciones bastantes para ser español conforme al artículo 17.1 del Código. Por tanto, para que entre en juego la opción es imprescindible que la filiación respecto de un español o ese nacimiento en España queden fijados como hechos nuevos descubiertos precisamente después de los dieciocho años de edad del interesado».

(15) Son requisitos de la adquisición por opción: La declaración de renuncia a la nacionalidad anterior, el juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las Leyes, y la inscripción como español en el Registro Civil.

Si residiere fuera de España, podrá hacerla ante el Registro consular correspondiente o mediante documento debidamente autenticado y dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores.

Estos requisitos han de entenderse como *constitutivos:* sin su cumplimiento no se puede adquirir la nacionalidad española.

- Aquellos para los que se haya determinado su filiación o su nacimiento en España después de los dieciocho años de edad, que podrán ejercitar el derecho en el plazo de dos años a contar desde la determinación (art. 17.2.º del Código Civil).
- Los que hayan sido adoptados siendo mayores de dieciocho años, en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción (art. 19.2.º del Código Civil).
- Los que estén o hayan estado sujetos a la patria potestad de un español. Si es el propio interesado el que ejercita el derecho de opción, podrá hacerlo hasta que cumpla los veinte años de edad, y si el optante no está emancipado, según su ley personal al cumplir los dieciocho años, se prolonga el plazo de opción hasta que transcurran dos años desde la emancipación (art. 20.2.º*c)*.

Al no ampliar los supuestos de opción, el legislador español no agotó las potencialidades que ofrece el artículo 42 CE.

Se podría haber contemplado entre los supuestos de adquisición por opción a los *descendientes mayores de edad* de quienes recuperen la nacionalidad española (16).

La Ley 36/2002 sí introdujo una novedad: *La concesión del derecho de opción por la nacionalidad española a las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España, sin someter el ejercicio de este derecho de opción a límite temporal alguno*.

La reforma consistente tanto en el reconocimiento de este derecho como en la supresión del plazo fueron más que razonables, teniendo en cuenta que los sujetos a quienes se pretendió premiar *eran descendientes de españoles que tuvieron que emigrar por motivos sociales, económicos y políticos* y que no todos habían podido ejercer el derecho de opción antes del 7 de enero de 1997 (quizá por desconocimiento de la norma) (17).

Hasta ahora el artículo 20.1.º*b)* del Código Civil establece una desigualdad referida a la concesión de un derecho de opción a los descendientes de españoles de origen, sin extender este derecho a todos los descendientes de españoles, sin diferenciar si se les ha atribuido la nacionalidad española o la han adquirido.

El propósito de la Ley 36/2002 fue cumplir el mandato del artículo 42 CE de favorecer a los descendientes de emigrantes españoles que tuvieron que salir de España en un momento en que la situación política, social y laboral en nuestro país no era muy buena. Pero el mandato constitucional se refiere a la orientación de la política española al retorno de los españoles y a la

(16) Si el que recupera la nacionalidad española tiene hijos mayores de edad, éstos no se pueden beneficiar del derecho de opción previsto en el artículo 20.1.º*a)* del Código Civil, puesto que ya no se tratará de personas sujetas a la patria potestad de un español, a diferencia de los descendientes menores de edad del que recupera la nacionalidad española. La única posibilidad que les queda a los descendientes mayores de edad de optar por la nacionalidad española es que alguno de los progenitores fuera español de origen y nacido en España (art. 20.1.º*b)* del Código Civil. Como ya expuso en su día Lara Aguado, A., «Nacionalidad e integración social (a propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)», en *Diario La Ley,* núm. 5.694, año XXIII, 10 de enero de 2003, Ref. D-9. *La Ley* 4240/2002.

(17) Entre los beneficiados por este supuesto de opción habrá que incluir tanto a los hijos biológicos como a los adoptivos.

defensa de sus intereses sociales y económicos, sin distinguir si esos españoles lo son de origen o no. Por tanto, si entre los españoles que emigraron se encuentra algún naturalizado, está siendo discriminado, pues se le ha dado un trato diferencial con respecto a los españoles de origen, sin justificación racional, objetiva o razonable y sin que esa desigualdad en la ley constituya una medida de corrección de una situación de desigualdad entre ambos tipos de españoles.

La Ley 36/2002 intensificó las diferencias entre el grupo de españoles de origen y el grupo de los que adquieren la nacionalidad española, cuando lo que tendría que haber hecho es adoptar medidas que contribuyeran a equiparar ambos grupos, atribuyéndoles los mismos derechos de cara a la opción por la nacionalidad española.

Pero la concesión de un derecho de opción por la nacionalidad española, sólo cuando se es hijo de padre o madre originariamente español, no es una acción positiva suficiente, podría ampliarse al supuesto de los abuelos.

Piénsese en los casos en que los abuelos españoles que emigraron perdieron la nacionalidad española por adquirir la del Estado de acogida, sus hijos nacidos en el extranjero no habrán adquirido la nacionalidad española de origen, pues nacieron en un momento en que sus padres no eran españoles. Los descendientes de tercera generación, nietos de aquellos españoles que emigraron e hijos de extranjeros, sólo pueden adquirir la nacionalidad española por residencia en España durante un año (art. 22.2.º*f)*.

Y esto es lo que suponemos el legislador actualmente pretende corregir para satisfacer plenamente el mandato constitucional. Así aunque los nietos y nietas de españoles tienen abierta la vía de la adquisición de la nacionalidad española por el plazo abreviado de un año de residencia será más fácil acogerse al régimen de la opción, ya que no tendrían que acreditar residencia en España.

Así ya no se condiciona el derecho de opción a que el interesado sea hijo de padre o madre originariamente español y nacido en España, que limita el derecho a un grupo muy concreto de descendientes de emigrantes españoles.

No se debe olvidar, y parece que el legislador va por esa vía, que el hecho de que los padres hayan nacido en España o en el extranjero no proporciona unos vínculos mayores con España. El sentimiento de pertenencia a España no lo da el lugar de nacimiento por sí solo.

*RESUMEN*

*ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD*

*La futura modificación parcial del régimen de la nacionalidad pretende potenciar la adquisición de la nacionalidad española por opción a los descendientes de tercera generación, nietos de aquellos españoles que emigraron e hijos de extranjeros (aunque ninguno de los progenitores haya nacido en España), que emigraron por razones económicas o que se exiliaron por razones políticas durante o tras la Guerra Civil.*

*ABSTRACT*

*ACQUISITION OF NATIONALITY*

*The future partial amendment of nationality rules aims to encourage the acquisition of Spanish nationality by choice for third-generation descendents, grandparents of Spanish emigrants and children of foreign citizens (even if neither parent was born in Spain), who emigrated for economic reasons or were exiled for political reasons during or after the Civil War.*

## 1.2. Derecho de familia

### *LOS ESPONSALES EN LA ACTUALIDAD*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora*
*Derecho Civil UCM*

### I. INTRODUCCIÓN

Ulpiano en el Digesto fue el que claramente definió la promesa de matrimonio, sobre la que vamos a tratar en estas páginas. Así señaló que «*sponsalia sunt mentio e repromissio nuptiarum futurarum*» (1).

La doctrina actual la conceptúa como «*la promesa hecha por ambas partes de futuro matrimonio, libremente expresada por un signo sensible entre personas determinadas y hábiles en Derecho*» (2).

Concepto del que podemos señalar como características esenciales de la institución:

*a)* una promesa de futuro matrimonio;
*b)* aceptada por ambas partes; y
*c)* celebrada por personas hábiles en Derecho, lo que indica que ambas personas han de poder casarse válida y lícitamente durante el tiempo hábil comprendido en la promesa.

No se trata de simples manifestaciones de deseos, sino de una seria voluntad, y en el orden jurídico la figura nace de los hábitos y costumbres sociales en los cuales se introdujo como comienzo de una fase de preparación del matrimonio. Al cruce de promesas matrimoniales se le ha denominado tradicionalmente *esponsales*.

---

(1) Vid. García Varela, R., *Comentarios al artículo 42 del Código Civil,* Bosch, Barcelona, 2006, pág. 331 y sigs.

(2) Vázquez Iruzubieta (*Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1999) define la promesa de matrimonio como un contrato atípico, no formal, ni solemne, ni oneroso, causado por una obligación natural de hacer, cuyo incumplimiento, por ello mismo, no es exigible coercitivamente, produciendo solamente efectos patrimoniales de carácter resarcitorio, que no se rigen por las normas genéricas de la responsabilidad civil, sino que es la de esta misma materia quien las determina en su cualidad y alcance.

Lasarte Álvarez, C. (*Principios de Derecho Civil —Derecho de Familia—*, Trivium, Madrid) precisa que los esponsales consisten «en la promesa recíproca de matrimonio entre los novios o esposos que, Dios mediante, pasarán en su día a ser técnicamente cónyuges si es que llegan a contraer matrimonio», y explica que «los esponsales tienen un pasado glorioso, un presente dudoso y un porvenir ceniciento, dado el ritmo social de abandono de formalismos y rituales».

Ribó Durán (*Diccionario de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1987) considera los esponsales como la promesa recíproca de matrimonio futuro que, además de expresarse verbalmente, puede manifestarse en documento público o privado.

Avanzando algunas ideas sobre las que luego entraremos, podemos decir que el Código rechaza tal posibilidad diciendo que ni siquiera «*se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda*» (art. 42) (3).

Pero debemos aclarar que no es el Código Civil el primer cuerpo de leyes que borra de manera terminante la eficacia de la promesa de matrimonio, pues ya la Ley 18, Título 2, Libro 10 de las recopiladas, prohibía la admisión de las demandas sobre el cumplimiento de esta figura jurídica, al no estar otorgadas por personas hábiles para contraer los esponsales por sí mismas, constando la estipulación en escritura pública (4).

## II. ACTUALIDAD DE LA PROMESA DE MATRIMONIO (5)

El Código Civil guarda silencio sobre la *forma* de los esponsales, por lo que viene a autorizar *a sensu contrario,* cualquier forma de celebración de este contrato, incluso la verbal. Aunque puede incluirse cualquier otra estipulación

---

(3) Artículo 42: «*La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración.*

*No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento*».

Artículo 42 redactado por la Ley 30/1981, de 7 de julio *(BOE* de 20 de julio), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

(4) Decía MANRESA Y NAVARRO que es innegable que los esponsales coartaban el libre consentimiento en el matrimonio, creaban una situación de fuerza y daban al hábil seductor los medios de mejorar de fortuna, de modo que basta el examen de la legislación que sucesivamente ha merecido para hacer el proceso de la institución. Vid. GARCÍA VARELA, *Comentarios al artículo 42 del Código Civil,* Bosch, Barcelona, 2006, pág. 331 y sigs.

(5) SAP de Madrid, Sección 12.ª, de 27 de enero de 1998, rec. 478/1995. FD III: «No pueden admitirse los razonamientos del apelante *sobre un pretendido anacronismo del artículo 43, que haría inviable su aplicación por falta de "promesas" de matrimonio en la actual realidad social, según se argumentó en el acto de la vista, pues nos hallamos ante un precepto recientemente reformado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo importantes modificaciones en relación con el antiguo artículo 44, al suprimir la forma documental para los "esponsales", cuya denominación desapareció igualmente en el vigente artículo 42, sustituida por la "promesa de matrimonio"; eliminándose también el adjetivo de "justa" respecto de la causa del incumplimiento de la "promesa cierta de matrimonio"*».

Los esponsales, en la actual terminología, de «promesa de matrimonio», constituyen un *negocio jurídico preliminar a la celebración del matrimonio, pero de evidente naturaleza bilateral, pues una vez aceptada deja de ser solicitud unilateral, pasando a tener un carácter recíproco. Como tal pacto no produce obligación de contraer matrimonio, es lógico y acorde con el principio resarcitorio, que el incumplimiento produzca el deber de indemnizar los gastos que el otro novio hubiese ya efectuado con ocasión del matrimonio prometido y las obligaciones contraídas, según señala el referido artículo 43 del Código Civil.*

El FD cuarto dice que «resulta evidente que *la promesa de matrimonio futuro se extingue por mutuo disenso, como todo negocio jurídico bilateral, en cuyo caso es inoperante la previsión indemnizatoria del artículo 43 del Código Civil,* pero en autos no consta acreditado que tal situación se produjera, deduciéndose de los diversos elementos probatorios que la ruptura provino únicamente del demandado, quien no arguyó, ni por supuesto demostró, que concurriese "causa" que obstase a la celebración del matrimonio, lo que constituye un hecho extintivo que requiere ser alegado y probado para quedar remitida la obligación de indemnización, por lo que fue plenamente correcto el acogimiento de la demanda».

que los interesados estimen oportuna, como por ejemplo, los compromisos de resarcimiento para el caso del incumplimiento de lo prometido (6).

En cuanto a si constituye un *precontrato* o no, la doctrina se muestra discrepante. Un sector doctrinal alega que no constituye en puridad un precontrato, ya que de la promesa no nace jurídicamente obligación de contraer el matrimonio prometido, ni puede pedirse judicialmente su cumplimiento (7). Mientras que otro sector entiende que cabe considerar a los esponsales como un precontrato de matrimonio, pero con la particularidad fundamental de que lo estipulado en los mismos no es exigible jurídicamente; esto es, ni la celebración del matrimonio, ni el pago del resarcimiento pactado, si se ha previsto para el caso de incumplimiento, puede servir de base para una reclamación judicial que exigiera hacer efectivas alguna de esas estipulaciones (8).

La *ineficacia* de los esponsales es absoluta, sea cual sea el régimen jurídico según el cual se hayan celebrado, de manera que, en esta materia, existe identidad de posiciones entre la legislación civil y la canónica, la cual, en su canon 1.062.2 sanciona la ineficacia de la promesa de matrimonio (9).

Ya hemos señalado que el Código rechaza tal posibilidad diciendo que ni siquiera «se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda». Tampoco es lícito reforzar, directa o indirectamente, la promesa mediante la estipulación de una cláusula penal o de cualquier otro tipo de prestación para el caso de incumplimiento.

El consentimiento matrimonial es incoercible y ha de producirse con entera libertad y espontaneidad, y de ahí que el artículo 42 disponga que no hay obligación de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de no celebración del matrimonio prometido.

## III. LA LIBERTAD DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Este principio está consagrado en el artículo 45 del Código Civil y enlaza con los artículos 32.1 de la CE, según el cual: *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica* (10).

---

(6) La STS, de 16 de diciembre de 1996, establece que: «La sentencia recurrida considera de "incontrovertible constancia" que la actora convino en mantener tal convivencia con la certidumbre de que habría de alcanzar el "refrendo legal", esto es, con promesa de matrimonio (...). Los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio, en la que intervino promesa de matrimonio, tienen su origen en la *imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura de la convivencia, aunque nunca para el supuesto de la no celebración del matrimonio que constituye según el Derecho cláusula nula (art. 42 del Código Civil)*...» (la cursiva es nuestra).

(7) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 4, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Madrid, Tecnos, 2006. Edición 10 (reimp.).

(8) RIBÓ DURÁN, *Diccionario de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1987.

(9) Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983: canon 1.062.2.

(10) Además de con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979), 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977), 16 de la

El artículo 42 salvaguarda el principio de libertad en el consentimiento matrimonial, de manera que, ante la contraposición entre la eficacia de la promesa de matrimonio y dicho principio, no cabe presentar la celebración del matrimonio como cumplimiento de una obligación de hacer (11).

Tampoco produce la obligación de cumplir lo que se hubiere estipulado para el caso de no contraer matrimonio, lo cual es una lógica consecuencia de que si no existe la obligación principal, que es la de contraer matrimonio, ocurre lo mismo con las accesorias.

## IV. INADMISIÓN DE LA DEMANDA DONDE SE RECLAME LA EFECTIVIDAD DE LOS ESPONSALES

El último párrafo del artículo 42 contiene una norma procesal referida a la inadmisión de la demanda en que se pretenda el cumplimiento de la promesa de matrimonio por el demandado o demandada, sin necesidad de la tramitación del procedimiento correspondiente.

Mediante este mandato legal, la ineficacia procesal queda situada al principio del procedimiento.

A lo único que dan derecho los esponsales es a reclamar a la parte que incumple el resarcimiento de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas, en consideración al matrimonio prometido por la parte dispuesta a cumplir lo pactado. En este sentido, hay que entender que los gastos indemnizables han de ser proporcionados a las circunstancias, pues para tener derecho al referido resarcimiento es necesario que haya certeza de los esponsales; que se incumplan sin justa causa desde el punto de vista social, y que quien incumpla fuera mayor de edad o menor emancipado al formular la promesa de matrimonio.

## V. LA PROMESA DE CONTRAER MATRIMONIO Y EL PRINCIPIO RESARCITORIO

Pero la promesa de matrimonio genera una razonable y objetiva confianza en la realización de éste, que puede ser causa de desembolsos o gastos.

El vigente artículo 43 del Código Civil (12) la considera como fuente de responsabilidad en caso de incumplimiento sin causa, si es cierta y hecha por

---

Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por Instrumento de 16 de diciembre de 1985).

(11) BADOSA COLL subraya que «la libertad matrimonial se protege con sólo la ineficacia del negocio de esponsales, sin llegar a la nulidad de la que no habla el artículo 42; el motivo es el reconocimiento que hace el artículo 43 de su vigencia social que excluye que pueda calificarse de negocio prohibido (art. 6.3 del Código Civil)».

(12) Artículo 43: «*El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.*

*Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio*».

Artículo 43 redactado por Ley 30/1981, de 7 de julio *(BOE* de 20 de julio), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

persona mayor de edad o menor emancipado. La certeza no significa que la promesa se haya documentado, por lo que puede probarse su existencia por cualquiera de los medios de prueba (13).

El concepto de causa justa no puede darse en abstracto, sino habrá que analizar cada caso, en relación con la realidad social en que se mueve la pareja que ha prometido el matrimonio.

Así lo entiende O'Callaghan Muñoz (14), quien considera que el presente artículo establece la obligación de indemnizar si se da un presupuesto y si concurren un requisito objetivo y otro subjetivo.

El *presupuesto* es el incumplimiento sin causa, como establece este artículo 43, pero que debe entenderse que es sin causa justa. Si se incumple la promesa pero con causa justa, no hay obligación de indemnizar.

El *requisito objetivo* es la certeza de la promesa; *promesa cierta de matrimonio*, dice el texto legal. Pueden serlo tanto las mutuas declaraciones expresas, como derivarse de su conducta, como la tramitación del expediente previo, regalos de boda, etc.

El *requisito subjetivo* es que la persona que incumple tenga *capacidad de obrar, por ser mayor de edad o emancipado*.

## VI. INCUMPLIMIENTO SIN CAUSA

La ley menciona la expresión *incumplimiento sin causa* y es evidente que la misma hace referencia a la inexistencia de causa injusta (15).

---

(13) Mientras que, en su primitiva redacción, la norma hacia mención «al que rehusare casarse sin justa causa», donde la doctrina comprendía el conocimiento de ciertos hechos antes ignorados, relativos a la conducta o estado de salud del otro prometiente, la existencia de impedimentos para contraer matrimonio, la pérdida de la fortuna con que se podía contar, etc.; no parece que exista radical diferencia sobre este particular entre uno y otro texto, de manera que, antes y ahora, pueden incluirse en el concepto de incumplimiento sin causa los recién citados y otros similares.

(14) O'Callaghan Muñoz, «Código Civil comentado y con jurisprudencia», en *La Ley-La Actualidad,* Las Rozas (Madrid), 5.ª ed., 2006. pág. 92 y sigs.

(15) «Considerando que prometido el matrimonio, aunque la Ley no obligara al cumplimiento de la promesa, hace responsable de la indemnización del empobrecimiento de la parte defraudada a quien la rompe sin justa causa» (SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 3 de abril de 2000).

«El actual artículo 43 del Código Civil, al suprimir la "justicia" de la causa, ha eliminado la idea de proporcionalidad entre la gravedad de la causa y la gravedad de la decisión de no casarse, sin embargo con el mantenimiento de la expresión "sin causa" se pretende que la protección de la libertad matrimonial no lleve a una práctica discrecionalidad en la decisión de romper con la promesa contraída, puesto que en otro caso el contenido del precepto sería superfluo» (SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 2 de noviembre de 2001). En el mismo sentido la SAP de Almería, de 24 de octubre de 1994.

SAP de Sevilla, Sección 5.ª de 30 de enero de 2001. Reclama la parte actora una indemnización por la ruptura de la promesa de matrimonio que le hizo el demandado, indemnización comprensiva de los gastos que efectuó para la boda, de los perjuicios que le ocasionó tener que abandonar su residencia en Francia y los trabajos que allí desempeñaba y de los daños morales que le ha causado el incumplimiento del demandado. La sentencia apelada rechaza la demanda al entender que no se ha probado que el demandado fuera el que rompiera el compromiso, que tal ruptura, en todo caso, no podría considerarse arbitraria y que de los conceptos reclamados sólo sería indemnizable conforme al artículo 42 del Código Civil el de gastos para la boda, consistente en el

VÁZQUEZ IRUZUBIETA entiende que el incumplimiento sin causa debe ser intempestivo y la excusa legal liberatoria ha de ser interpretada generosamente para que la amenaza de sanción pecuniaria no se convierta en un arma de presión para la celebración del matrimonio, que es el fin no querido por la ley.

## VI. CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN

El contenido de la indemnización se concreta en el resarcimiento de los gastos que la otra parte ha hecho o de las obligaciones que ha contraído por razón del matrimonio prometido, pero no afecta a los gastos u obligaciones verificados por un tercero (por ejemplo, los padres o parientes del novio o novia), quien no podrá acogerse a esta norma, sino que, en caso de ulterior reclamación, deberá acudir a la obligación de indemnizar contemplada en el artículo 1.902 del Código Civil (16).

---

caso de autos en un traje de novia cuyo precio ha de compensarse con las cantidades que el demandado entregó a la actora para el pago del viaje de novios y que ésta ni gastó en esa finalidad ni devolvió.

En el FD segundo dice la sentencia que «*efectivamente es presupuesto de hecho básico para la aplicación del artículo 43 del Código Civil que la no celebración del matrimonio previsto hubiera tenido lugar única y exclusivamente por la decisión del demandado de no llevarlo a cabo y que tal decisión la hubiese tomado arbitrariamente, sin causa alguna que lo justifique,* presupuesto de hecho cuya acreditación conforme al artículo 1.214 del Código Civil corresponde a la actora, que es quien lo alega, y que no ha quedado probado en estos autos. Tras un renovado examen de la prueba practicada, ha de llegarse a la conclusión de que la parte actora lo único que ésta ha acreditado es una discusión entre las partes en este pleito en momentos próximos a la boda sobre la pretensión de la actora de que el demandado otorgara testamento a su favor. Pero de esta negativa a otorgar testamento no puede deducirse mediante un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, que el demandado se negase a celebrar la boda. Ninguna prueba acredita esta negativa, sino que por el contrario todos los testimonios que se han prestado en los autos indican lo contrario. Por otra parte, si era la actora la que exigía como garantía para el matrimonio el otorgamiento de ese testamento, fue ella la que impuso al compromiso matrimonial una condición ajena al mismo que, finalmente, impidió su celebración. Es decir, la única posible causa mediata o indirecta de la ruptura que se puede considerar acreditada es una exigencia de la actora extraña al compromiso matrimonial, por lo que sería esta conducta de condicionar el matrimonio al otorgamiento de testamento, imputable exclusivamente a la actora, la que motivó al demandado a apartarse de su celebración. *En definitiva, con la prueba practicada, no puede achacarse al demandado la ruptura de la promesa matrimonial, ni menos aún que se apartase de la celebración del mismo de forma arbitraria o injustificada*».

(16) La STS de 16 de diciembre de 1996 *(AC* 363/1997) señala que: «La sentencia recurrida considera de "incontrovertible constancia" que la actora convino en mantener la convivencia con la certidumbre de que habría de alcanzar el "refrendo legal", esto es, con promesa de matrimonio (...) Sin embargo, no puede desconocerse, pese al incorrecto planteamiento de los motivos (...) que, precisamente, con apoyo en estos hechos resulta desmesurada la interpretación del artículo 43 del Código Civil, ya que estima "gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido", *conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquéllos y éstos con la promesa de matrimonio, conceptos que, además, no pueden incluir una especie de indemnización por daños morales*, ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las

La acción resarcitoria abarca los gastos consumados y las obligaciones de pago aplazado contraídas en consideración al matrimonio prometido, siempre que tengan conexión directa con éste. Así, debe de interpretarse que los gastos indemnizables son los efectuados *después de haber mediado la promesa y no antes*, y excluirse las obligaciones que se condicionaron a la existencia del matrimonio o que pueden resolverse sin perjuicio para el promitente que las asumió.

## VIII. CADUCIDAD

La obligación de indemnizar contemplada en este precepto tiene el plazo de caducidad, no de prescripción, de un año, cuyo cómputo se iniciará «el día de la negativa a la celebración del matrimonio» (17), y esta fecha debe ser probada fehacientemente.

---

limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento. (...) Desde luego el *daño moral, causado por la frustración del proyecto matrimonial, no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal, y lo mismo cabe decir del estado de depresión reflejado en el informe forense que consta en las actuaciones*. Los demás daños son reparables conforme al artículo 1.902 del Código Civil, invocado entre los reguladores de la culpa extracontractual en los fundamentos jurídicos de la demanda (...). No cabe, tampoco en este orden, apoyarse en el artículo 43 del Código Civil para basar la condena al uso y disfrute durante dos años de la vivienda familiar, propiedad del recurrente, pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya "ratio" no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla, implícitamente como un hecho futuro. Pero sí puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la "ratio" normativa a la convivencia *more uxorio*».

Doctrina seguida por las siguientes sentencias: SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 17 de enero de 2000; o la SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 15 de noviembre de 2000 *(La Ley* 207994/2000 que concretamente señaló que: «Debe señalarse que la dicción del artículo 43 del Código Civil al disponer el legislador que el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, descartando cualquier indemnización que no sea por los dos conceptos referidos: gastos hechos y obligaciones contraídas. Resultando claro, a juicio de la Sala, que el subsidio dejado de percibir en Suecia no es subsumible en ninguna de las dos excepciones referidas»).

(17) SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 31 de julio de 2002, en la que la actora y el demandado mantuvieron una relación de noviazgo que duraba ya algunos años, y ante el deseo del demandado de comprar un automóvil nuevo, la actora le transfirió la cantidad de 920.000 ptas., que sirvió para el pago parcial de la compra de un vehículo Seat Toledo, que se matriculó a nombre del demandado. Roto el noviazgo, la actora reclamó al demandado la expresada cantidad. La actora considera que la entrega de dinero que hizo para la compra del automóvil fue un préstamo concedido a su novio. Frente a ello, el demandado alega que ni hubo contrato de préstamo ni es aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto, considerando que la entrega de aquella cantidad fue realizada en contemplación al matrimonio que las partes pensaban contraer, y que una vez contraído, el automóvil quedaría para el uso de ambos cónyuges, añadiendo que la hoy demandante le dijo entonces que la cantidad que le entregaba «sería su regalo de boda».

En esta misma idea de calificar la entrega de aquella suma de dinero como una liberalidad de la actora en atención al matrimonio proyectado, insiste el recurrente en la

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS indican que debería considerarse que la verdadera naturaleza del plazo establecido debería ser la prescripción, como cualquier otra acción indemnizatoria (18) pero, en la mayoría de la doctrina científica prevalece la calificación del legislador, aparte de que, como señala LASARTE: «no existe precepto alguno que imponga que las acciones indemnizatorias quedan sometidas en exclusiva a la prescripción».

*RESUMEN*

*PROMESA DE MATRIMONIO*

*Los esponsales o promesa de matrimonio no es una institución anacrónica, pues fue objeto de reforma por la Ley de 1981. Constituye un negocio jurídico preliminar a la celebración del matrimonio, de naturaleza bilateral, pues una vez aceptada deja de ser unilateral, pasando a tener un carácter recíproco. Como tal pacto no produce*

*ABSTRACT*

*PROMISE OF MARRIAGE*

*The betrothal or promise of marriage is not an anachronistic institution, for it was reformed by the Law of 1981. It is a juristic act preliminary to marriage, and it is bilateral, because when a promise of marriage is accepted, it ceases to be unilateral and becomes reciprocal. Whereas the accord does not produce any obligation to marry, it*

vista del recurso. Y sigue también alegando que la acción ejercitada está prescrita, en atención a lo que dispone el artículo 43 del Código Civil respecto del incumplimiento de las promesas matrimoniales (esponsales).

El FD 3.º dice que «resulta ciertamente discutible la calificación jurídica de los hechos expuestos. La calificación de préstamo es muy dudosa. Los interesados sostenían una relación íntima de noviazgo y proyectaban contraer matrimonio. La propia actora así lo expresaba en la demanda de conciliación interpuesta en reclamación de la suma entregada. *Y la realidad del proyecto matrimonial se afirma también por el demandado, siendo lógico admitirlo como cierto, ya que los novios no convivían realmente como un matrimonio, ya que no tenían nada en común (ni vivienda, ni bienes, ni cuentas bancarias, etc.). Cada uno convivía con su propia familia natural.*

Es por ello que la relación jurídica que mejor le cuadra a la situación originada es la de una donación por razón del matrimonio, cuya regulación se contiene en los artículos 1.336 a 1.343 del Código Civil, siendo especialmente aplicable al caso de autos el 1.342, según el cual, quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegaran a celebrarse en el plazo de un año.

Se trata de una ineficacia establecida por ministerio de la Ley. La acción para recuperar lo entregado, en su caso, no es la del párrafo segundo del artículo 43 del Código Civil, que sólo se refiere a la reclamación que se entabla para obtener el resarcimiento de los gastos que el propio reclamante haya tenido en razón del matrimonio prometido y no contraído por culpa del otro.

Una donación por razón del matrimonio, hecha por el novio a la novia o viceversa, no es un gasto matrimonial, sino una liberalidad, que queda sin efecto si el matrimonio proyectado no llega a celebrarse en el plazo de un año, a contar de la fecha en que se hizo la donación, y ello con total independencia de quién fuese el culpable de la ruptura de las relaciones de noviazgo».

(18) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: «La acción sólo puede ejercitarse dentro del plazo de un año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio, que se califica de caducidad (art. 43, párr. 2.º), aunque su verdadera naturaleza es de prescripción como cualquier otra acción indemnizatoria».

*obligación de contraer matrimonio, es lógico y acorde con el principio resarcitorio, que el incumplimiento produzca el deber de indemnizar los gastos que el otro novio hubiese ya efectuado con ocasión del matrimonio prometido y las obligaciones contraídas.*

*is logical and in accordance with the rule of redress that breach of promise should produce the duty to indemnify the other party for the expenses that party has already paid toward the promised marriage and the contracted obligations.*

## 1.3. Derechos reales

### *HIPOTECA SOMETIDA A CONDICIÓN SUSPENSIVA*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Doctora en Derecho*
*Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija*

### I. INTRODUCCIÓN

Han sido las RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 las que han «levantado la veda» para la admisión definitiva de las hipotecas sometidas a condición en nuestro ordenamiento. A partir de las mismas, las hipotecas condicionales pueden inscribirse por los registradores sin cuestionar su viabilidad.

Sin embargo, se trata de una figura que no está regulada por la Ley, y cuya admisión no es pacífica entre la doctrina, por lo cual merece la pena hacer una reflexión sobre ella.

La hipoteca es un derecho real de garantía que sujeta los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación asegurada. Y esa obligación que se garantiza con hipoteca puede ser de cualquier tipo o clase, incluso condicional. Surgen entonces las hipotecas en garantía de obligaciones condicionales, perfectamente admitidas y reguladas por los artículos 142 LH y siguientes. Pues bien, estas hipotecas ya nacidas y existentes, por lo tanto puras como derecho de garantía, que aseguran, eso sí, una obligación condicional, no pueden confundirse con las hipotecas condicionales, que, a diferencia de las anteriores, es su propia existencia la que se condiciona. Se trata de un derecho real condicionado y no de un derecho real ya constituido que garantiza una obligación sometida a condición.

### II. HIPOTECA CONDICIONAL: SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho que ocasiona la Resolución de 2 de septiembre de 2005 es el siguiente:

Se presenta a inscripción una escritura de hipoteca en garantía de obligaciones que surjan de un crédito formalizado el mismo día mediante póliza intervenida por el mismo Notario autorizante. Se fija un importe máximo de

responsabilidad hipotecaria, pero además se establece que si se cumplen determinadas condiciones (entre ellas, la de devenir insolvente el deudor), se ampliará el crédito y correspondientemente se ampliará la hipoteca. Es esta ampliación de hipoteca la que se constituye con carácter condicional. Por lo tanto, existe una hipoteca ya constituida y otra (que garantiza la ampliación de préstamo), constituida con carácter condicional.

El Registrador rechaza la inscripción de esta segunda hipoteca por entender que no es admisible la constitución de hipotecas bajo condición suspensiva, ya que con ellas «se altera gravemente el justo equilibrio entre los intereses del acreedor, del deudor y de los terceros, que garantizan las reglas y principios que gobiernan la hipoteca común». Y en concreto, alude como motivos de rechazo: *a)* que dicha hipoteca agrava la posición del deudor e incremente los riesgos de sus restantes acreedores, alterándose gravemente el justo equilibrio entre los intereses del acreedor, del deudor y de los terceros. En concreto, alude a la necesidad de razón justificativa para la creación de nuevos derechos reales y a la necesidad de que se cumplan ciertos requisitos estructurales; considera, asimismo, que se impide el buen funcionamiento de los mecanismos de descuento y subrogación en caso de finca hipotecada; que se hace muy difícil la ejecución y el sistema de subsistencia de cargas, si ejecutada una carga posterior se incumple la condición, y, además, afirma que la hipoteca condicional no puede equipararse a una hipoteca unilateral, expresamente regulada por la ley, pues tienen naturaleza diferente, y nuestro ordenamiento no admite este tipo de hipotecas, sino que más bien es contrario a su utilización, y por último, mantiene que es complicado que estas hipotecas tengan efectos retroactivos automáticos. *b)* Asimismo, se rechaza la inscripción porque los eventos de los que se hace depender la eficacia de la hipoteca no son verdaderas condiciones.

Pues bien, la DGRN acepta la constitución e inscripción de las hipotecas sometidas a condición suspensiva, y los argumentos que da para su admisión, resumidamente, son los siguientes:

1. Los derechos reales son *numerus apertus,* por lo que pueden constituirse nuevos derechos reales y, asimismo, puede alterarse el contenido típico de los mismos, y en concreto sujetarlos a condición, término o modo. Eso sí, siempre es necesaria una razón justificativa suficiente y la determinación precisa de los contornos del derecho real. Pero respetados esos límites, «la hipoteca voluntaria, como fruto que es de la autonomía de la voluntad plasmada en un negocio jurídico, puede quedar sujeta a una condición, al igual que puede constituirse por plazo determinado (cfr. Resolución de 17 de octubre de 1994)».
2. Afirma que la hipoteca sometida a condición suspensiva no es «un gravamen potencial sino un derecho de garantía actual de un crédito existente, que perjudica a los terceros adquirentes desde su constitución, si bien se moraliza la cobertura de dicho crédito, de suerte que además de la parte inicialmente asegurada se extiende —si se cumple la condición— a otra parte también determinada». Esto se justifica en el hecho de que *pendiente conditione,* el acreedor tiene facultades de conservación y disposición de su derecho, y *existente conditione,* el derecho del acreedor alcanza su plena extensión y con el rango que le confiere la inscripción.
3. Se cumple perfectamente el principio de determinación registral, pues el crédito que se garantiza está plenamente configurado en sus aspec-

tos definidores, y asimismo queda determinada la responsabilidad hipotecaria máxima por la que será oponible la hipoteca.

4. No se perjudica los derechos de terceros, pues al haberse señalado la responsabilidad hipotecaria máxima, y constar que, si se cumple la condición, la responsabilidad se ampliará automáticamente hasta la cantidad señalada, se pone en conocimiento de dichos terceros todas las vicisitudes.
5. No impide el desarrollo del crédito territorial, ya que se atribuye al deudor la facultad de liberarse del gravamen mediante la amortización anticipada del crédito.
6. Por último, asegura que los acontecimientos de los que se hace depender el nacimiento de la «nueva» hipoteca, son verdaderas condiciones, y no *conditio iuris* como entendía el Registrador.

Ante esta sorprendente doctrina de la DGRN, creo que es conveniente plantearnos hacer un análisis de la misma, sobre todo en relación a dos temas: 1) la posibilidad de admisión en nuestro derecho de tales hipotecas, 2) las consecuencias prácticas de tal admisión.

## III. POSIBILIDAD DE ADMISIÓN DE LAS HIPOTECAS SOMETIDAS A CONDICIÓN SUSPENSIVA

La admisión de este tipo de hipotecas en nuestro ordenamiento, no tiene fácil cabida.

1. En primer lugar, no existe ninguna regulación legal que la contemple, pues ni la Ley Hipotecaria ni el Código Civil la recogen en su articulado. En consecuencia, su admisión debería apoyarse en la existencia de un *numerus apertus* de derechos reales, y con base en ello, tal y como hace la DRGN, admitir su posibilidad. Pero, de todos es sabido que la posibilidad de un *numerus apertus* de derechos reales está muy restringida, y ha sido el propio Centro Directivo (1) quien ha marcado los límites o requisitos de su admisión, a saber:

*a)* No basta la mera voluntad de las partes para la configuración de los derechos, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos de derecho real.
*b)* Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trasciende a los terceros.
*c)* Es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho.
*d)* Es necesaria que exista causa o razón que la justifique.

Por todo ello, y fijándonos sobre todo en el segundo requisito, separándonos en este punto de lo que mantiene la Dirección General, considero que, precisamente, la eficacia frente a terceros de los derechos reales, su oponibilidad *erga omnes*, exige la aplicación de principios de orden público, inmuta-

(1) Véase, en este sentido, las RRDGRN de 11 de abril de 1930; 23 de noviembre de 1934; 13 de mayo de 1936; 1 de marzo de 1939; 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943; 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947; 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955; 1 de agosto de 1959; 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993.

bles e inderogables, lo que impide que su configuración quede libremente sometida a la voluntad de las partes. Por eso, no creo que pueda «alterarse el contenido de este derecho», sometiéndolo a condición, pues la eventualidad de su nacimiento, y sobre todo el incumplimiento de la condición a la que se somete, que conduce a la no existencia del derecho, puede perjudicar a terceros que contrataron o actuaron con base en una «expectativa de derecho».

2. La falta de regulación legal lleva a parte de la doctrina a admitirlas por su «semejanza con las hipotecas unilaterales», pues, éstas también se hacen «depender» de la futura aceptación del acreedor, y por tanto, se entiende que el régimen de las unilaterales puede aplicarse a las hipotecas condicionales, hasta ahora al margen de cualquier previsión legal. Bien, no podemos estar más en desacuerdo con esta idea. Las diferencias entre las hipotecas sometidas a condición suspensiva y las unilaterales no pueden ser mayores. En las hipotecas unilaterales, la aceptación del acreedor es requisito para la existencia del derecho real, y no condición a la que se somete su probable, futura e incierta existencia. Esto quiere decir que, mientras en la hipoteca unilateral existe, desde el inicio, una hipoteca —en vías de desarrollo, hasta que se cumplan todos los requisitos necesarios—, en la hipoteca sometida a condición suspensiva no existe, no hay hipoteca alguna, ni siquiera en fase de constitución.

3. La jurisprudencia registral, hasta la fecha de estas Resoluciones, ha rechazado este tipo de hipotecas, pues si bien admite sin problemas la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones condicionales (por otra parte, sí reguladas por la Ley), ha rechazado en varias ocasiones la incertidumbre como compañera de viaje de los derechos reales inscritos, pues la seguridad jurídica pretendida con el Registro de la Propiedad choca con las situaciones de incertidumbre, tal y como afirman las RRDGRN de 15 de febrero de 2002 y 22 de julio de 2004 (2).

4. Como consecuencia de ello, la admisión de estas hipotecas, en definitiva, puede suponer la admisión de una reserva de rango indefinida, hasta que se cumpla la condición que, dependiendo de cuál sea el hecho en que ésta consista, puede alargar dicho plazo en demasía. De esta forma, se estaría alterando nuestro sistema registral, que establece claramente un sistema de avance de puestos frente al sistema de rangos fijos, y que es escrupuloso en la regulación de las negociaciones del rango, admitiendo la reserva, permuta y posposición en casos perfectamente delimitados. La admisión de esta figura nos «vuelve a sonar», a una vieja cantinela y aspiración de las entidades crediticias que pretenden lograr y asegurarse un rango preferente como sea, alterando el sistema de prelación de créditos y la *par conditio creditorum*.

5. La retroactividad. Si hablamos de una hipoteca sometida a condición suspensiva, según la teoría general de las obligaciones, cumplida la condición, deben retrotraerse sus efectos al momento de su inscripción. ¿Es posible esta retroactividad en las hipotecas sometidas a condición? Analiza muy bien esta cuestión MURO VILLALÓN (3), y voy a reproducir su razonamiento: Si no es posible dicha retroactividad, habría que concluir que no es posible su inscripción, porque al ser la inscripción constitutiva, nada se aseguraría hasta la

(2) De nuevo, lo que subyace en estas afirmaciones son razones de orden público y de seguridad jurídica.

(3) Véase MURO VILLALÓN, J., *La hipoteca bajo condición suspensiva,* comunicación presentada en el Congreso de Registradores de Granada, octubre de 2006.

fecha de cumplimiento de la condición, y estaríamos ante un Derecho prácticamente vacío de contenido; no sería nada esa hipoteca pre-inscrita. Añade este autor que sería «un negocio jurídico sin causa objetiva, entendida como la función social que presta», y que produciría una apariencia de derecho de hipoteca, de dudosa eficacia ante las partes y terceros, similar a la promesa de hipoteca, prohibida por nuestro ordenamiento (art. 1.862 del Código Civil).

Pues bien, este autor considera que existen motivos importantes para negar la retroactividad a este tipo de hipoteca, como son: *a)* la excepcionalidad que tiene en nuestro Derecho la creación de preferencias y privilegios no reconocidos por el ordenamiento jurídico, pues alteran la *par conditio creditorum; b)* la incertidumbre que se genera en el tráfico jurídico por hacer depender la existencia de la hipoteca de un supuesto o acontecimiento que debe acreditarse extra-registralmente, y que por tanto escapa a la fe pública registral; *c)* en consecuencia, puede producirse una restricción a la libre circulación de las fincas, pues en esas condiciones los terceros, posibles adquirentes de la finca, se retraerán por la dificultad de determinar si existe o no hipoteca anterior a sus derechos.

Todos estos motivos hacen dudar de la posibilidad de la retroactividad en la hipoteca, y si no hay retroactividad, lo que, desde luego no hay, es verdadera condición suspensiva, pues es de esencia de las mismas esa retroactividad (art. 1.120 del Código Civil). Si no hay condición suspensiva, lo que tendremos no será una hipoteca sometida a condición, sino probablemente otra figura distinta, que como hemos dicho antes, más se asemeja a un privilegio, a un rango perpetuo.

En resumen, desde un punto de vista teórico, no encontramos argumentos válidos para mantener su admisibilidad. Y ésta se basa más bien en razones de la práctica mercantil y de la agilidad del tráfico y de dar respuesta a demandas de los acreedores hipotecarios (entidades financieras en su mayoría), que consiguen así un guardar un mejor rango, razón que ha sido determinante el caso de las resoluciones analizadas. Otra de las razones, como bien apuntan PARDO NÚÑEZ y DE LA IGLESIA (4), y muy ligada a las ya citadas es el beneficio fiscal que conlleva este tipo de operación. La STS de 5 de diciembre de 1998 pospone el Impuesto de Transmisiones en las adquisiciones de derechos sujetas a condición, hasta que se cumpla ésta. De esta forma, como dicen los autores citados, se evita el pago de los impuestos por la constitución de estas hipotecas «mediante el expediente de condicionar su efectivo nacimiento —y por tanto el pago del oportuno gravamen fiscal— a que verdaderamente se las necesiten; es decir, al surgimiento de indicios que permiten prever el impago, más o menos inminente, de los créditos garantizados».

Por otra parte, en el caso concreto de la resolución que se analiza, desde mi punto de vista, existe otra razón de tipo práctico que favorecería su admisión. En el caso de estas resoluciones, la hipoteca condicionada es una futura y probable ampliación de hipoteca. Lo que pretende el acreedor es «reservar el rango» de la primera, y «burlar» con esta figura el procedimiento normal, que sería establecer una primera hipoteca, después inscribir la nueva ampliación de hipoteca (si se amplió el préstamo), estableciendo un pacto de igualdad de rango con la primera, siempre que no hubiera terceros intermedios; pues, si existen, no es posible dicho pacto —al menos sin su consentimiento—, y la am-

(4) Véase PARDO NÚÑEZ, C. y DE LA IGLESIA MONJE, I., «Hipotecas bajo condición suspensiva», en *La Ley,* 3 de julio de 2006, págs. 1-5.

pliación supondrá, entonces, pérdida de prioridad (5). No obstante, este procedimiento de establecer dos hipotecas con igualdad de rango, que es perfectamente posible y admitido, no interesa al acreedor porque fiscalmente es mucho más costoso, ya que se someterían al gravamen de IAJD las sucesivas constituciones de las dos hipotecas. Con la hipoteca condicional, no sólo se evita esas sucesivas imposiciones, sino que, además, se posterga el gravamen hasta el efectivo cumplimiento de la condición, y sólo si se cumple. Además, la admisión de la hipoteca condicional podría ser el vehículo para burlar el pacto de igualdad de rango entre una primera hipoteca y la posterior ampliada, pues, como hemos dicho, esto sólo es posible si no existen terceros intermedios, que puedan resultar perjudicados, o si existen, con el consentimiento de todos ellos (6). La admisión de la hipoteca sometida a condición suspensiva, tal y como mantiene la DGRN, no afectaría a esos terceros, es más, no existirían esos terceros intermedios, porque la hipoteca inscrita ya estaría advirtiendo de tal posibilidad. Luego, con la hipoteca condicional, sí se conseguiría el objetivo pretendido: asegurarse un rango mejor, sin llevar a cabo tantas operaciones, y con independencia de la existencia o no de terceros inscritos.

Razones, todas ellas, que favorecen las intenciones de las entidades financieras, que son, en la práctica, los principales acreedores hipotecarios.

Resumiendo, son fundamentalmente razones prácticas las que conducen a la admisión de esta figura. Pero, ¿son todo ventajas y beneficios en la práctica? Creemos que no, pues existen también muchas dificultades prácticas en su ejercicio, que conviene poner de relieve y que desaconsejan su admisión definitiva.

---

(5) Por otra parte, después de las RRDGRN de 7 de enero de 2002 y 8 de junio de 2002, se admite la posibilidad de la ampliación de hipoteca como novación modificativa del préstamo inicial, conservando, entonces, la parte ampliada de hipoteca el mismo rango que la anterior, sin necesidad de constituirse dos hipotecas. Además, si llega a aprobarse el Anteproyecto de Ley de Reforma del Mercado Hipotecario, esta operación será todavía más fácil, pues contempla la modificación del artículo 4 LSMPH, en el sentido de que la ampliación o reducción del capital se contempla como una de las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación del préstamo hipotecario (novación modificativa), confirmando, de este modo, que se trata de la misma obligación inicialmente asegurada y por lo tanto con la misma hipoteca primitiva.

(6) Véanse las Conclusiones formuladas por la Comisión Nacional de Consultas el 20 de noviembre de 2003, al pronunciarse sobre la admisibilidad o no del pacto de igualdad de rango: «El pacto de simultaneidad de rango debe formalizarse entre el dueño de la finca hipotecada y el titular, o los titulares de las hipotecas. La presencia del primero es, en todo caso, necesaria, no sólo porque la igualdad de rango puede representar para él un perjuicio real o potencial, sino especialmente porque a él corresponde siempre la voluntad de que las hipotecas constituidas gocen del mismo rango, no pudiendo verse aquí un supuesto de negociación de rango (art. 241 RH) al que aquél pueda permanecer ajeno... En el caso de que existan titulares de cargas intermedias entre las hipotecas, a cuya simultaneidad de rango se aspira, se requerirá no sólo el consentimiento de los titulares de las mismas, sino la perfecta determinación de la situación de prioridad registral en que todas las cargas quedan».

Pero, si no existen terceros intermedios, la Comisión afirma que «En el caso de que tales titulares no existan, debe prevalecer la voluntad de las partes de establecer una sola obligación con un régimen único y uniforme, como declararon las indicadas Resoluciones. Resulta inadecuado pretender diferenciar en el asiento de ampliación de hipoteca cantidades y responsabilidades de los que ha pasado a ser único por voluntad de los intervinientes».

## IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS DE LAS HIPOTECAS SOMETIDAS A CONDICIÓN SUSPENSIVA

NÚÑEZ PARDO y DE LA IGLESIA MONJE (7) han abordado en su estudio las principales dificultades o inconvenientes prácticos que se derivan de las hipotecas condicionales. Resumimos en estas líneas los principales que allí se recogen:

### 1. VENTA FINCA HIPOTECADA

Mantienen estos autores que en las hipotecas bajo condición suspensiva no puede actuar en los casos de transmisión de finca hipotecada el sistema de retención o descuento del precio, que recoge el artículo 118.2 LH. En estos casos, sería imposible la subrogación del vendedor (deudor hipotecante) en el lugar del acreedor, para recuperar del comprador la cantidad descontada. Si no se cumple la condición, no existe hipoteca, luego no es posible la subrogación del deudor en la hipoteca para recuperar la parte del precio descontada, pues, como dicen estos autores, «nadie puede subrogarse en lo que no existe». De esta forma, se impediría el juego de la subrogación típica en la venta de finca hipotecada con descuento, importantísimo para la transmisión de fincas hipotecadas.

### 2. EJECUCIÓN FINCA HIPOTECADA

Otro problema similar al anterior surge en la venta judicial de la finca hipotecada, derivada de su ejecución. Se impide en este caso el correcto funcionamiento del sistema de subsistencia de cargas (arts. 232 y 231 RH), y la correspondiente subrogación del comprador en la hipoteca para recuperar el importe retenido y descontado del valor de la finca, precisamente por la existencia de esa hipoteca que, si no se cumple la condición, no llega a existir.

Pues bien, en este punto, los citados autores defienden que si se ejecuta una carga posterior a la hipoteca, pueden ocurrir dos cosas: *a)* se considera que la hipoteca condicionada no subsiste y por tanto se cancela su inscripción (¿de qué sirve entonces?); *b)* la hipoteca sí existe, y subsiste, por tanto, a la ejecución. En este caso, que sería lo más normal, se descontaría del precio del remate el importe de la hipoteca subsistente; pero, si la condición no llega a cumplirse, no existiría tal hipoteca. Luego, en este caso, al no existir la carga que previamente se descontó del remate, el antiguo propietario debería subrogarse en la hipoteca para recuperar el importe de la mal descontada carga. Pues bien, si no se cumple la condición, no existe hipoteca, y no hay, de nuevo, mecanismo subrogatorio posible para el antiguo propietario ejecutado.

Estos dos relevantes problemas prácticos, que impiden el normal funcionamiento del derecho real de hipoteca, inciden en la dificultad de su admisión. Si a ellos unimos todos los inconvenientes que vemos para su admisibilidad y licitud, nos inclinamos por rechazar la admisión de esta figura, que sólo pretende una reserva de rango indefinida y esquivar una imposición fiscal.

---

(7) Véase PARDO NÚÑEZ, C. y DE LA IGLESIA MONJE, I., «Hipotecas bajo condición suspensiva», *ob. cit.*, págs. 1-5.

No obstante, a raíz de las dos Resoluciones citadas, no cabe duda de que es perfectamente admisible e inscribible en el Registro de la Propiedad. Sería de agradecer, entonces, que el legislador tuviera a bien el tratar de solucionar y dar respuesta, en una futura regulación sobre las hipotecas condicionales, a los problemas que se han puesto de relieve.

*RESUMEN*

*HIPOTECA CONDICIONAL*

*A raíz de las Resoluciones de DGRN de septiembre de 2005, se admiten en nuestro ordenamiento las hipotecas sometidas a condición suspensiva. Su admisión es discutida por la doctrina tanto en cuanto a su propia validez como a las dificultades que su admisión puede generar en la práctica. Se analizan en estas líneas, ambos aspectos.*

*ABSTRACT*

*CONDITIONAL MORTGAGE*

*As a result of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decisions of September 2005, Spanish legislation admits mortgages subject to suspensive conditions. The admission of mortgages of this type is disputed by doctrine, in terms of both their validity and the difficulties that their admission may cause in practice. Both aspects are analysed here.*

## 1.4. Sucesiones

### *PRETERICIÓN POR OMISIÓN DEL LEGITIMARIO*

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
*Profesora titular de Derecho Civil UNED*

### I. PLANTEAMIENTO

Este estudio tiene como objeto analizar algunas sentencias que tratan de la preterición, esto es, cuando el testador omite de forma voluntaria o involuntaria en su testamento a algún legitimario al no establecer a su favor ninguna disposición patrimonial sin causa alguna que justifique este hecho, ya que si la no mención del legitimario se debe a desheredación, no hay preterición.

La preterición, desde un punto de vista formal, equivale a no instituir ni desheredar de forma expresa. Desde un punto de vista material, cabe no mencionar a un legitimario en el testamento y, sin embargo, no existir preterición por haberle asignado la legítima a través de una donación.

Ya las Partidas (6.8.1.) se referían a la preterición como «pasamiento que es fecho calladamente non faciendo el testador mención en el testamento de los que habían de heredar lo suyo por derecho». En las mismas era necesaria la institución de heredero para la validez del testamento. El Ordenamiento de Alcalá suprimió esta solemnidad.

## II. CONCEPTO

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la preterición supone la privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto a sus herederos forzosos en línea recta, y no existe tal preterición cuando se deja al legitimario una manda aunque no cubra toda su parte de legítima, asistiéndolo en tal supuesto solamente la acción de complemento de legítima (STS de 23 de abril de 1932), si bien, las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos no son radicalmente nulas y sí solamente inoperantes (STS de 28 de febrero de 1966).

## III. CLASES

Es tradicional distinguir dos clases de preterición: intencional y no intencional.

### 1. Intencional

Cuando queda patente y clara la voluntad de no dejar nada en el testamento o bien por tratarse de una desheredación injusta, siendo preceptivo respetar la legítima estricta (SSTS de 6 de abril de 1998, 13 de julio de 1985, 9 de octubre de 1975, 23 de enero de 1959). Se produce cuando el testador no ha mencionado ni hecho atribución alguna al legitimario de forma intencionada, sabiendo que éste existe (STS de 22 de junio de 2006).

El efecto de la preterición intencional lo concreta el artículo 816: se reducirá la institución de heredero y se satisfará la legítima en la medida en que establece el artículo 808. La cuestión que se ha planteado es si esta legítima es la larga (dos tercios del caudal hereditario) o la estricta (un tercio). El efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (art. 851): el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue privarle de todo y, si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte que puede distribuir libremente entre los legitimarios y que no quiso atribuir. Por tanto, el legitimario preterido tiene derecho a la legítima estricta. Continuando con la sentencia del Supremo de 4 de julio de 2002, hemos de entender que se parte de la voluntad del causante que era atribuirle el todo al hijo no preterido, por ley se le rescinde la institución de heredero, pero no puede privársele de atribuir libremente la mejora, ya que ésta es disponible, aunque la disponibilidad venga limitada a los otros hijos o descendientes.

### 2. No intencional

Se produce cuando el testador omitió la mención del legitimario hijo o descendiente porque ignoraba erróneamente su existencia (STS de 22 de junio de 2006).

En el caso de hijos nacidos con posterioridad al otorgamiento del testamento, la no intencionalidad de la preterición queda automáticamente demostrada. Si esa realidad se altera después de forma significativa y el testador omite otorgar nuevo testamento, revocando, modificando o adicionando el anterior, su

voluntad y su intención dejan de ser relevantes por no haber sido debidamente expresadas, y el intérprete ha de limitarse a la constatación del hecho omisivo o negativo y a la necesaria aplicación de los preceptos establecidos para dar solución a la inactividad del causante (STS de 23 de enero de 2001).

En la sentencia ya mencionada de 22 de junio de 2006, el testador omitió al único legitimario, su hijo, en el testamento, ignorando su existencia, y cuando la supo no lo modificó, quedando viciado de preterición errónea con el importante efecto de anular las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial, según dispone el artículo 814. Se enmarca en la misma línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de enero de 1995 y 23 de enero de 2001. La primera alude a la preterición no intencional de la heredera forzosa nacida con posterioridad a su otorgamiento. Y desarrolla la segunda: «en el caso de que los hijos hayan nacido después de otorgado el testamento la no intencionalidad de su preterición en el mismo queda demostrada *ex re ipsa*. Conclusión que todavía se impone con mayor fuerza cuando, como aquí sucede, el momento de la concepción del hijo preterido es asimismo posterior a aquel otorgamiento»; y respecto al caso que contempla, añade (con total semejanza al caso presente): «Que la inactividad del causante respecto a llevar a cabo un nuevo otorgamiento tras el nacimiento y reconocimiento de su sexto hijo en el año 1991 no puede servir de elemento interpretativo respecto al contenido de la voluntad testamentaria expresada el 2 de diciembre de 1988».

## IV. MOMENTO DE VALORACIÓN DE LA PRETERICIÓN: OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO

La preterición hay que valorarla con respecto al momento de otorgamiento del testamento, no a la muerte. La preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario, sin importar que en la apertura de la sucesión, producida por la muerte del causante, éste haya sabido o no de la existencia de aquél. No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento y si en éste se produce preterición, aunque sea porque el hijo legitimario nace después, la preterición es errónea y despliega sus efectos como tal (STS de 22 de junio de 2006).

*RESUMEN*

*LEGÍTIMA: PRETERICIÓN*

*Análisis crítico de jurisprudencia sobre la preterición de un legitimario por omitir en el testamento toda referencia al mismo sin que haya recibido retribución alguna a cuenta de la legítima y sin que medie causa alguna que justifique la preterición. La preterición ha de valorarse en relación al tiempo en que se otorgó el testamento.*

*ABSTRACT*

*LEGITIME: PRETERITION*

*Critical analysis of jurisprudence on the preterition of a person entitled to a legitime, due to the omission of any reference to that person in the will, without that person's having received any compensation whatsoever on account of the legitime and without any cause whatsoever justifying preterition. Preterition must be assessed in connection with the time when the will was made.*

## 1.5. Obligaciones y Contratos

### *EN EL COMODATO Y EN EL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO SE ENTREGA UN BIEN QUE DEBE SER RESTITUIDO POSTERIORMENTE*

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
*Licenciada en Derecho*

### I. EL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Nuestro Código Civil, en el libro IV, título X, regula dos clases de contrato de préstamo, disponiendo que por el contrato de préstamo una de las partes entrega a la otra, o alguna *cosa no fungible* para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama *comodato*, o dinero u otra *cosa fungible*, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de *préstamo*.

Al primero señalado también se le llama préstamo de uso, porque en él sólo se transfiere el uso de lo prestado, y al segundo, préstamo de consumo, porque en él se transfiere la propiedad de lo prestado, que, normalmente, se recibe por ser consumido.

Esta definición nos la proporciona el artículo 1740.I del Código Civil, siguiendo el precedente de Las Partidas. La jurisprudencia, en más de una ocasión, ha dicho que los contratos en estudio son reales, así en SSTS de 4 de mayo de 1927, 12 de febrero de 1946, 18 de noviembre de 1947, 26 de febrero de 1957, 8 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1964, 8 de julio de 1974, 28 de marzo de 1983, 15 de junio de 1984, 25 de febrero de 1986, entre otras. En la doctrina, sin embargo, junto a quienes se limitan a acoger la posición acabada de exponer, hay otros diversos puntos de vista sobre el tema.

Ciertamente que la ley puede construir cada contrato como mejor considere, así pues, no cabe negar que nuestro Código haya podido construir como reales los contratos de préstamos, de tal modo que, siendo precisa la entrega de la cosa prestada, mientras no se produzca, no haya aún contrato ni surgirán, por tanto, obligaciones a cargo de las partes, que, en consecuencia, no quedarían obligadas por el solo acuerdo de voluntades de entregar después lo que ahora se promete prestar. Ahora bien, lo discutible es si eso que la ley ha podido hacer, lo ha hecho realmente. Pues si bien no cabe duda de que considera contrato de préstamo por el que se entrega la cosa, lo que está por ver es si es espíritu de la ley que no haya más contrato de préstamo que ése, y que, por tanto, no lo sea, es decir, no sea jurídicamente obligatorio el acuerdo de dos personas de entregar después una a otra una cosa en préstamo, no obstante, admitir un solo acuerdo, sin entrega simultánea, para ser constitutivo de contrato, sería rechazar que pueda haber contratos consensuales de préstamo y, entonces, rechazados estos, sólo quedaría la salida de estimar que el acuerdo de entregar después algo en préstamo es un precontrato consensual del primero.

Por tanto, quien considerando que el contrato de préstamo exige necesariamente la entrega de la cosa, estime que, sin embargo, es admisible el precontrato consensual de préstamo, consistente en el acuerdo obligatorio de celebrar en un futuro mediante la entrega de la cosa, un contrato real de

préstamo, verdaderamente no habrá hecho otra cosa que dar un rodeo para aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega en una materia en que la ley rechaza que sin entrega haya contrato.

## II. EL COMODATO

Anteriormente y siguiendo la distinción para con el simple préstamo o mutuo hemos dicho que el comodato es el préstamo de uso en el que el comodatario no tiene intención de consumir la cosa sino simplemente de utilizarla, pues bien, son caracteres definitorios del mismo los siguientes:

- es esencialmente gratuito;
- es temporal, pues se cede la cosa para que use ella por cierto tiempo, el comodante no puede reclamarla la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó;
- es unilateral porque las únicas obligaciones esenciales corresponden al comodatario, que no puede dejar de cumplirlas con el pretexto de que el comodante también incumple las suyas;
- y es, también, una pura relación obligatoria, no un derecho real, sólo es un contrato personalísimo cuando se ha constituido en consideración a la persona del comodatario.

En el comodato el comodante debe tener derecho para ceder el uso de la cosa, conservando su propiedad, tal y como dispone el artículo 1.741 del Código Civil, o derecho real de goce. No puede ceder la cosa el titular de derecho real de goce de carácter personalísimo, como el uso y habitación, y en cuanto a la cesión *inter vivos* de la cosa por el comodatario a un tercero es necesario el consentimiento del comodante.

El comodato es un préstamo de cosa no fungible, aunque también puede recaer sobre cosas consumibles. El comodatario adquiere el uso de la cosa, pero no los frutos.

No hay problemas para admitir que la cosa cedida en comodato sea un bien inmueble. Y en cuanto a los requisitos formales rige la libertad de forma consagrada en el artículo 1.278 del Código Civil.

Entre las obligaciones del comodatario está la de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia y satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para uso y conservación, como mantiene el artículo 1.743 del Código Civil. No responde el comodatario de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por el solo efecto de uso y sin culpa suya, tal y como dispone el artículo 1.746 del Código Civil. Así, para la STS de 31 de diciembre de 1992, la obligación del citado artículo 1.743 es consecuencia natural del derecho de uso y del deber de restitución en atención al carácter esencialmente gratuito del uso de la cosa ajena.

Otra de sus obligaciones es responder frente al comodante por la pérdida de la cosa, aunque fuera por caso fortuito, por ejemplo, cuando la misma se destina a un uso distinto de aquel para el que se prestó o la conservó en su poder por más tiempo del convenido, o cuando la cosa se entregó con tasación y, por último, también el comodatario ha de restituir la cosa cuando la reclame el comodante y después de concluido el uso para que la prestó, citando a este respecto la STS de 31 de diciembre de 1992, que consideró extinguido el comodato al finalizar el uso para el cual se pactó.

En cuanto a las obligaciones del comodante, el Código Civil las regula sin desnaturalizar el carácter unilateral del contrato y ello porque se trata de obligaciones que surgen de la titularidad que tiene el comodante sobre la cosa y no de la relación contractual que le une al comodatario, pues el comodante está obligado, no porque tales obligaciones sean la contrapartida de las del comodatario sino porque es propietario o titular de un derecho sobre la cosa, lo que explica que puedan existir comodatos en los que no lleguen a nacer estas obligaciones porque no se producen los hechos extraordinarios que las provocan, siendo, por tanto, estas obligaciones las que a continuación detallamos:

— Abonar los gastos extraordinarios causados durante el contrato para la conservación de la cosa prestada.
— Hacer saber al comodatario los vicios de dicha cosa prestada.

En ambos casos, el comodatario, decimos, no puede retener la cosa a pretexto de lo que le deba el comodante, aunque sea por razón de expensas, tal y como prevé el artículo 1.747 del Código Civil, pues no parece justo que, habiendo disfrutado gratuitamente de la cosa, pueda retenerla contra la voluntad del que tan generosamente cedió su uso.

La extinción del comodato se da cuando el comodante reclame la cosa por tener urgente necesidad de ella y, en todo caso, después de concluido el uso para que la prestó, tal y como dispone el artículo 1.749 del Código Civil y si no se pactó la duración del contrato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y ésta no resulta determinada por la costumbre, puede el comodante reclamarla a su voluntad, aunque en caso de duda incumbe la prueba al comodatario como mantiene el artículo 1.750 del mismo cuerpo legal. Pero también la extinción acaece por la muerte del comodatario cuando el contrato tenga carácter personalísimo, pues el artículo 1.742 del Código Civil literalmente señala que «las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada»; y, finalmente, también puede extinguirse por pérdida de la cosa aunque el comodatario puede estar obligado a restituir su valor si se pierde en los casos regulados en los artículos 1.744 y 1.745 del Código Civil.

## III. EL SIMPLE PRÉSTAMO O MUTUO

También dispusimos al comienzo del estudio que estamos efectuando que el simple préstamo o mutuo lo definimos como aquel contrato por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, constituyéndose en caracteres propios de tal figura, tal como hemos visto también en el comodato, los siguientes:

- es normalmente gratuito aunque se deberán intereses cuando expresamente se hubieran pactado, tanto si el pacto es verbal como si es escrito, como dispone el artículo 1.755 del Código Civil;
- es temporal en el sentido de que transcurre un lapso de tiempo desde que se perfecciona hasta que se consume;

- además, el prestatario adquiere la propiedad de las cosas objeto del contrato y tal derecho de propiedad se transforma en un simple derecho de crédito tras la celebración del contrato;
- y, por último, es unilateral cuando tiene carácter real, así lo manifiesta la STS de 6 de marzo de 1999, en el sentido de que las obligaciones del prestatario no se hallan en correlación con las obligaciones del prestamista, pues el contrato nació con la entrega del dinero o cosa fungible, aunque en los casos en que el contrato es consensual sería también bilateral, pues la obligación de devolver el capital e intereses estaría conectada con la obligación de entregar por parte del prestamista. A colación de lo acabado de decir, la STS de 27 de marzo de 1999 consideró real y unilateral el contrato de préstamo, pues en dicha sentencia el prestamista de dinero deja de ser dueño del mismo y carece de facultades para retenerlo, aunque exista una cláusula contractual que ampare esa retención debiendo, entonces, indemnizar al prestatario de los daños y perjuicios producidos por no haber entregado el importe prestado.

Para ser prestamista se exige capacidad general para contratar, pudiendo ser suplidos los menores e incapacitados por sus padres y para ser prestatario, el Código Civil exige complemento de capacidad a los menores emancipados o autorización judicial a los demás menores e incapacitados.

El mutuo es un préstamo de consumo, pues la cosa prestada se transmite en propiedad al prestatario que no está obligado a devolverla porque probablemente la consumirá, de ahí que su obligación se refiera a la devolución de otra cosa de la misma especie y calidad.

Y en cuanto a los requisitos formales, al igual que hemos visto al tratar el comodato, es aplicable la libertad de forma prevista en el artículo 1.278 del Código Civil.

Las obligaciones del prestatario se concretan en devolver cosas de la misma especie y calidad que las prestadas —tal y como prevé el citado art. 1.753— y, en caso de haberse pactado, satisfacer los intereses correspondientes que menciona el artículo 1.755. Así, si lo prestado es cosa fungible o una cantidad de metal no amonedado, el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad aunque sufra alteración en su precio. Si no se ha fijado plazo para reclamar el reintegro, el prestamista podrá exigirlo a su conveniencia respetando las reglas de la buena fe y sin que el hecho de que haya expedido recibos por anteriores entregas a cuenta acredite por sí solo que se trata de una obligación a plazos, en este sentido hemos de citar las SSTS de 2 de junio de 1953 y de 6 de marzo de 1999. Además, en el caso de que el prestatario haya pagado intereses si están estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital, el pago de los intereses es un hecho que revela que existió un pacto en tal sentido, en cuyo caso deben seguir pagándose intereses en el futuro, pero si el prestatario demuestra que ese pacto no existió y que, por error, realizó ese pago de intereses, se tratará de un caso de pago de lo indebido y tendrá derecho a pedir la restitución. La STS de 18 de noviembre de 1993 contempló un supuesto en que se declaró en juicio declarativo la nulidad de un préstamo hipotecario por usura, afectando dicho pronunciamiento al resultado del procedimiento de ejecución hipotecaria, puesto que se había anotado previamente la demanda de nulidad en el Registro de la Propiedad. Por su parte, la STS de 15 de febrero de 1997 declaró

la nulidad de una cláusula de estabilización de las cantidades a reintegrar por el prestatario, puesto que la posible devaluación monetaria producida por la inflación ya estaba cubierta por la tasa de interés inicial del préstamo y de una tasa de interés por incumplimiento. La jurisprudencia en SSTS de 29 de septiembre de 1992 y 30 de junio de 1998 considera que para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato y no a la realidad actual. Cuando se trata de un préstamo acogido al crédito al consumo, el contrato escrito deber hacer referencia necesaria a la tasa anual equivalente y, si no fuere posible indicarla, deberá hacerse constar el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse. La omisión de estas menciones produce el efecto de que el consumidor sólo estará obligado a abonar el interés legal en los plazos convenidos y se prohíbe aplicar a los créditos que se concedan, en forma de descubiertos en cuentas corrientes, un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. El prestamista tiene la posibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento en caso de impago del total o parte de la deuda, pudiendo reclamar anticipadamente el resto de la cantidad adeudada cuando se produzca una merma significativa en las garantías de la obligación. De tal forma que la práctica bancaria ha venido introduciendo generalizadamente en las pólizas de los contratos de crédito y en las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios unas cláusulas de anticipación de los plazos posteriores en caso de impago de uno o más vencimientos periódicos por parte del prestatario. Así, la STS de 27 de marzo de 1999, consideró que esa cláusula era nula cuando se incluye en una escritura de concesión de préstamo hipotecario al ir contra la ley. El prestamista tiene siempre la garantía hipotecaria y, por lo tanto, no ha mermado esa garantía y no cabe anticipar el plazo final de la obligación. La doctrina contenida en la sentencia no se aplica a los préstamos personales que carecen de la seguridad que ofrece la garantía hipotecaria y en los que no se pueden tener en cuenta los preceptos hipotecarios en una interpretación sistemática, y es un contrasentido prever una facultad resolutoria en un contrato unilateral, tal y como señala la STS de 22 de diciembre de 1997, pues el prestatario tendría que devolver aquello a lo que ya está obligado, aunque de una sola vez, y el prestamista no tiene que reintegrar nada. Y en este mismo sentido la STS de 22 de diciembre de 1997 accedió a la anticipación del vencimiento, pues el prestatario había incumplido su obligación de garantizar el pago de principal e intereses con una hipoteca.

En cuanto a la extinción del mutuo, decir que acaece cuando el prestatario reintegre totalmente la cosa debida y, en su caso, los intereses convenidos, pudiendo también resolverse por incumplimiento de las partes, es decir, cuando el prestamista no entregue el dinero o el prestatario no realice las prestaciones relevantes a que esté comprometido. La naturaleza fungible de la cosa prestada explica que la muerte del prestatario o la pérdida de la cosa no extingan la obligación de restituir, que correrá a cargo de los herederos del deudor en el primer caso.

## IV. CONCLUSIONES

Dando título al presente estudio hemos dispuesto que se asemejan el comodato y el simple préstamo o mutuo en que hay entrega de un bien y que dicho bien deber ser restituido con posterioridad, pero también existen diferencias entre ambos, destacando principalmente, por el objeto, ya que en el simple préstamo o mutuo la cosa ha de ser fungible, mientras que en el comodato la cosa ha de ser no fungible; en el mutuo se transmite la propiedad de la cosa y en el comodato sólo se cede el uso o posesión, el mutuo puede ser retribuido si se pacta expresamente, lo que no puede suceder en el comodato y, por último, si la cosa se pierde después de su entrega, la pérdida la sufre el comodante en el comodato salvo en el supuesto concreto en que responde el comodatario por caso fortuito y el mutuatario en el mutuo, pues ambos son propietarios.

De todo lo expuesto podemos atisbar que el comodato, al ser un contrato unilateral, no se resuelve por incumplimiento de las obligaciones del comodatario, pues el comodante puede reclamar la restitución cuando necesite urgentemente la cosa, en todo caso, a su voluntad, si no se pactó el uso o la duración del contrato, es decir, sin necesidad de invocar el incumplimiento de la contraparte. A este respecto podríamos pensar en que el comodante si puede reclamar anticipadamente la devolución de la cosa si el uso que de ella hace el comodatario no es el pactado: si el comodante debe esperar a que se use la cosa puede reclamarla y debe entenderse que la espera sólo puede justificarse si ese uso es el convenido.

Por otro lado, podemos cuestionarnos si es razonable que la ley no conceda valor obligatorio al acuerdo por el que los interesados, sin entrega de la cosa pactada, manifiestan su voluntad de quedar jurídicamente obligados en préstamo. Y es que no es razonable estimar que un Derecho como el nuestro parte de la base de que la raíz del contrato está en el acuerdo de voluntades y rechaza automáticamente la obligatoriedad jurídica, es decir, el valor del contrato de tal acuerdo cuando decididamente las partes quieran quedar jurídicamente obligadas por él, esto innegable, aunque otra cosa es que cuando por tratarse de materia en la que un acuerdo suela tomarse más bien como obligatorio sólo en el plano de la amistad o de la corrección o de la cortesía o caballerosidad pero no en el estrictamente jurídico no sea, entonces, irrazonable que la ley, para estimar que verdaderamente se trata de un acuerdo querido como obligatorio jurídicamente, exija que, como signo de que ha sido efectivamente querido así, concurran determinados requisitos que permitan asegurarlo. Uno de esos requisitos sería la entrega de la cosa, con lo que, siendo tal entrega precisa, se estaría ante el contrato real de préstamo, pero aún sin entrega, la voluntad de obligarse jurídicamente, también se revela, según el sentir de la ley, si el acuerdo se otorga por escrito o si es oneroso, lo que no cabe en el comodato, que es esencialmente gratuito, pero sí en el mutuo, que es oneroso, si el que lo recibe paga intereses por lo que se le presta.

Por lo que concluimos diciendo que el contrato de préstamo lo estima la ley como contrato jurídico y no como mero acuerdo simplemente social pero desprovisto de eficacia jurídica, y, como tal, obligatorio para las partes en el plano legal, tanto si al acuerdo de prestar se le une la entrega de la cosa prestada, como si el acuerdo aun concertado sólo de palabra, es oneroso, como si aun no siendo oneroso, se otorga por escrito.

*RESUMEN*

*PRÉSTAMO*

*Nuestro Código Civil concibe el contrato de préstamo con el carácter de real, disponiendo el artículo 1.740 que una parte entrega, no que se obliga a entregar, y ello en contraposición a la futura obligación de restitución, tal y como mantienen las sentencias del TS de 27 de marzo y 11 de junio de 1999; no obstante, fuera de la regulación del Código Civil, existen ciertos convenios de préstamo de carácter consensual que podrían considerarse precontratos o pactos preliminares, según las circunstancias, como sucede en la Ley de Crédito al Consumo en que el prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo al consumidor. Paralelamente veremos que el comodato es un préstamo de uso, puesto que el comodatario no tiene intención de consumir la cosa sino simplemente de utilizarla, mientras que el simple préstamo o mutuo es el contrato por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.*

*ABSTRACT*

*LOAN*

*Our Civil Code conceives the loan agreement as a real agreement. Article 1740 states that one party delivers, not that it undertakes to deliver, and this is done in counterpoint to the future obligation of repayment, as maintained in the Supreme Court's rulings of 27 March and 11 June 1999. Nevertheless, outside the regulation of the Civil Code, there are certain loan arrangements of a consensual nature that could be considered pre-contracts or preliminary accords, depending on the circumstances. This occurs in the Consumer Credit Act, where the lender grants or undertakes to grant a loan to the consumer. In parallel, we shall see that the commodatum is a loan of use, whereas the commodatary has no intention of consuming the thing, but merely of using it, while the simple or mutual loan is a contract whereby one of the parties delivers to the other a quantity of money or some other consumable thing on the condition that the recipient will return the same amount of the same thing of the same quality.*

# *LA SUBROGACIÓN* MORTIS CAUSA *DEL ARRENDATARIO EN EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA EN BASE AL ARTÍCULO 16 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS*

por

ROSANA PÉREZ GURREA
*Licenciada en Derecho*

## I. PLANTEAMIENTO

La subrogación consiste en la sustitución en la relación arrendaticia de una de las partes por un tercero que asume sus derechos y obligaciones. Vamos a centrar nuestro estudio en la subrogación *mortis causa* en la posición jurídica del arrendatario dentro del arrendamiento de vivienda, materia regulada en el artículo 16 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

La subrogación implica una novación subjetiva de la persona del arrendatario, pero manteniéndose el contenido de la relación arrendaticia en los mismos términos hasta entonces estipulados.

Ha sido muy discutida la naturaleza jurídica de esta subrogación *mortis causa,* considerando algunos autores que no nos encontramos ante una auténtica subrogación, sino que se trata de una sucesión *mortis causa* (1), pero que tiene carácter excepcional, ya que se defiere por ley, nunca por testamento, puesto que el causante no puede disponer del derecho de arrendamiento.

Otros autores como González Porras (2) consideran que «es una sucesión legal a título particular, diferente de la sucesión por causa de muerte, pues las personas beneficiarias lo son *iure propio* y no *iure succesione mortis causa*».

Es *condictio sine qua non* para que se produzca la subrogación ex artículo 16 de la LAU, que fallezca el arrendatario, en mi opinión también se produciría este efecto en el caso de declaración de fallecimiento, a pesar de su no inclusión en el tenor literal del precepto, entendiendo que el llamamiento se produce en la fecha en la que se entiende sucedida la muerte conforme al auto que la declare y a dicha fecha deberá retrotraerse la subrogación.

## II. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO DE SUBROGACIÓN

1. El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.

Se exige el requisito de convivencia con el arrendatario fallecido operando en su favor la presunción de convivencia conyugal tipificada en el artículo 69 del Código Civil; en todo caso debe de tratarse de una convivencia habitual excluyéndose la meramente accidental.

Es discutible si existe derecho de subrogación en los casos de divorcio, nulidad matrimonial, separación judicial o de hecho.

Si los esposos están divorciados, no existe derecho de subrogación a favor del cónyuge, ya que el divorcio implica disolución del vínculo conyugal y lo mismo podemos decir en el caso de nulidad matrimonial, salvo que la subrogación se haya producido antes de la declaración de nulidad.

En los supuestos de separación judicial o de hecho, en principio la subrogación podría ser posible ya que subsiste el vínculo matrimonial entre los esposos, pero el artículo 16.1 de la LAU exige el requisito de convivencia, por lo que, en mi opinión, el cónyuge separado judicialmente o de hecho no podría subrogarse en el arrendamiento, ya que con la separación cesa la presunción de convivencia conyugal y se produce la suspensión de la vida en común de los esposos (arts. 69 y 83 del Código Civil).

---

(1) Véase Hidalgo García, Santiago, «Comentario del artículo 16 de la LAU», en *LAU. La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos,* dirigidos por Guilarte Gutiérrez, V., ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 220.

(2) González Porras, J. M., «Comentario del artículo 16 LAU», en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* coordinados por Lasarte Álvarez, C., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 450. Similar posición adopta Verdera Server, *La subrogación* mortis causa *en el arrendamiento de vivienda,* Valencia, 1997, pág. 28, al entender que la subrogación *mortis causa,* regulada en el artículo 16, es una institución *sui generis,* no es un derecho hereditario, sino una sucesión *mortis causa* en sentido amplio.

La subrogación en el arrendamiento sólo se producirá cuando el arrendatario que fallece fuese el único titular del derecho, no teniendo lugar en los casos de cotitularidad del derecho.

2. La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia (3).

Siguiendo la tendencia doctrinal y jurisprudencial imperante en la actualidad, este artículo considera como beneficiarias de la subrogación a las parejas de hecho, se recoge así la doctrina del TC iniciada en sentencia de 11-12-1992 y seguida en sentencias de 18-1 y 8-2-1993, entre otras, conforme a las cuales era contrario al principio de igualdad tipificado en el artículo 14 CE excluir de la subrogación *mortis causa* a la pareja convivente con el arrendatario.

FERNÁNDEZ HIERRO (4) pone de manifiesto que la extensión de subrogación a las parejas de hecho podría afectar a terceros de buena fe, como los hijos del arrendatario fallecido, ya que en el orden prelativo del artículo 16 de la LAU son llamados después del convivente.

3. Los descendientes del arrendatario que en el momento de su fallecimiento estuvieran sujetos a su patria potestad o tutela, o hubiesen convivido habitualmente con él durante los dos años precedentes.

Este derecho de subrogación opera a favor de los hijos con independencia de su filiación, ya sea matrimonial, no matrimonial o adoptiva, en base al principio de equiparación de filiaciones tipificado en el artículo 39 de la CE y en el 108 del Código Civil.

En el caso del *nasciturus*, en mi opinión podría darse la subrogación en su favor, ya que el artículo 29 del Código Civil le considera nacido para todos los efectos que le sean favorables, si bien condicionándose la subrogación a que el nacimiento se verifique con los requisitos exigidos en el artículo 30 del Código Civil, en cuyo caso las personas que le representan legalmente tendrían que notificar por escrito al arrendador su voluntad de subrogarse en el plazo de tres meses.

4. Los ascendientes del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento. No tienen derecho de subrogación los parientes por afinidad.

5. Los hermanos del arrendatario que hubieran convivido habitualmente con él durante los dos años anteriores al fallecimiento.

6. Las personas distintas de las anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

— que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario,
— y hayan convivido con él durante los dos años anteriores al fallecimiento.

---

(3) La demostración de la convivencia *more uxorio* y las características que ha de reunir han sido reguladas por las SSTS de 18-5-1992 y 22-1-2001.

(4) Ver FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., «Comentario al artículo 16 LAU», en *LAU: Comentario articulado,* ed. Comares, Granada, 2004, pág. 119.

Estos requisitos de minusvalía, parentesco y convivencia han de darse cumulativamente.

Respecto al parentesco, al igual que en la subrogación de los ascendientes, no se incluye el parentesco por afinidad, podemos llegar a esta conclusión en base a la falta de mención expresa así como la interpretación restrictiva predominante en la norma estudiada. No obstante, GUILARTE ZAPATERO considera que el minusválido con parentesco colateral por afinidad puede subrogarse en el arrendamiento debido a la protección de la que merecen ser beneficiario.

La enumeración que hemos expuesto de personas que tienen derecho de subrogación constituye *numerus clausus,* por ello el artículo 16.1 *in fine* dice: «Si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido».

Actualmente no existe limitación en el número de subrogaciones (mientras que antes sólo se admitían dos), siempre que el contrato de arrendamiento esté vigente y existan personas con derecho a subrogarse.

Autores como CARRASCO PERERA (5) consideran que el derecho de subrogación no se adquiere por vía hereditaria, sino que se trata de un derecho potestativo de adquisición, indisponible e intransferible a terceras personas distintas de las beneficiarias a las que se refiere el artículo 16 de la LAU.

Sin embargo se admite que por vía de pacto entre arrendador y arrendatario, personas distintas a las legalmente reconocidas como beneficiarias de este derecho se subroguen en la posición jurídica del arrendatario, siempre que el arrendador consienta la subrogación y se respete la prelación establecida en el artículo 16.

En opinión de la doctrina mayoritaria, la subrogación debe ser individual, la ley siempre se refiere al «subrogado», no obstante LOSCERTALES entiende que es posible la subrogación conjunta siempre que todos los que la pretendan pertenezcan al mismo grupo, reúnan los requisitos legales y haya acuerdo entre ellos.

## III. ORDEN PRELATIVO

Si existen varias personas con derecho de subrogación: Se estará, en primer lugar, al acuerdo unánime entre los interesados sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación. CARRASCO PERERA entiende que no es necesario que el acuerdo sea unánime, bastando con que consienta aquel que pierda el rango prevalente.

A falta de acuerdo, rige el orden de prelación antes estudiado, teniendo en cuenta que los padres septuagenarios son preferidos a los descendientes.

En caso de concurrencia entre descendientes y ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado.

Si concurren varios hermanos, el de doble vínculo prevalece sobre el medio hermano.

Los casos de igualdad se resolverán a favor de quien tenga una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en su defecto, de quien tenga mayores cargas

(5) Véase CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 16 LAU», en *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos,* coordinados por BERKOVITZ, R., Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 370 y 371.

familiares y en último término, a favor del descendiente de menos edad, ascendiente de mayor edad o hermano más joven.

Estos criterios de prelación son automáticos y excluyentes, hay que considerarlos con relación al momento del fallecimiento del arrendatario y el arrendador carece de legitimación pasiva en los procesos que los mismos generen.

## IV. PROCEDIMIENTO

### Notificación por escrito

La persona que quiera subrogarse debe notificarlo por escrito al arrendador en el plazo de tres meses a contar desde la muerte del arrendatario, acreditándolo con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo un principio de prueba de que se cumplen los requisitos legales para la subrogación (art. 16.3 de la LAU).

Si no tiene lugar la mencionada notificación, no hay subrogación y el arrendamiento se extinguirá.

Se ha discutido en la doctrina si la notificación tiene que ser fehaciente, el artículo 16.3 de la LAU no lo exige expresamente, sólo alude a que se haga por escrito. Los partidarios de que se haga de forma fehaciente se basan fundamentalmente en la finalidad que tiene la notificación, que es posibilitar que el arrendador tenga conocimiento efectivo del fallecimiento del arrendatario y de que existen personas con derecho de subrogación que quieren continuar en el arrendamiento, de esta manera quedaría constancia de que el arrendador ha recibido la comunicación.

O'Callaghan considera suficiente que se haga por escrito, siempre que quede constancia de su recepción, y Guilarte Gutiérrez admite incluso la notificación verbal, con acuse de recibo por parte del arrendador, por entender que el requisito de notificación escrita es *ad probationem* y no *ad substantiam*.

Posición jurisprudencial:

La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales consideran que la notificación tiene que ser escrita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 2-12-2002. No obstante, otras Audiencias Provinciales entienden que lo importante es que la notificación se haya producido, es decir, que el arrendador tenga conocimiento efectivo de la subrogación con independencia de la forma en que dicha notificación se realice. En este sentido destacamos la SAP de Barcelona de 21-4-2004.

Otras sentencias consideran que no es necesario notificar al arrendador la subrogación, si se prueba que éste ya la conocía y la consentía.

### Responsabilidad solidaria

Si el arrendamiento se extingue, todos los que pudieran suceder al arrendatario quedan solidariamente obligados al pago de la renta correspondiente a esos tres meses, salvo los que hayan notificado por escrito al arrendador su renuncia a la subrogación en el mes siguiente al fallecimiento del arrendatario.

Por lo que respecta a las deudas pendientes del arrendatario originario, en principio no debe abonarlas el subrogado, sino que al tratarse de deudas de la herencia, deben pagarlas los herederos; no obstante para evitar que la falta

de pago origine una acción de desahucio, el subrogado puede pagar las rentas pendientes con derecho a repetir después contra los herederos.

Si el arrendador recibe en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan la condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse, hasta que se determine cuál de ellos ocupará la posición jurídica del arrendatario fallecido.

## VI. PACTO DE NO SUBROGACIÓN

El artículo 16.4 dice: «En arrendamientos cuya duración inicial sea superior a cinco años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad».

Sólo se permite tal pacto en los arrendamientos con duración superior a cinco años, no en los inferiores, con la finalidad de garantizar al arrendatario y sus familiares la duración mínima del arrendamiento de vivienda por plazo de cinco años.

Entiende LOSCERTALES que en el caso de fallecimiento del arrendatario antes de transcurrir los cinco primeros años de duración del contrato, no se produce la extinción automática, una vez que se cumple el plazo de cinco años, sino que para ello es necesaria la denuncia previa del arrendador, en base al artículo 6 de la LAU, que dice: «Son nulas y se tendrán por no puestas las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice».

La posibilidad de introducir este pacto en contratos de duración pactada superior a cinco años supone el reconocimiento al arrendatario de un poder dispositivo sobre la facultad de subrogarse en la relación arrendaticia, que implica un cambio total respecto del criterio jurisprudencial señalado al amparo de la legislación anterior.

*RESUMEN*

*SUBROGACIÓN ARRENDATARIO*

*En el presente trabajo hemos analizado la subrogación* mortis causa *en la posición jurídica del arrendatario regulada en el artículo 16 de la LAU, en cuya virtud el subrogado asume los derechos y obligaciones del arrendatario fallecido, se enumeran cuáles son las personas con derecho de subrogación, el orden prelativo establecido, los requisitos para que tenga lugar la subrogación, así como los efectos que de ello se derivan.*

*ABSTRACT*

*TENANT SUBROGATION*

*In this paper we have analysed the mortis causa assumption of the legal position of tenancy as regulated in article 16 of the Urban Leasing Act, by whose virtue a subrogee assumes the rights and obligations of a deceased tenant. We list the persons who hold a right of subrogation, the established order of priority, the requirements for subrogation to take place and the effects stemming from subrogation.*

## 1.6. Responsabilidad Civil

### *ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN DE LOS MENORES*

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
*Profesora Titular de Derecho Civil UNED*

### I. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se garantizan para todas las personas como derechos fundamentales en el artículo 18 de la Constitución Española. Además, el artículo 20.4 de la Constitución dispone que el respeto de tales derechos y la protección de la juventud y de la infancia constituye un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

Estos derechos consagrados constitucionalmente fueron desarrollados civilmente mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Estos tres derechos, sin lugar a duda, son complejos y difíciles de precisar.

En este sentido, es necesario señalar que la dificultad de la definición de estos derechos ha sido destacada por la doctrina y por la jurisprudencia, así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional en numerosos supuestos, como en la sentencia 223/1992, de 14 de diciembre de 1992 [RTC 1992, 223], que afirma que se trata: «de un concepto que resulta jurídicamente indeterminado». En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. «Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Tratado de Roma), la cual —como la fama y aun la honra— consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas en cambio intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante», igualmente en la sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995, de 26 de septiembre [RTC 1995, 139].

También se pone de manifiesto en afirmaciones como éstas: «El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante en definitiva», o a señalar que se trata de un concepto jurídico normativo: «Dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento», sentencias del Tribunal Constitucional 185/1989, de 13 de noviembre [RTC 1989, 185]; 223/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992, 223]; 170/1994, de 7 de junio [RTC 1994, 170]; 76/1995, de 22 de mayo [RTC 1995, 76]; 139/1995, de 26 de septiembre [RTC 1995, 139]; y 180/1999, de 11 de octubre [RTC 1999, 180]; 297/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 297]; 115/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 115]; 49/2001,

de 26 de febrero [RTC 2001, 49], y 46/2002, de 25 de febrero [RTC 2002, 46], ..., o cuando señala que «este derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito».

Lo cierto es que ni la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, ni en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento, se contiene una definición de estos conceptos. No obstante, como bien dice el profesor LASARTE (1), «aunque efectivamente es difícil definir el honor en términos positivos, cabe afirmar sencillamente que se trata de la estimación y el respeto que la persona se profese a sí misma y que le reconozca la comunidad en que se desenvuelve».

En cuanto a la intimidad personal, siguiendo al Tribunal Constitucional, puede afirmarse, como hace la sentencia de 6 de mayo de 2002, número 99/2002 (RTC 2002, 99), indica que «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte, que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988, 231] y 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991, 197]), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo, a este fin, de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público». Doctrina que también recoge la sentencia de 20 de mayo de 2002, número 121/2002 [RTC 2002, 121].

En cuanto al derecho a la propia imagen, se caracteriza constitucionalmente como destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001 [RTC 2001, 81]: «como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde» (también en parecidos términos pueden verse las sentencias 156/2001, 83/2002, de 22 de abril, del mismo Tribunal). Y precisando aún más los contornos del mismo, afirma que «se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión».

---

(1) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de la persona*, 12.ª ed., 2006, Barcelona, pág. 204.

## II. INTROMISIONES ILEGÍTIMAS

Como expone la sentencia del Tribunal Constitucional 223/1992, de 14 de diciembre: «El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de estos derechos es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas» y, más recientemente, puede verse en el mismo sentido la STC 76/1995 [RTC 1995/76].

Además, es esencial para su concreción, señalar que su existencia y su lesión dependen de las condiciones particulares atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia (art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo). No obstante el legislador se ha preocupado de señalar una serie de actos que lesionan estos derechos, y que deben considerarse como *intromisiones ilegítimas*. Como destaca YZQUIERDO TOLSADA, «toda la regulación gira alrededor de un eje: el concepto de intromisión ilegítima» (2). Intromisiones recogidas con un carácter ejemplificador en los artículos 7.º y 8.º de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (3).

### 1. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR

Es necesario recordar que el consentimiento del titular de cualquiera de estos tres derechos excluye la intromisión ilegítima, lo que significa que es posible la intromisión en estos derechos cuando haya sido consentida.

Por otro lado, cabe destacar que la Ley da un diferente tratamiento al consentimiento otorgado por personas con plena capacidad de obrar, que al otorgado por los menores e incapaces. Diferente tratamiento que deriva de que tanto los menores como los incapacitados son considerados como personas que necesitan una mayor protección, dada su especial vulnerabilidad, lo que se ha reflejado en la creación de un marco normativo de protección del menor y el incapaz.

### 2. NORMATIVA GENERAL DE MAYORES

El consentimiento ha de ser expreso y será revocable en cualquier momento (4) (conforme al art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).

---

(2) YZQUIERDO TOLSADA, M., «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en coord., REGLERO CAMPOS, L., *Tratado de Responsabilidad Civil,* 2.ª ed., 2003, pág 1193 y sigs.

(3) *Ibídem, op. cit.*, para un estudio en profundidad de cada uno de los supuestos contemplados, puede verse pág. 1194 y sigs.

(4) Si bien el artículo 2.3 de la citada Ley Orgánica señala que: «habrán de indemnizare, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

3. Normativa general de menores (5)

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, fija un régimen especial de consentimiento cuando los afectados son menores o incapaces, estableciendo que:

«1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si *sus condiciones de madurez lo permiten,* de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de *otorgarse mediante escrito por su representante legal*, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez» (art. 3).

No especifica qué debe entenderse por madurez.

4. Normativa específica de menores

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (6), introduce algunas novedades (7) respecto de la regulación general, intensificando y reforzando la protección de menores.

Concretamente en el artículo 4 (8) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tras reconocer que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Pone de manifiesto la relevancia que

(5) A nivel internacional, la protección al derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen de los menores, está consagrada en la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño, en su artículo 16, que dispone: «1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques». Y en su punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92, de 8 de julio de 1992) declara que «todo niño tiene derecho a no ser objeto, por parte de un tercero, de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor», y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor.

(6) Es el texto fundamental en materia de protección a los menores de edad, que gira en torno de un principio fundamental: «el interés superior del menor». Y que según declara su Exposición de Motivos: «tiende al pleno reconocimiento de la titularidad de los derechos del menor y de una capacidad progresiva para ejercerlos, y se refuerza los mecanismos de garantía previstos en la LO de 5 de mayo de 1982».

(7) Como señala acertadamente Yzquierdo Tolsada: «en general, se nota a lo largo de la Ley Orgánica 1/1996, una contradicción flagrante entre el reconocimiento de los derechos de los menores con un cántico a sus potencialidades de promoción y un exquisito respecto a su libertad, y una inmisión de los poderes públicos y de la sociedad en general a la hora de que tales derechos sean llevados a la práctica», *op. cit*., págs. 1262 y 1263.

(8) El artículo 4 preceptúa que: «2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comu-

en la protección de menores tiene el Ministerio Fiscal como órgano de superior vigilancia e intervención.

Así, por un lado, la Ley señala la intervención del Ministerio Fiscal cuando en los medios de comunicación se produzca una intromisión ilegítima o que sea contraria a los intereses de los menores, y por otro, amplía el concepto de intromisión ilegítima que afecta a los menores, al considerarse como tal, cualquier utilización de la imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso cuando haya consentimiento de los padres o representantes legales. Intervención que puede darse de oficio o a instancia del menor.

Resulta de gran interés la interpretación que de este precepto hace la Instrucción del Ministerio Fiscal General del Estado número 2/2006, de 15 de marzo *(JUR* 2006/94040) (9):

> «Habrá de ser regla general la intervención del Ministerio Fiscal en supuestos de ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes».
>
> «Habrá de ser excepción la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que —sin que concurra conflicto de intereses con el menor— sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo. Esta excepción habrá de estar basada en una cualificada intensidad lesiva de la intromisión».

## 5. Referencia jurisprudencial

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido pronunciándose en diversas ocasiones sobre qué debe entenderse por intromisión ilegítima, así como una pequeña muestra, cabe destacar:

La sentencia 621/2003, de 27 de junio, señala como intromisión ilegítima la difusión periodística de un reportaje en una conocida revista sobre una niña portadora del virus del sida con constantes alusiones a su vida privada y familiar, y reproducción reiterada de su imagen, utilizando la intimidad de la menor con afanes divulgatorios y fines de provecho comercial. Y considera que «la intromisión en el derecho a la intimidad que apreciamos concurrente resulta así del todo ilegítima, pues no medió consentimiento de la niña, que no podía prestarlo, ya que contaba al tiempo de las publicaciones tres años de edad, como tampoco se recabó del centro tutelador, en conformidad al artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, que exige el control a cargo del Ministerio Fiscal, y con mayor

---

nicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde, en todo caso, al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. 5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros».

(9) Vid., pág 9 y sigs.

razón, cuando, como aquí sucede, la información publicada representa un ataque gratuito a los derechos de la menor, presentándose como irrelevante para formar la opinión pública». En cambio, no se considera que existe intromisión ilegítima, por la entrevista en televisión de una menor y su madre, contando con el consentimiento de la menor, al estimarse que tiene la madurez suficiente, y el contenido del programa tiene contenido de interés público, en la sentencia 287/2003, de 26 de marzo.

La sentencia 717/2004, de 7 de julio, apunta que existe intromisión ilegítima por la difusión en televisión de imágenes desde un centro hospitalario, de menor maltratada, por faltar el consentimiento expreso de su representante legal.

La sentencia 782/2004, de 12 de julio, entiende que existe intromisión ilegítima cuando se inserta una fotografía de menor de edad en portada y páginas interiores de revista sin el consentimiento de su representante legal: publicación no amparada en la libertad de información.

La sentencia 102/2004, de 18 de octubre, considera que hay intromisión ilegítima al honor por la publicación en una revista de la fotografía obtenida sin autorización alguna, de un niño ingresado en un centro oncológico, tomada con motivo de la asistencia de famosos al centro en una fiesta de Reyes Magos.

Por último, en el mismo sentido puede verse la sentencia 774/2006, de 13 de julio, que entiende que existe intromisión en el derecho a la propia imagen de menor de edad, por la publicación en prensa de fotografía de menor de edad en aula de centro de niños con deficiencias auditivas cuando la inserción se ha producido sin consentimiento de los padres ilustrando un reportaje periodístico titulado «Discapacitados».

En cuanto a la jurisprudencia menor cabe destacar, entre otras, las siguientes:

Sentencia de 13 de febrero de 2003, de la Audiencia Provincial de Asturias, señala como intromisión ilegítima la divulgación periodística (10) de la noticia de la suspensión del partido por agresión al árbitro, por la cita de las señas de identidad del jugador que protagonizó el altercado al tratarse de un menor de edad.

Sentencia de 7 de marzo de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid, considera que no hay intromisión ilegítima porque en el reportaje en que se capta la imagen de los menores en razón de que las cámaras ocultan su rostro. En cambio la sentencia de 31 de enero de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid, considera que la intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen de las menores resulta incuestionable, por cuanto se ha captado, reproducido y publicado su imagen en lugares o momentos de su vida cotidiana y familiar y se han divulgado datos o hechos relativos a su vida privada —como es la enfermedad padecida y la protección de su progenitor— que afectan a su círculo más íntimo y personal. Resultando, por otra parte, irrelevante el hecho de que la madre de las menores —y representante legal de las mismas— hubiere dado su consentimiento expreso para tales intromisiones. Y ello, no sólo por no haber procedido a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, tal y como exige y precep-

(10) Sobre la divulgación de los antecedentes penales y protección al honor e intimidad, resulta de gran interés ver a DEL CARPIO FIESTAS, en *Aranzadi Civil,* Pamplona, 2005, *Civil* (BIB 3005, 713).

túa el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo «...tales intromisiones resultan, en todo caso, contrarias a los propios intereses de las menores, que como personas particulares y desconocidas, carentes de toda notoriedad o proyección pública, no tienen porqué soportar que su imagen y/o determinados aspectos de su vida privada e íntima sean conocidos por los demás».

Es necesario señalar que cuando se produce un conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos al honor, la intimidad y a la propia imagen de los menores, hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 20.4 de la Constitución, al que ya nos hemos referido que dispone que el respeto a los derechos al honor, intimidad y propia imagen, y la protección de la juventud y de la infancia, constituyen un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

Resulta de gran interés la afirmación que contiene la sentencia de 293/2004, de 25 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Álava, que señala que «cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, la ponderación entre ambos derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de expresión en estos casos, como apunta la doctrina y se desprende del artículo 20 de la Constitución Española, ha de quedar muy relativizado». Sentencia que es recogida por la Instrucción del Ministerio Fiscal General del Estado, número 2/2006, de 15 de marzo *(JUR* 2006/94040).

## III. DAÑOS MORALES

### 1. Presunción de existencia de daño moral

La intromisión ilegítima en los citados derechos de la personalidad da lugar a un daño moral, que tiene que ser resarcido. Es realmente significativo que la existencia del daño moral se presuma, respecto a los derechos al honor, intimidad y propia imagen, así el artículo 9.3 (11) establece que: «La existencia de perjuicio se presumirá, siempre que se acredite la intromisión ilegítima».

En este sentido, señala la sentencia de 7 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo *(RJ* 2003, 2900) que: «a tenor de los criterios del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, el daño moral se presume y que la presunción debe ser calificada como *iuris et de iure,* es decir, que no necesita prueba de su producción».

### 2. Fijación de la cuantía de la indemnización

Los criterios para su determinación son los siguientes, conforme al propio artículo 9.3 anteriormente citado: «La indemnización (12) se extenderá al

(11) Como ha destacado Yzquierdo Tolsada, M., «El párrafo transcrito constituye, todo él, una gran novedad», *op. cit*., pág. 1239.

(12) Sobre el papel, indemnizaciones simbólicas puede verse, Salas Carceller, A., «El precio del honor, la intimidad y propia imagen en la jurisprudencia. Las llamadas indemnizaciones teóricas», en *Aranzadi Civil* (BIB 3003, 777).

daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma».

### 3. Otros medios de reparación del daño

Se prevén también otras medidas reparadoras (13):

Cualquier medida cautelar encaminada al cese inmediato de la intromisión ilegítima.

El reconocimiento del derecho a replicar.

La difusión de la sentencia. En el supuesto contemplado por la sentencia de 23 de febrero de 2004, de la Audiencia Provincial de Sevilla, considera que la difusión de la sentencia, condenatoria, a un medio televiso por la intromisión en la imagen de un menor, al emitir un reportaje, debe estar limitada al encabezamiento y a la parte dispositiva sin datos identificativos del menor afectado (14).

## IV. CONCLUSIÓN

Nos adentraremos en el estudio concreto de las intromisiones ilegítimas de los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen, en relación con un sector necesitado de una protección especial, como es el de los menores de edad, protección que se intensifica dada su especial vulnerabilidad. Consideramos que debe valorarse positivamente esta protección reforzada que se les otorga a los menores, adoptando todas las cautelas necesarias para protegerlos, pero sin conculcar el ejercicio de estos derechos por sus titulares. Es necesario destacar la importancia que en este ámbito tiene la intervención del Ministerio Fiscal, y tener presente siempre el principio general que preside la protección del menor, y que consiste en el *interés superior del menor* sobre cualquier otro que pueda concurrir.

---

(13) Así el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, señala que: «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares, encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados».

(14) En este supuesto la sentencia afirma que: «se ha aplicado el artículo 4, apartado 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en cuanto considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor, como ocurrió en el presente supuesto, que aún admitiendo la intención de velar las imágenes con un menor, se cometió la imprudencia de no hacerlo adecuadamente».

*RESUMEN*

*DERECHOS DEL MENOR*

*El presente comentario tiene por objeto realizar una aproximación al estudio de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en particular de las intromisiones ilegítimas cuando tienen como protagonista a los menores de edad.*

*Centrándonos en analizar, brevemente, un tema muy concreto, el resarcimiento del daño moral, por ser una de las cuestiones de más interés que presenta esta materia, pero sin olvidar hacer referencia también a otros mecanismos de defensa que existen para reparar estos daños y poner fin a las intromisiones ilegítimas.*

*ABSTRACT*

*MINORS' RIGHTS*

*This commentary attempts to approach the study of injury to the right of honour, the right of privacy and the right of self-image, particularly in illegitimate interference when the person at issue is under legal age.*

*We focus on briefly analysing a very specific topic, compensation for mental anguish, as this is one of the most interesting issues of this subject, but we do not fail to refer also to other defensive mechanisms that do exist for redressing such damage and putting an end to illegitimate interference.*

# *LA APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LOS SERVICIOS SANITARIOS*

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
*Profesora titular de Derecho Civil UNED*

## I. INTRODUCCIÓN

En materia de responsabilidad y en concreto la relacionada con el sector sanitario, no es frecuente encontrar referencias a los servicios sanitarios en general. Normalmente se alude a la responsabilidad médica o a la responsabilidad de los profesionales que intervienen en el proceso sanitario. Responsabilidad que, dejando al margen si es contractual o extracontractual (1), se exige la culpa como criterio para la imputación de la misma.

Sin embargo, sabemos que la tendencia en otros ámbitos ha sido la de objetivar la responsabilidad. Atendiendo a la teoría del riesgo, los legisladores han ido introduciendo la responsabilidad objetiva (2) en distintos sectores, entre los que se encuentra el sector sanitario, se hizo en el año 1984 en la Ley

(1) Como afirma ASUA GONZÁLEZ: «cuando entre el dañado y el responsable exista una relación obligatoria, cabe plantear la reclamación con fundamento contractual y que tal fundamento habrá de ser necesariamente extracontractual cuando se pretenda reparación de quien no es parte de la relación obligatoria cuyo objeto es la presentación de servicios sanitarios». ASUA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil,* coord. REGLERO CAMPOS, 3.ª ed., 2006. pág. 1163.

(2) En ámbitos como la circulación, el transporte aéreo o la energía nuclear.

26/1984, para la Defensa de Consumidores y Usuarios, con la intención de dar una mayor protección al consumidor (3) en un ámbito de vital trascendencia, a pesar de que la aplicación práctica ha sido tardía y escasa.

Todo ello nos encamina a preguntarnos: ¿Qué aspectos se engloban cuando se habla de «servicios sanitarios»?, y si ¿Es posible la aplicación de la misma regla para todos los supuestos?

## II. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

El funcionamiento de los servicios sanitarios abarca un elenco de aspectos que, como señalaba en líneas precedentes, nos lleva a preguntarnos si el artículo 28 de la LGDCU puede aplicarse a todos ellos o de lo contrario su aplicación es excepcional.

La aplicación del artículo 28 en el ámbito sanitario en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo fue tardía (4), se toma como referencia la STS de 1 de julio de 1997 (5), por la *ratio dicendi* de la misma. El hecho surge tras la realización de una intervención de artrolisis en la rodilla izquierda del demandante, que tuvo como consecuencia la amputación parcial de la misma por una infección bacteriana. La Sala comienza incluyendo la responsabilidad médica como un apartado de la responsabilidad sanitaria en los siguientes términos: «La responsabilidad médica es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencia del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslaya en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, sin una acreditada valoración previa de aquéllos y sin una explicación de los riesgos acumulados que aquéllos comportan, para someterlos, en suma, a la aceptación del paciente mediante su consentimiento. En estos casos la responsabilidad del médico queda fuera de la aplicación de la doctrina jurisprudencial que no acepta el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado, como se mantiene respecto de otras posibles infracciones culposas, no obstante, que esta doctrina admita múltiples matices según proporción del resultado».

Se están poniendo de manifiesto por la Sala dos aspectos interesantes. En primer lugar, que la responsabilidad médica es un apartado de la responsabilidad sanitaria, lo que nos lleva a preguntarnos si a la responsabilidad médica se le pueda aplicar el artículo 28 de la LGDCU. Como afirma GALÁN CORTÉS, no parece viable que se pueda aplicar a la actuación médica individualmente

(3) El artículo 28.2 señala: *En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños*.

(4) La ley es del año 1984.

(5) *RJ* 1997/5471.

considerada (6). Es preciso recordar que en la responsabilidad médica rige el principio de culpabilidad por entender que se trata de una obligación de medios (7). Si se aplicase un criterio objetivo a la responsabilidad médica, cada vez que hubiese un resultado no querido por el paciente, el médico respondería del mismo, con independencia de si actuó o no correctamente, y como se acaba de afirmar, estamos ante una obligación de medios y no de resultado (8).

En segundo lugar, incluye como una subespecie de la responsabilidad médica, la coordinación entre los distintos médicos que han tratado o tratan a un paciente. Si se considera dentro de la *lex artis* del médico esa coordinación, seguiríamos dentro de la responsabilidad como médico, si por el contrario se está ante una negligencia de la persona responsable de la coordinación, sería el centro sanitario el que debería responder sobre la base del artículo 28. Aún así, tiene que haber habido falta de diligencia o negligencia. En esta línea DÍAZ-REGAÑÓN cuestiona, refiriéndose al citado artículo, que «si en la literalidad de la norma se encuentran los elementos o características para calificar "de objetiva" la responsabilidad civil prevista en el artículo 28 LCU, para así confirmar o, de lo contrario, rechazar el entendimiento generalizado propuesto por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias» (9).

Continúa la sentencia en su Fundamento Cuarto afirmando lo siguiente: «Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1.º de la expre-

---

(6) GALÁN CORTÉS, J. L., «Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pág. 843.

(7) DÍAZ-AMBRONA, M. D., «La responsabilidad civil del profesional sanitario», en *Introducción a la medicina legal,* 2006, pág. 83.

(8) En este sentido son interesantes alguno de los puntos reseñados en el voto particular formulado por un magistrado en la sentencia de 31 de enero de 2003, en la que se casa y anula la sentencia de la Audiencia y se condena al pago de una indemnización al paciente. Precisa el magistrado: «A) Aunque ciertamente algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 de la LGDCU, como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, no es menos cierto que la jurisprudencia, entendida como criterio constante y reiterado en la decisión de casos semejantes, rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico cirujano, esto es, su obligación de indemnizar tan sólo porque el resultado de su intervención no sea el deseado o agrave el estado del paciente, pues en la doctrina de esta Sala la prestación del médico se configura como una obligación de medios y no de resultado, salvo en los casos de medicina no curativa sino voluntaria o satisfactoria. B) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1.902 del Código Civil es difícil de justificar, porque si la responsabilidad que aquél establece se entiende objetiva o por el resultado y la regulada por éste se funda en la culpa o negligencia, como inequívocamente se dispone en su texto y constantemente declara la jurisprudencia, esa aplicación acumulada equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es al mismo tiempo objetiva y subjetiva. C) Por ende, es más que dudoso que la expresión "servicios sanitarios" del artículo 28 comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica (…). Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce inevitablemente a una consecuencia en sí misma tan indeseable e injustificable, incluso en el plano puramente práctico, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención».

(9) DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., «Servicios sanitarios y artículo 28 LCU: ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», en *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Granada, 2006.

sada Ley, que el recurrente en cuanto persona física que utiliza unos servicios, reúne la condición de usuario, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Conforme al sistema de garantías y responsabilidad que establece el capítulo VII de tal cuerpo normativo, el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados, que la utilización de los servicios le irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los sometidos a su régimen los servicios sanitarios, conceptos que, a no dudar, comprenden los prestados por el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios». Y, por supuesto, esa responsabilidad sólo podrá excluirse si existe culpa de la víctima, como se ha puesto de manifiesto en la sentencia, o ante supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Tras la sentencia de 1997, se ha ido consolidando la aplicación del artículo 28 a los servicios sanitarios. Sin embargo, haciendo un análisis detenido, se observa un dato común en todos los supuestos planteados, y es que siempre hay un daño desproporcionado en el paciente. Sin entrar en el detalle de los hechos acaecidos, se observa en la mayoría de los casos que, tras una intervención quirúrgica realizada correctamente, es decir, hecha de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, se produce un agravamiento del paciente, debido a una circunstancia ajena a la prestación principal, bien por un funcionamiento anormal del servicio o por no mantener los niveles de eficacia y seguridad requeridos. En este sentido, la STS de 17 de noviembre de 2004 (10), entre otras, señala: «Es ahora el momento de decir que para resolver la actual contienda es preciso recurrir a la técnica del *resultado desproporcionado* del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a *una negligencia* (...). Todo lo cual aparece reconocido en nuestro Derecho y dirigido a la responsabilidad de establecimientos sanitarios para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria que habla de servicios sanitarios y que en su apartado primero se establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva».

Si retrocedemos en el tiempo, la STS de 29 de junio de 1999, después de señalar que debe aplicarse la doctrina del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, indica que «corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia (...) lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima», por lo que se pone de manifiesto la subjetividad del acto.

El artículo 28.1 de la LGDCU contempla una responsabilidad de carácter objetivo que cubra los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando *por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido,*

(10) *RJ* 2004/7238.

*incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al usuario.* Como se apuntaba anteriormente, este régimen está previsto para los servicios sanitarios, como señala el apartado 2 del artículo. A tenor de lo preceptuado, si se produce un daño en un centro hospitalario se dan las circunstancias para la aplicación de la responsabilidad en el mismo. Por lo tanto, si esas circunstancias anormales al hecho concreto, como puede ser una infección adquirida en el propio hospital, o un mal funcionamiento de algún aparato, o como se decía en la sentencia de 1 de junio de 1997, referida anteriormente, la descoordinación entre los distintos servicios lleva aparejada una responsabilidad objetiva.

## III. CONCLUSIONES

Tras el análisis efectuado de las diferentes sentencias, las conclusiones que se pueden extraer no son claras. Desde mi punto de vista, no se puede considerar la responsabilidad médica dentro del ámbito de actuación del artículo 28 de la LGDCU y en el marco de una responsabilidad objetiva, porque como decía anteriormente esto nos llevaría a considerar una actuación negligente igual que una diligente, pues el resultado en materia de responsabilidad sería el mismo.

Además se observa que cuando se ha aplicado el criterio de responsabilidad objetiva a los servicios sanitarios, se ha hecho trayendo a colación la teoría del daño desproporcionado, y en todos y cada uno de los supuestos, se ha detectado una actuación negligente o defectuosa de algún servicio, por lo tanto, no hay una ausencia total de culpa. En la responsabilidad objetiva no se precisa del elemento culpabilístico, lo que nos guía a preguntamos si se está ante una verdadera responsabilidad objetiva o, quizá se ha elaborado una ficción legal para ofrecer una mayor protección al «usuario» de los servicios sanitarios en aquellos supuestos en los que no se puede delimitar cuál ha sido el elemento o la persona que ha provocado ese daño desproporcionado.

## BIBLIOGRAFÍA

ASUA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de responsabilidad civil,* coord. REGLERO CAMPOS, 3.ª ed., Aranzadi, 2006.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «La responsabilidad civil del profesional sanitario», en *Introducción a la medicina legal,* 2006.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., «Servicios sanitarios y artículo 28 LCU: ¿Responsabilidad objetiva o por culpa», en *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario,* Granada, 2006.

GALÁN CORTÉS, J. L., «Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004», en *CCJC,* núm. 68, 2005.

*RESUMEN*

*SERVICIOS SANITARIOS*

*Los servicios sanitarios comprenden una serie de actuaciones que no se pueden regular de la misma forma, ni aplicar los mismos criterios en materia de responsabilidad a todos los sectores sanitarios. Sin embargo, esa distinción no viene recogida en el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que nos puede inducir a afirmaciones erróneas.*

*ABSTRACT*

*HEALTH SERVICES*

*Health services encompass a series of activities that cannot be regulated in the same way, nor can the same criteria in matters of liability be applied to all health sectors. However, that distinction is not included in article 28 of the General Law on Consumer and User Defence, and this fact may lead us to erroneous assertions.*

# 2. MERCANTIL

## *LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2006*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
*Doctor en Derecho*
*Abogado*

*«Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat»*

(Codex Iustinianus. Corpus Iuris Civilis, 4.37.5)

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006 (número de Recurso 342/2000 - número de Resolución 1280/2006) vuelve a tratar el delicado y controvertido asunto de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, al enjuiciar una reclamación de cantidad derivada de una pluralidad de préstamos concedidos, según los recibos, a una sociedad limitada no inscrita.

Así, en su Fundamento de Derecho Tercero se recoge expresamente lo siguiente: «*...La sentencia recurrida razona a partir de una idea cardinal: tanto si se considera que los préstamos fueron concedidos a los ahora recurrentes como personas físicas cuanto si se estima que fue concedido a la sociedad irregular "Hermanos Barambio, S. L.", hay que afirmar su legitimación pasiva* ad causam *en esta litis. Sería lógico que se hubiere convenido el préstamo con los demandados en cuanto personas físicas, pero en vista de los recibís, que califica como "expresivos", en los que se indica que las cantidades se entregan "a la empresa Hermanos Barambio, S. L.", sociedad mercantil que no consta inscrita en el Registro Mercantil, habrá que atender a esta circunstancia y, puesto que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 LSA, la sociedad irregular carece de personalidad jurídica independiente de la de los socios —concluye la sentencia— carece de legitimación pasiva para ser demandada, y los socios responden de las deudas de forma solidaria.*

*Al argumentar de este modo la Sala de instancia no ha podido infringir las normas cuya vulneración se denuncia. El artículo 11 LSRL remite a los artículos 15 y 16 LSA en el supuesto de la situación anormal que se crea cuando la sociedad no se inscribe y los socios desarrollan la actividad de su objeto, que puede ser mercantil o no. El artículo 16.2 LSA dispone que "en tales circunstancias" (esto es, verificada la voluntad de no inscribir la sociedad o transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura), si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. Esta remisión no puede conducir al reconocimiento de la personalidad jurídica en la sociedad y, menos si, como*

*sugiere —pero no desarrolla— la sentencia no hubo tampoco escritura pública (arts. 119, 19 y 16.2 CCom, 94 RRM), sino al régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, que en el caso de desarrollo de actividades mercantiles será el previsto para las sociedades colectivas, lo que la Sala da por supuesto y los recurrentes no combaten por la vía pertinente (error de derecho en la apreciación de la prueba, error notorio, arbitrariedad o irrazonabilidad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional)*».

Esto es, al hilo de una reclamación dineraria a los socios de una sociedad limitada no inscrita por incumplimiento de unos préstamos, esta sentencia del Tribunal Supremo analiza o trata cuestiones como la personalidad jurídica y el régimen de responsabilidad de los socios de la sociedad irregular, así como la legitimación pasiva de la misma.

La sentencia analizada, siguiendo una línea bastante asentada aún en nuestra jurisprudencia, vuelve a negar la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, sin mayores razonamientos, cuando desde nuestro punto de vista un análisis de los planteamientos doctrinales a favor y en contra del citado reconocimiento de personalidad debiera realizarse con el objeto de que se produjera definitivamente una ansiada revisión de esta vieja doctrina tradicional que sistemáticamente es aludida y utilizada por nuestra más reciente jurisprudencia para negar, a nuestro juicio incorrectamente, cualquier grado de personalidad jurídica a la sociedad irregular, pese a los existentes pronunciamientos (si bien escasos y con cierta timidez) emitidos en contra y por tanto admitiendo dicha personalidad jurídica a las sociedades irregulares.

Sin embargo, esta sentencia sí que acepta (como no podía ser de otra forma, por imperativo del art. 16 de la Ley de Sociedades Anónimas) la aplicación del tipo de la sociedad colectiva a la sociedad limitada irregular con objeto mercantil, aunque como tendremos oportunidad de comprobar ni la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida ni la de casación del Tribunal Supremo aplican correctamente (a nuestro entender, aunque si bien es cierto que no se hace referencia a la existencia de patrimonio social) el régimen de responsabilidad del socio colectivo en cuanto a la correspondiente nota de subsidiariedad y al existente beneficio de excusión del socio colectivo que recoge el artículo 237 del Código de Comercio, lo cual tiene incidencia en el procedimiento para hacerlo efectivo, así como en la determinación del contenido de la excusión previa, ambos aspectos relacionados con la acción de reclamación interpuesta directamente contra los socios de la sociedad en este caso y con su alegada falta de legitimación pasiva.

Al hilo de lo anterior, analizaremos el alegato de subsidiariedad de la responsabilidad de los socios rechazado en el juicio y realizado de la siguiente manera: «*...Se produciría, según la posición de los recurrentes, la violación de los propios actos en cuanto la actora reconoce en su escrito de demanda que el préstamo se otorgó a los demandados como personas físicas, pero de la documentación que acompaña se desprende que entregó las cantidades reclamadas a través de una sociedad, "Hermanos Barambio, S. L.", a la que no reclama. Si se considera que estamos ante una sociedad irregular, se habrán de aplicar los preceptos del Código Civil, y en concreto los artículos 1.697 y 1.698, y no el artículo 127 del Código de Comercio. Los socios han de responder de forma subsidiaria, y no de forma solidaria*».

No es nuestro ánimo realizar un exhaustivo análisis de las controvertidas doctrinas existentes sobre la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, sino exponer nuestra opinión favorable al respecto y criticar así el recurso

a la doctrina clásica que aún continúa realizando el Tribunal Supremo, como se puede desprender de la sentencia de 19 de diciembre de 2006, que ahora comentamos, así como exponer las bases de la responsabilidad del socio de la sociedad irregular, incorrectamente tratada en esta sentencia.

## II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR EN LA DOCTRINA

El artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicable también para las sociedades limitadas por remisión del art. 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) prevé el supuesto de hecho de la sociedad irregular del siguiente tenor literal: «*Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción...*».

En cuanto al concepto de sociedad irregular, ya Aurelio MENÉNDEZ (1) puso de manifiesto cómo el elemento esencial en la sociedad irregular es la llamada «voluntad de no inscribir la sociedad», puesto que pueden existir sociedades que aún no habiendo transcurrido un año desde su constitución si se verifica dicha voluntad, habría que calificarlas como irregulares. Siendo el concepto de irregularidad societaria la ausencia de inscripción de una sociedad, puesto que esta irregularidad no es un problema de forma sino de publicidad.

En este sentido, se pronunció Aurelio MENÉNDEZ al respecto, calificando a la sociedad irregular como aquel supuesto en que la entidad esté funcionando en el tráfico como tal sociedad, sin intención de inscribir la correspondiente escritura pública del contrato social: «*...La invocación de "la voluntad de no inscribir la sociedad" tiene consecuencias notables. Entiendo que la fundamental es que a partir de este momento la regla del transcurso del "año desde el otorgamiento de la escritura" jugará, no como una regla única, sino como una regla subsidiaria, aunque sea con un alcance fundamental para todos aquellos supuestos en que no se ha logrado "verificar la voluntad de no inscribir la sociedad". Con todo ello, se viene a desvanecer algo la importancia de la escritura pública a estos efectos. El precepto parece extenderse ahora, a mi juicio, a los supuestos —ciertamente excepcionales— de sociedades irregulares que puedan darse con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública (sociedades anónimas en simple documento privado); a aquellos casos en que hay una voluntad deliberada de continuar en sociedad sin someterse a los requisitos legales de escritura e inscripción. Si es así se ensancharía, por este lado, la noción de la sociedad irregular para incluir en ella todos aquellos supuestos en que la entidad está funcionando en el tráfico como tal sociedad, con una publicidad de hecho (distinta, por tanto, de la sociedad meramente interna), sin que exista por parte de los socios la intención de elevar el contrato social a escritura pública e inscribir esa escritura en el Registro Mercantil. La formulación del precepto permite estimar también que, aún otorgada la escritura, si se puede "verificar" la voluntad de no inscribir la sociedad estaremos ante una sociedad irregular, aunque no haya transcurrido el plazo de un año desde el otorgamiento de la escritura; así sucederá —por citar un supuesto al que ya hemos aludido— cuando se haya*

(1) Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Sociedad Anónima e inscripción en el Registro Mercantil.* Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 19 de octubre de 1989. Anales de la Academia Matritense y del Notariado, Tomo XXX (1991).

*intentado sin éxito, inscribir la sociedad, y los mismos socios acuerden seguir operando en el tráfico)».*

A) La doctrina tradicional

Teniendo como principal valedor a Garrigues, esta posición clásica mantiene que la sociedad no inscrita carece de personalidad jurídica. Así, el artículo 119 del Código de Comercio prescribe que: «*Toda Compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil...*»

Por lo tanto, si una sociedad no se inscribe en el Registro Mercantil no puede haberse constituido con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio (art. 116.1 del Código de Comercio), lo que supone *a sensu contrario* que no tendrá personalidad jurídica (art. 116.2 del Código de Comercio). A estos efectos, recordamos que el artículo 116 del Código de Comercio literalmente prevé que: «*El Contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.*

*Una vez constituida la Compañía Mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*».

Las consecuencias de esta postura son dos: la nulidad de los contratos estipulados por la sociedad con terceros (de conformidad con el art. 118 del Código de Comercio, *a sensu contrario)* y la responsabilidad de los gestores (según el art. 120 del Código de Comercio).

Al respecto, Garrigues (2) se pronunciaba de la siguiente forma: «*...En los preceptos sobre sociedades, el legislador impone sanciones al incumplimiento de los requisitos de constitución que establece el artículo 119. Tales son: la no validez de los contratos entre la compañía y los terceros (art. 118,* a sensu contrario) *y la responsabilidad solidaria de los encargados de la gestión social frente a las personas con quienes contrataron en nombre de la compañía (art. 120). Dicho en otros términos: ineficacia del contrato para la compañía (ni le concede derechos, ni le impone obligaciones) y eficacia del contrato, sólo en cuanto a obligaciones para los encargados de la gestión, los cuales se subrogan en el lugar de la compañía a los efectos de responsabilidad. De aquí se deduce que el tercero no adquiere frente a la compañía misma ni derechos ni obligaciones: adquiere únicamente derechos frente a los encargados de la gestión social. La irregularidad en la constitución de la compañía adquiere sólo significación en las relaciones con terceros: como la sociedad irregular no tiene personalidad jurídica (v. art. 116, párr. 2.º,* a contrario sensu), *no puede contratar como persona. Si contrata, el contrato no será válido y eficaz. Más como sería inicuo dejar desamparado al tercero que contrató con quien creía gestor de una sociedad legalmente constituida, el artículo 120 concede a ese tercero acción, no contra la sociedad, puesto que no existe como persona jurídica, sino contra los encargados de la gestión social que indebidamente contrataron a nombre de una sociedad irregular*» (3).

(2) Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil,* quinta edición, Madrid, 1968.

(3) Véase las posturas de Uría y Chuliá siguiendo esta tesis doctrinal citadas por Cándido Paz-Ares en *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1340.

Pero las consecuencias negativas de esta doctrina tradicional se observan claramente, pues lo que se produce es una clara desprotección de los terceros acreedores ante la inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad, ya que se les niega la posibilidad de dirigir su acción frente a un patrimonio separado social, y asistiéndoles tan sólo la acción de responsabilidad frente a los gestores sociales.

B) La concepción «registral»

Magistralmente propugnada por Girón Tena (4) frente a la lectura tradicional de los preceptos del Código de Comercio argumentados por ésta, este autor afirmó que el sistema del Código de Comercio se caracteriza por las siguientes notas: libertad de inscribir o no, siendo las consecuencias de la falta de inscripción las derivadas por el régimen de publicidad legal, esto es, el perjuicio a terceros.

A esta conclusión llega, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Código de Comercio, quien se había inspirado en las técnicas que presidían el Derecho Registral Inmobiliario.

En este sentido, afirmaba Girón lo siguiente (5): «*El sistema del Código en este punto no es nada extraño: es secuela de su ideología liberal tan conocida y repetida. Expresamente, da la Exposición de Motivos la orientación expuesta: "No impone apremio ni coacción alguna a los asociados para que den publicidad por medio del Registro a la constitución de Sociedad..."; se "sustituye la necesidad que hoy —se refiere al Código del 29— existe de practicar la inscripción... por la libertad de inscribir o no los documentos, sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas que se conceden a los actos inscritos, a cuyo fin se consigna el principio general de que estos últimos producirían efecto legal en perjuicio de tercero sólo desde la fecha de la inscripción, sin que puedan invalidarlos otros anteriores o posteriores no registrados..., como consecuencia del mismo principio, deroga la legislación vigente sobre los efectos de la no inscripción de las Escrituras de sociedad... declarando, en armonía con la teoría general del Registro de la Propiedad territorial, que estos contratos surtirán efectos entre los otorgantes, pero no en perjuicio de tercero, quien, sin embargo, podrá utilizarlos en lo que le sean favorables...» (estos textos están tomados, concordados, de la parte de Sociedades y de la de Registro)*».

De acuerdo con lo anterior, el Código de Comercio no afirmaba la inexistencia de personalidad jurídica de la sociedad no inscrita, sino que la enjuiciaba en términos de oponibilidad a terceros.

A continuación, continuaba afirmando Girón lo siguiente: «*El artículo 24 del Código de Comercio* (actual art. 21 del Código de Comercio) *debe presidir la interpretación. Este artículo con el 120 dicen todo lo que el Código quiere decir para las Sociedades irregulares: no perjuicio de terceros y responsabilidad de los gestores. El tema de la irregularidad en nuestro ordenamiento es*

(4) Girón Tena, J., «Las sociedades irregulares», en *Anuario de Derecho Civil,* 1951; «Los conceptos y los tipos de sociedades en los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones», en *Centenario a la Ley del Notariado,* Madrid, 1963, y «Derecho de Sociedades», págs. 226 y sigs.

(5) Girón Tena J., *Derecho de Sociedades,* pág. 245.

*correctamente un tema de relaciones entre publicidad legal y de hecho o voluntaria»* (6).

Las consecuencias de esta tesis registral, aceptadas mayoritariamente por la doctrina, son principalmente las que de forma resumida a continuación se exponen a nivel doctrinal (7):

(i) Existe un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares. Ello se desprende tanto de una interpretación del artículo 1.669 del Código Civil como del propio artículo 116 del Código de Comercio, que establece que la sociedad, una vez constituida, tendrá personalidad jurídica. La oposición a esta afirmación podría nacer de una lectura del artículo 119 del Código de Comercio, que exige la inscripción para entender a la sociedad como válidamente constituida. Sin embargo, con acierto, la doctrina ha entendido que en todo caso del propio artículo 119 del Código de Comercio se deduce que la inscripción de la sociedad presupone ya la existencia de un ente social.

La otra objeción sería entender que el artículo 116 del Código de Comercio exige que la constitución de la sociedad se realice de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, y ello nos haría exigir la inscripción del artículo 119 del Código de Comercio, a lo que se contesta con acierto que lo que está exigiendo el artículo 116 del Código de Comercio es que la sociedad se constituya de acuerdo con alguno de los tipos sociales regulados en el Código de Comercio.

(ii) El propio Ordenamiento Jurídico ha otorgado expresamente la personalidad jurídica de las sociedades irregulares en los artículos 16 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículos 1 y 22.1 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que en definitiva consagran la validez de las relaciones externas de la sociedad frente a los terceros.

(iii) La validez de las relaciones jurídicas estipuladas por la sociedad no inscrita frente a terceros no hay que juzgarlas en términos de validez/nulidad (art. 118 del Código de Comercio) sino en términos de oponibilidad/inoponibilidad (art. 21.1 del Código de Comercio).

Así lo entiende acertadamente PAZ-ARES (8), al explicar que: «...*Son dos las razones que avalan la afirmación anterior. La primera se encuentra en los propios límites de la publicidad negativa del Registro, que están en la buena fe: el tercero que tratara de ignorar la existencia de la sociedad no sería de buena fe, puesto que al contratar con ella reconoció su existencia (la exigencia de la buena fe del tercero, preconizada por la doctrina antes de la reforma, se encuentra expresamente consagrada en el art. 21 del Código de Comercio). La segunda reside en el propio fundamento de la publicidad negativa, que es la apariencia: la publicidad negativa protege la apariencia que el silencio del Registro permite*

---

(6) Véanse las posturas de GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, MENÉNDEZ, CÁMARA, GALÁN CORONA, EMBID, CAPILLA RONCERO, LANGLE, BROSETA y SÁNCHEZ CALERO, aprobando la tesis de GIRÓN, según Cándido PAZ-ARES, en *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1341.

(7) PAZ-ARES, vid. *op. cit.,* págs. 1341 y sigs.; vid. igualmente las opiniones de PAZ-ARES en el mismo sentido, en *Curso de Derecho Mercantil.* Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, I, págs. 513 y sigs. Editorial Civitas, Madrid, 1999, y en la segunda edición de esta obra de 2006.

(8) PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil.* Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, I, pág. 517. Editorial Civitas, Madrid, 1999, y en la segunda edición de esta obra de 2006.

*subsistir; y consiguientemente, requiere que exista una apariencia anterior que el Registro no destruye. Es indudable, por ello, que la publicidad negativa nunca puede referirse a la existencia del sujeto inscribible, pues antes de él no hay nada, sino a las condiciones en que ese sujeto se presenta en el tráfico*».

Entendido esto de esta forma, puede colegirse que las relaciones jurídicas con terceros estipuladas por la sociedad no inscrita son válidas, lo que ocurre es que la sociedad irregular no podrá oponer al tercero en las mismas las cláusulas del contrato de sociedad no inscrito.

(iv) La responsabilidad solidaria de los administradores.

Como consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad irregular, se extrae también que la responsabilidad de los administradores ex artículo 120 del Código de Comercio es una responsabilidad solidaria y adicional a la de la propia compañía y la de sus socios, ello supone una mayor protección para los terceros, haciéndose a su vez menos atractiva la situación de irregularidad.

## III. LA IRREGULARIDAD SOCIETARIA EN LA JURISPRUDENCIA

A) En cuanto a la Jurisprudencia más antigua, GIRÓN esquematizó los pronunciamientos de la misma, afirmando la existencia de distintas orientaciones, a veces contradictorias:

(i) Sentencias que discuten si la formalidad e inscripción son elementos constitutivos del contrato de sociedad.

En este sentido, expuso GIRÓN lo siguiente (9):

«*La primera tendencia, es decir, aquélla que hace de la Escritura pública requisito* ad solemnitatem *y la inscripción constitutiva aparece ya en unas sentencias que preceden a la promulgación del Código (sentencias de 18 de octubre de 1873 y 8 de mayo de 1885) y de nuevo en alguna sentencia más reciente, por ejemplo, la de 22 de mayo de 1930. Luego no vuelve a reproducirse. Esta tendencia queda abandonada. Ahora bien, la sentencia de 30 de noviembre de 1972 ha manifestado, con carácter general, que la inscripción de las Sociedades Mercantiles es constitutiva. Pero si consideramos a ésta aislada y la declaración, como parece,* obiter dicta *y sobre todo la abundante Jurisprudencia que explícitamente manifiesta la validez de las Sociedades Mercantiles al margen de Escritura e inscripción (sentencias del TS de 15-X-1940, 14-II-1945, 23-III-1954, 12-V-1959, 7-X-1961, 22-III-1962, 9-VI-1969, 12-II-1971) puede ratificarse el abandono de dicha corriente*».

(ii) Sentencias sobre la mercantilidad o no de la sociedad que no cumple con las formalidades de constitución.

Sobre las mismas, continúa exponiendo GIRÓN que: «...*Esta corriente jurisprudencial que formula la mercantilidad por las formalidades de constitución, se había expresado en las sentencias de 31 de mayo de 1912, 25 de mayo de 1917, 5 de julio de 1940. Pero la de 29 de noviembre de 1958 la descarta y, apoyándose en las de 15 de octubre de 1940, 14 de febrero de 1945 y 6 de marzo de 1954, que expresamente invoca, indica que las sociedades que no cumplan las repetidas formalidades son mercantiles irregulares... En el mismo sentido se orienta la*

(9) GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades,* pág. 241 y sigs.

*de 6-IV-1961... La de 24-I-1969 ha llegado a confirmar un laudo en que correctamente se calificaba de colectiva a una Sociedad irregular. Y hace la misma calificación aplicando los preceptos del Código de Comercio —concretamente el 138— la STS de 21 de diciembre de 1965...*

*En derecha contradicción con la tendencia seguida por las sentencias que se acaban de citar, las sentencias de 31 de mayo de 1912, 25 de mayo de 1927 y de 5 de julio de 1940, para declarar que cuando no se observen las disposiciones sobre escritura e inscripción, el problema de la calificación cambia sensiblemente en el sentido de atribuir naturaleza civil al acto, de acuerdo, dice, con la doctrina del Tribunal Supremo. Esta tendencia se afirma en un elevado número de sentencias que, además, llevan el régimen al de la comunidad de bienes por aplicación del 1.669 del CC (sentencias del TS de 4-VII-1959, 3-III-1960, 7-X-1961, 19-X-1962, 24-I-1964, 20-III-1965, 11-XI-1966, 26-I-1967, 11-II-1967)».*

(iii) Sentencias que discuten sobre la validez interna y externa de las sociedades irregulares.

El sentido de las mismas fue analizado por GIRÓN al expresar que: «*La caracterización de las formalidades exigidas como materia que afecta exclusivamente al perjuicio o favor de terceros, es decir, como efecto indirecto del contenido de los contratos, en función de su publicidad, está expresada en las sentencias de 4 de abril de 1921, 12 de mayo de 1932, y, ya antes, en la de 10 de enero de 1882, entre otras. Pero además, el punto más específico de la irregularidad, es decir, el hecho de haberse dado una publicidad voluntaria o de hecho y no una publicidad legal, que origina los temas de buena fe en el tercero, se ha abordado, en las sentencias de 25 de noviembre de 1879, 13 de diciembre de 1902, 6 de diciembre de 1887, 29 de diciembre de 1896, 5 de mayo de 1922, entre otras. Esta corriente jurisprudencial se corta en la Jurisprudencia reciente, en la que parece haberse producido una recepción de la doctrina que dábamos como más generalizada hace unos años, acogiéndose la formulación dogmática de falta de personalidad jurídica y corte en las relaciones exteriores. En este orden están las sentencias de 12 de junio de 1950, 13 de noviembre de 1953, 6 de marzo de 1954, 12 de mayo de 1959, 26 de mayo de 1961 y Resoluciones de 24 de diciembre de 1948 y 24 de enero de 1949, entre otras. Es interesante hacer notar que, como consecuencia de no admitirse la vertiente externa de las sociedades, se crea el concepto de "comunidad societaria": esto aparece en la sentencia de 16 de abril de 1942 y se repite en la de 12 de mayo de 1959. Pero, estas sentencias, frecuentemente parece que se da una declaración dogmática porque no se enfrente la sentencia con el supuesto de que entren en juego, en el caso, las relaciones externas. Cuando, por el contrario, esto sucede, el Supremo da validez a la vertiente externa de las sociedades. Así en las sentencias de 6 de abril de 1961, 7 de octubre del mismo año y 2 de marzo de 1962. Esto supone una vuelta a la vieja buena doctrina jurisprudencial. La presión de los hechos le hace dejar a salvo que no puede decirse que las sociedades irregulares carezcan de valor para terceros (SSTS de 17-XII-1956 y 6-IV-1961)».*

B) En relación con la Jurisprudencia más reciente hemos de decir que el panorama no es más consolador, debido tanto a la negativa (excepto las excepciones que apuntaremos) de la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, como a la falta de claridad y precisión de dicha Jurisprudencia.

No obstante, citamos a continuación las siguientes sentencias que pueden servir como muestra de dicha línea, así como aquellas otras que tienden por una revisión de la doctrina clásica.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de marzo de 2005 *(RJ* 2005/2667), resolviendo sobre un recurso de casación acerca de la solicitud de una marca por una sociedad irregular, niega la personalidad jurídica de la sociedad irregular del siguiente modo:

*«En el segundo se acusa a la Sala de instancia de haber aplicado incorrectamente los artículos 1.669 y 1.670 del Código Civil (LEG 1889, 27) y los artículos 116, párrafo segundo, y 119 del Código de Comercio (LEG 1885, 21). Pero su desarrollo argumental se centra, no tanto en los problemas relativos a los perfiles de las sociedades irregulares a la luz de esos preceptos, cuanto en la afirmación de que la Sala de instancia debió en todo caso "concluir que el registro de la marca era en realidad propiedad de las personas físicas que constituían tal sociedad irregular".*

*Los artículos invocados como base de este segundo motivo tampoco han sido mal interpretados o aplicados por el tribunal de instancia. Por el contrario, responden a la jurisprudencia consolidada de este Tribunal Supremo que ha venido afirmando, desde antiguo, que las sociedades irregulares (bajo cuya rúbrica se engloban las mercantiles no inscritas) carecen de personalidad jurídica y no son aptas para operar en el tráfico mercantil como sujetos de derechos y obligaciones. Cuestión distinta es que los acuerdos o pactos que las inspiran produzcan efectos internos entre los socios que las componen.*

*Siendo ello así, la Sala de instancia no vulnera aquellos preceptos legales, según la interpretación que de los mismos ha hecho este Tribunal Supremo, al afirmar que la sociedad irregular en cuanto tal no podía obtener el registro de la marca».*

La sentencia de 23 de noviembre de 2001 *(RJ* 2001/9514) niega la personalidad jurídica de la sociedad irregular al negarle su condición de tercerista de dominio a dicha sociedad, puesto que en el momento en que se produjo la adquisición del bien inmueble por la misma aún no había sido inscrita en el Registro Mercantil, pronunciándose del siguiente tenor literal:

*«...Y, respecto a la dualidad que se plantea en el Motivo, entre el extinto artículo 6 de la LSA de 1951 y el vigente artículo 7 de LSA de 22-12-1989 (en la idea de que así como el citado art. 6 niega toda personalidad jurídica a través de esa disciplina, en el art. 7 sólo se niega personalidad jurídica como tal Sociedad Anónima), se subraya que, aparte de que la Sala* a quo *no lo contempla expresamente y sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial que aplica, ha de compartirse el razonamiento impugnante para su rechazo, cuando se afirma: "la interpretación de la contraparte es realmente forzada porque el artículo 7 lo es del Texto Refundido de la LSA, no de Sociedades Limitadas, Civiles, Colectivas o cualquier otro tipo. Por tanto, esta Ley de Sociedades Anónimas sólo se puede referir a este tipo de sociedades y al determinar que la sociedad adquiere su personalidad con la inscripción, se está refiriendo a la única personalidad posible que puede adquirir la Sociedad Anónima constituida al amparo de dicha Ley, que no es otra que la personalidad como sociedad en cuanto anónima, es decir, que adquiere personalidad en cuanto se constituya como anónima, sin que pueda interpretarse que la sociedad anónima no inscrita tiene personalidad jurídica diferente de anónima, pues le faltaron elementos esenciales para adquirir tal personalidad bajo otra forma societaria..."».*

Con similares argumentos, en un caso similar, se pronuncia de igual forma la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2001 *(RJ* 2001/8649).

La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de septiembre de 1997 *(RJ* 1997/6384), también sobre una tercería, niega la personalidad jurídica de la sociedad irregular en cuanto posible titular de las aportaciones realizadas por los socios del siguiente tenor:

«*El motivo se examina única y exclusivamente por su referencia al artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, y se desestima porque, como señala la Resolución traída a casación, al ratificar los razonamientos de la de primera instancia sobre este particular, esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 22 de febrero de 1980* (RJ *1980/425), de 6 de marzo de 1981* (RJ *1981/902), de 13 de febrero de 1985* (RJ *1985/549), de 31 de enero de 1990* (RJ *1990/110) y de 2 de abril de 1990* (RJ *1990/2687), que las aportaciones iniciales no tendrán efectividad mientras que la sociedad no adquiera personalidad jurídica, independiente y distinta de la de sus socios, sin que sirva para el objetivo casacional pretendido la distinción de dos aspectos, el contractual y el de la persona jurídica, realizada por la recurrente con una línea contraria a la mantenida por la citada doctrina jurisprudencial*».

La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995/8602), también en el ámbito de las tercerías niega la personalidad jurídica de la sociedad irregular al decir que:

«*En el quinto motivo se invoca el artículo 1.669 del Código Civil en cuanto reconoce* a sensu contrario *la personalidad jurídica de las sociedades civiles cuyos pactos no se mantengan secretos, precepto que habría sido infringido "al no reconocer a 'Prensa del Principado, S. A.' su personalidad jurídica como sociedad civil antes de la inscripción en el Registro Mercantil". Ello no es así porque la inscripción en el Registro Mercantil es constitutiva (art. 6 ya citado) de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, que no se obtiene hasta el momento de realizarse aquélla, sin que permita su consideración como sociedad irregular, concepto inadmisible dentro de la normativa de la Ley de 1951, lo que hace inaplicable al caso del artículo 1.669 del Código Civil, por imposibilidad de convertir en sociedad civil irregular la sociedad anónima no constituida legalmente por falta del requisito esencial de la inscripción, con independencia de cuál fuera la voluntad de los fundadores, que no afecta a los derechos de tercero*».

La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 1992 *(RJ* 1992/6624), también niega la personalidad jurídica de las sociedades no inscritas de la siguiente forma:

«*...Las Sociedades Anónimas, mientras no consten debidamente inscritas en el Registro Mercantil, efectivamente carecen de personalidad jurídica (art. 6 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17-7-1951)...*»

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 1984 *(RJ* 1984/1759), sí reconoce cierta personalidad jurídica a la sociedad irregular en el ámbito de las tercerías de dominio al establecer lo siguiente:

«*...Que la doctrina expuesta en el anterior no viene desvirtuada por la tesis a que aluden las sentencias de esta Sala de 6 febrero de 1964* (RJ *1964/614), de 31 de*

*mayo de 1969* (RJ *1969/3032) y 26 de mayo de 1973* (RJ *1973/2343), expresamente citadas en apoyo del examinado motivo 3.º, porque, como claramente evidencia el contenido de dichas Resoluciones, éstas afectan exclusivamente al aspecto de negar personalidad propia e independiente a las Sociedades Anónimas, con derecho a ejercitar acciones civiles como tales, en tanto no sean inscritas en el correspondiente Registro, pero no a impedir la atribución de dominio en favor de ella para cuando quede constituida efectivamente con esa específica personalidad, ni por tanto para desplazar el correspondiente dominio al ente social de índole civil, derivado de sociedad irregular general producida en el período de tiempo transcurrido desde el convenio societario hasta su inscripción registral...».*

Asimismo, la importantísima sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 1995 *(RJ* 1995/4908), supone una clara revisión de la doctrina clásica al afirmar la personalidad jurídica de la sociedad antes de su inscripción, afirmando que:

*«...Una, porque no se puede desconocer la eficacia de las escrituras públicas de constitución de las sociedades antes de su inscripción en el Registro Mercantil y que les atribuye especial personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951), y que en el caso de autos tuvo lugar con posterioridad, concretamente el 3 de diciembre de 1975. La referida escritura tiene efectos plenos internos entre los socios, conforme a los artículos 1.254 y 1.257 del Código Civil, pues expresa un contrato social del que surge un ente distinto a las personas que lo conforman e integran. Pero junto a los efectos* ad intra *no cabe desconocer los efectos* ad extra*, respecto a terceros que contratan con la sociedad, teniéndola en cuenta como tal, al conocer y contar con suficiente información de su existencia, en razón a su acceso o aportación de la escritura de constitución al negocio concertado, que es acreditativo de la existencia, como realidad que se impone y no cabe desconocer, de una sociedad constituida por la libre conjunción de voluntades de sus integrantes y pendientes sólo del requisito de inscripción registral, de acreditada condición formal.*

*No se puede hablar en estos casos de una situación de semipersonalidad jurídica, sino más bien de personalidad controlada o condicionada a los supuestos que se dejan dichos y que no ha sido aún resuelta legalmente en forma decidida, pues el artículo 7 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, de aplicación a los hechos, supedita la validez de estos contratos a la aceptación ratificadora de la sociedad en el plazo de tres meses, precepto que en su rigor ha de ser objeto de interpretación flexible, adecuada a la realidad de los tiempos y dinamismo del tráfico mercantil, para no marginar frontalmente a las sociedades en formación válidamente constituidas y que operan en el mercado en período anterior a su constatación registral, y así esta Sala ha tenido ocasión de tener en cuenta (sentencia de 16 de julio de 1992* [RJ *1992/6624]), como también para admitir la ratificación tácita. Tanto el artículo 15.2.º de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989 (RCL 1989/2737 y RCL 1990/206), como el 11 de la reciente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995 (RCL 1995/953), autorizan negocios a las sociedades en formación, de los que responderá la propia sociedad con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios...».*

Basándose en la anterior, igualmente la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de julio de 1998 *(RJ* 1998/5417), admite la personalidad jurídica de la sociedad irregular afirmando que:

«*No se puede desconocer la eficacia de las escrituras públicas de constitución de las sociedades, en este caso limitadas, pues con sus efectos* ad intro *están los* ad extra*, respecto a los terceros que contratan con la sociedad y tienen conocimiento de su constitución y existencia, aunque no se haya verificado su constancia en el Registro Mercantil, que es condición acreditada formal, asistiéndoles personalidad controlada en estos supuestos (sentencia de 8 de junio de 1995* [RJ *1995/4908])*».

Igualmente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2001 *(RJ* 2001/1314), se pronuncia sobre la existencia de efectos frente a terceros de la sociedad no inscrita al exponer que:

«*...De lo expuesto se deduce que al momento del contrato de 17 de julio de 1992, la entidad Producción General de Espectáculos se hallaba constituida pero no inscrita. Esta situación no anula su capacidad operativa negocial, la que asiste a las sociedades en formación desde el momento de su válida constitución escrituraria, al estar dotadas de especial personalidad jurídica, con efectos no sólo* ad intra *(entre los socios), sino también* ad extra*, respecto a los terceros que contratan con la sociedad, teniéndola en cuenta como tal, ya que el requisito de la inscripción registral resulta de acreditada condición formal, si bien resulta necesario para la plena operatividad negocial (sentencia de 8-6-1995* [RJ *1995/4098])...*».

Interesante, en cuanto a su argumentación y resumen doctrinal y jurisprudencial, resulta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de junio de 2002 *(JT* 2002/1627), que establece que:

«*...También bajo el régimen normativo anterior (LSA de 1951) la jurisprudencia no fue uniforme, pues, por una parte, diversas sentencias negaban la adquisición inmediata de las cosas aportadas por parte de la sociedad en supuestos de aportaciones iniciales, que no podían tener efectividad —se sostenía— hasta tanto la sociedad no adquiriera la personalidad jurídica mediante la preceptiva inscripción constitutiva, de modo que en tanto se verificara la inscripción en el Registro Mercantil se consideraba la inexistencia de sujeto adquirente. Por ello, en caso de embargo de los bienes aportados por parte de los acreedores personales del socio aportante, efectuada la traba con posterioridad a la escritura constitutiva de la sociedad pero con anterioridad a su inscripción, el mejor derecho del embargante debía prevalecer sobre la tercería de dominio entablada por la sociedad ya inscrita (SSTS de 22 de febrero de 1980* [RJ *1980/425], 6 de marzo de 1981* [RJ *1981/902], 13 de febrero de 1985* [RJ *1985/549]), doctrina que menciona la STS de 2 de abril de 1990* (RJ *1990/2687) y acoge también la STS de 14 de noviembre de 1995* (RJ *1995/8602) al resolver una tercería de dominio en la que aplica el régimen normativo anterior a la LSA de 1989. No se reconocía bajo esta normativa lo que se ha venido en denominar la presociedad como titular de un patrimonio formado por las aportaciones de los socios, sino que parecía que las aportaciones de los socios estaban prometidas, o entregadas a título de mandato o comisión para su entrega a la sociedad, es decir, a sus representantes legales, una vez constituida; en consecuencia, no habían nacido en el patrimonio de los aportantes los derechos de socio: no existían ni fondo común ni participaciones sociales o acciones (...)*

*Pues bien, esta opción doctrinal —se insiste, en relación con la legislación anterior— fue recogida por dos sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) que se apartaban de la línea sentada por las sentencias tradicionales antes men-*

*cionadas: las sentencias de 24 de marzo de 1984* (RJ *1984/1759) y de 31 de enero de 1990* (RJ *1990/110) (esta última es la resumida por la sentencia aquí apelada):*

— *La primera reconoce la existencia de ese patrimonio social o fondo patrimonial común previamente a la inscripción de la sociedad, y en consecuencia levanta un embargo sobre la base de que el bien en concreto había sido objeto de aportación a una Sociedad Anónima aún no inscrita, destacando que aunque no había sociedad anónima se han cumplido los requisitos de forma y fondo para generar la relación societaria, estableciéndose un vínculo societario a cuya masa de bienes se efectuó la aportación de la finca en cuestión.*

— *Y la segunda, también en una sede de tercería de dominio, levanta el embargo sobre una finca que había sido transmitida a título de compraventa a una sociedad anónima entonces no inscrita, revocando la sentencia que no estimaba transmitido el dominio a favor de la sociedad hasta que se inscribió la escritura de constitución en el Registro Mercantil, manifestando que el embargo constituido a favor de la entidad ahora recurrida nunca pudo tener virtualidad y eficacia para anteponerse a la precedente transmisión del dominio del deudor a otra persona; ni puede, por otro lado, dejarse en suspenso la transmisión dominical hasta que la sociedad se hubiera inscrito en el Registro Mercantil por ser ello contradictorio no sólo con el artículo 1462.2.º del Código Civil, sino también con el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas (de 1951).*

*Tras la reforma de las respectivas normativas societarias, la cuestión queda resuelta, y en ello coincide la doctrina, al reconocer la Ley la existencia de un patrimonio formado por las aportaciones de los socios (art. 15.2 LSA), que se distingue del patrimonio social de la sociedad ya inscrita y de la sociedad irregular (art. 16.1), consagrando la existencia de una organización corporativa o societaria tanto en el ámbito interno como en el externo, y de un patrimonio sometido a reglas propias de responsabilidad aun previamente a la inscripción registral*».

En idéntico sentido se pronuncia favorablemente sobre la cuestión la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 28 de noviembre de 2002 (*JT* 2002/838).

De sumo interés resulta la importantísima Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de febrero de 2001 (10), que realizó afirmaciones tan acertadas como las siguientes, para afirmar la personalidad jurídica de la sociedad irregular:

«*...A mayor abundamiento, según la interpretación de los artículos 116 a 120 del Código de Comercio, hoy predominante en la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni siquiera respecto de las sociedades civiles por su objeto que revistan forma mercantil puede mantenerse que carezcan de personalidad jurídica antes de su inscripción en el Registro Mercantil* (vide infra)»...

(10) Ver el comentario a la misma realizado por Ricardo CABANAS TREJO y Rafael BONARDELL LEZANO, bajo el título de «La RDGRN de 14 de febrero de 2001: El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles», en *Revista de Derecho de Sociedades,* Año 2001-2, Editorial Aranzadi.

*En la actualidad (y como consecuencia de la evolución iniciada con la tesis que otro insigne tratadista mantuviera en 1951 sobre las sociedades irregulares), para la mayoría de la doctrina y para el Tribunal Supremo (cfr., por todas, las sentencias de 8 de junio de 1995 y 27 de noviembre de 1998), no se puede mantener que una sociedad mercantil no inscrita carezca de personalidad jurídica.*

*Asimismo, de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica —o, al menos, de cierta personalidad—, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero del Código Civil [cfr. arts. 15 y 16.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, a los que remiten los arts. 152 del Código de Comercio y 11.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; art. 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico; igualmente, resultaba ya del tenor del art. 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, resulta ahora de los arts. 1 y 22.1 de la mencionada Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que no condicionan la atribución a éstas de personalidad jurídica a su inscripción registral. La inscripción en el Registro Mercantil sólo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran "su" especial personalidad jurídica (arts. 7.1, párrafo primero, i. f. de la Ley de Sociedades Anónimas, y 11.1 i. f. de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que añade la limitación de responsabilidad de los socios; y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores (junto a la de la propia sociedad), conforme al art. 120 del Código de Comercio (cfr., también el art. 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico: «Los administradores responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción»)]...»*

En nuestra opinión, esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, reconociendo la personalidad jurídica de la sociedad irregular, debería servir para una revisión por parte del Centro Directivo acerca de su criterio sobre la problemática concerniente al artículo 383 del Reglamento Hipotecario y la doctrina sentada al respecto por la confusa Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de abril de 2000, que ignorando las previsiones legales de nuestra legislación de sociedades (arts. 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas) y heredera aún de la nefasta Resolución de 31 de marzo de 1997 (que negó la personalidad jurídica de las sociedades civiles no inscritas en el Registro Mercantil), sigue sin ofrecer una solución clara a la cuestión de la inscripción de bienes en el Registro de la Propiedad por parte de las sociedades no inscritas en el Registro Mercantil (11).

En suma, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no nos permite configurar una clara línea que por fin reconozca la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, con las excepciones antes comentadas. Esto es, todavía no encontramos en ellas una solución al problema expuesto y tratado en este

(11) Véase, al respecto, un comentario crítico a la misma realizado por Ricardo CABANAS TREJO y Rafael BONARDELL LEZANO, bajo el título de «Resolución de 22 de abril de 2000», publicado en *La Notaría,* junio, 2000, págs. 242 a 252. Igualmente crítico con esta cuestión se muestra Francisco Javier GARDEAZÁBAL DEL RÍO en «La sociedad en formación y la sociedad irregular», en *Instituciones de Derecho Privado,* Tomo VI, Mercantil, vol. 2.º, Derecho de Sociedades. Parte especial (I), Thomson-Civitas, págs. 258 y sigs.

trabajo, siendo la doctrina la que ha venido trabajando por una revisión de la concepción clásica de la cuestión, doctrina que en nuestra opinión hoy consideramos mayoritaria y por supuesto, acertada. Así, coincidimos con las palabras de DE EIZAGUIRRE (12), que califica el panorama ofrecido por la jurisprudencia al enfrentarse con el problema de la sociedad irregular de «simplemente desolador».

No entendemos como aún hoy en día se sigue negando la personalidad jurídica de las sociedades no inscritas, basándose sobre todo en lecturas inapropiadas de nuestro Código de Comercio e incluso en la falta de una correcta lectura de la vigente legislación societaria, puesto que con los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 1 y 22 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, no se puede mantener sin faltar al rigor la inexistencia de la personalidad jurídica tanto de las sociedades en formación como de las sociedades no inscritas.

Pero es más, resulta interesante poner de manifiesto también que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades no inscritas supondría un cumplimiento de lo establecido en el artículo 22 de la Constitución Española, que es aplicable también a las sociedades [vid. sentencias del Tribunal Constitucional 23/1987, de 23 de febrero (RTC 1987/23) y 96/1994, de 21 de enero (RTC 1994/96)]. A estos efectos recordamos que el citado artículo 22.3 de la Constitución Española prescribe que: «*Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad*».

En este sentido, se pronuncia PAZ-ARES (13) del siguiente modo: «*...La reconstrucción que hemos ofrecido es, por lo demás, la única que permite cohonestar la disciplina del Código de Comercio con las exigencias constitucionales plasmadas en el artículo 22 CE, cuyo ámbito de protección se extiende, sin duda alguna, a las sociedades de Derecho Privado. Conviene recordar, en este sentido, que del precepto mencionado y, específicamente, de su apartado tercero, se desprende con toda evidencia que la constitución de la vertiente externa de la sociedad no puede condicionarse a la inscripción registral. La inscripción —según la norma constitucional— sólo puede exigirse a "efectos de publicidad". La opinión sostenida por un caracterizado grupo de tratadistas, a tenor de la cual el artículo 22 CE no impide al legislador ordinario condicionar la personificación de la sociedad a la inscripción parte de la premisa de que la personificación no pertenece al contenido esencial del derecho de asociación, lo cual resulta manifiestamente inexacto. El derecho de asociación, en efecto, no abarca sólo del derecho a formalizar contratos asociativos con eficacia interna (para esto, propiamente hablando, basta reconocer el principio de autonomía privada o libertad contractual), sino que también incluye el derecho a constituir grupos unificados o subjetivados, idóneos para tener relaciones externas... El derecho de asociación requiere pues un* minimum *de personificación que no puede supeditarse al trámite de la registración. El legislador, en consecuencia, no puede negar a las sociedades no inscritas ese grado mínimo de subjetivación que es preciso para insertarse en el tráfico que las componen. No quiere decirse con ello que el legislador, al objeto de conceder una personalidad jurídica plena o de segundo grado, no puede establecer requisitos ulteriores y, entre ellos, el de la inscripción*».

---

(12) DE EIZAGUIRRE, J. M., *Derecho de Sociedades,* pág. 120.

(13) Cándido PAZ-ARES en *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 1344.

En relación con el tema de la personalidad de las sociedades irregulares, cabe mencionar la postura doblemente equivocada de la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006, a saber, si como resulta de sus afirmaciones la sociedad limitada no inscrita no tuviera personalidad jurídica, la consecuencia jurídica de dicha nulidad debiera ser —conforme a la doctrina tradicional que parece seguir— la invalidez de las relaciones externas de la sociedad con los terceros, asistiéndole a estos únicamente la acción de responsabilidad social frente a los gestores de la Compañía, ex artículo 120 del Código de Comercio. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006, admite la responsabilidad de los socios por el préstamo contraído por la sociedad, lo que, por otro lado, debiera significar la personalidad jurídica de dicha sociedad irregular porque si no fuera así no se entiende la existencia de responsabilidad por parte de los socios.

Esto es, parece que, por un lado, se niega la personalidad jurídica *(«...esta remisión no puede conducir al reconocimiento de la personalidad jurídica en la sociedad...»)*, pero, por otro lado, inconcebiblemente se le admite *(«...sería lógico que se hubiere convenido el préstamo con los demandados en cuanto personas físicas, pero en vista de los recibís, que califica como "expresivos", en los que se indica que las cantidades se entregan "a la empresa Hermanos Barambio, S. L.", sociedad mercantil que no inscrita en el Registro Mercantil, habrá que atender a esta circunstancia y, puesto que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 16 LSA la sociedad irregular carece de personalidad jurídica independiente de la de los socios —concluye la sentencia— carecer de legitimación pasiva para ser demandada, y los socios responden de las deudas de forma solidaria»)*.

Planteada así la cuestión, pudiera entenderse que la mencionada sentencia concede un atisbo de personalidad jurídica a la sociedad limitada no inscrita que —según su razonamiento— fue quien contrató definitivamente el préstamo a la vista de los recibís del mismo. Sin embargo, no creemos que este propósito tan alentador haya estado entre los *desideratum* de dicha sentencia, ya que no reconoce la legitimación pasiva de la sociedad irregular, sino más bien, por un argumento de justicia material reconoce directamente la responsabilidad del socio colectivo (cuestión que no negamos, como no podría ser de otra forma) de forma inadecuada, sin analizar cuál es el régimen de responsabilidad de un socio de una sociedad limitada no inscrita.

Todo lo anterior se debe, sin duda, al incorrecto entendimiento que la sentencia comentada realiza sobre el tratamiento de la personalidad jurídica de una sociedad irregular. En virtud de los razonamientos anteriores, se puede afirmar, sin ningún género de dudas, su personalidad jurídica, puesto que la irregularidad supone únicamente la falta de inscripción en el Registro Mercantil y la consecuente falta de adquisición de la personalidad jurídica plena de las sociedades limitadas inscritas que nos llevaría directamente a la inexistencia de responsabilidad personal del socio por las deudas sociales (art. 1 de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Esto es, la sociedad prestamista, al contratar el préstamo con la sociedad limitada irregular (a la vista de los «recibís», donde se indicaba que el préstamo se concedía a una sociedad limitada aunque no estuviera inscrita en el Registro Mercantil) estaba contratando con una sociedad publicada extrarregistralmente, esto es, con una sociedad externa (ya que el contrato se estipuló —a la vista de los «recibís»— con una verdadera sociedad en términos de relaciones de representación a los efectos del art. 1.669 del Código Civil). Así,

la sociedad prestamista no podía negar la existencia de la realidad societaria de la sociedad irregular prestataria al haber contratado con la misma y no con los socios, ya que la admitió en el momento de dicha contratación.

Por otro lado, la posible inexistencia de escritura pública fundacional a la que se refiere el Tribunal Supremo como argumento para ahondar, aún más si cabe, en su tesis negativa de personalidad *(«Esta remisión no puede conducir al reconocimiento de la personalidad jurídica en la sociedad, y menos si, como sugiere —pero no desarrolla— la sentencia no hubo tampoco escritura pública (arts. 119, 19 y 16.2 del CCom, 94 RRM...»),* tampoco es un argumento válido puesto que bastaría la mera publicidad de hecho —que no formal— para la atribución de la personalidad jurídica al ente societario irregular, debido a la falta de consideración del carácter *ad solemnitatem* de la escritura fundacional (vid. arts. 119 del Código de Comercio y 1.669 del Código Civil).

Además, no olvidemos que según la tesis «registral» aquí defendida, la consecuencia de la irregularidad societaria sería la de la inoponibilidad del contrato social no inscrito que altere el régimen legal aplicable, en este caso, el de la sociedad colectiva.

Cabe recordar en este punto que no se discutió en el pleito la naturaleza mercantil o civil de las actividades de la sociedad, lo cual es de suma importancia —a nuestro entender— para aplicar en estos casos, por remisión del artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, el régimen de la sociedad colectiva a las sociedades irregulares con objeto mercantil y el estatuto de la sociedad civil a las sociedades irregulares con objeto civil.

Lo anteriormente expuesto nos conduce a tratar y exponer al menos someramente, el régimen de responsabilidad del socio de una sociedad irregular, así como a criticar el argumentado y aplicado en la sentencia de 19 de diciembre de 2006.

## IV. LA RESPONSABILIDAD DEL SOCIO EN LA SOCIEDAD IRREGULAR (COLECTIVA)

Especialmente significativas sobre este asunto me parecen las afirmaciones de Aurelio MENÉNDEZ (14) al exponer lo siguiente: «...*Por lo demás, ninguna duda parece ya posible en estos supuestos de "irregularidad" acerca de la vinculación y responsabilidad de la sociedad con los terceros por las obligaciones debidamente contraídas por sus gestores. Es más, la "irregularidad" de la sociedad generará también la responsabilidad directa, y al mismo nivel, de los gestores (art. 120 del Código de Comercio). En cuanto a los socios, por razón de la misma aplicación del régimen de la sociedad colectiva, si bien responderán de forma personal, ilimitada y solidaria por las deudas sociales, se tratará de una responsabilidad de segundo grado; a nuestro juicio, no existen argumentos válidos para negar a los socios el beneficio de excusión que el artículo 237 concede a los socios colectivos*».

De acuerdo con lo anterior, existe el siguiente régimen de responsabilidad por las deudas sociales en una sociedad irregular: admitida la personalidad jurídica de la sociedad irregular, existe una responsabilidad solidaria del patrimonio social, de los administradores de la compañía y de los socios de la misma, si bien, en cuanto a estos últimos, cabe decir que su responsabilidad,

(14) Vid., *op. cit.*

pese a ser solidaria, no lo es de sociedad y de socios sino sólo entre los socios, debido a su carácter subsidiario.

Esta subsidiariedad, sí que fue alegada por los recurrentes en el recurso de casación que enjuicia la sentencia comentada, aunque no de forma muy acertada, al pedir que «...*Si se considera que estamos ante una sociedad irregular, se habrán de aplicar los preceptos del Código Civil, y en concreto los artículos 1.697 y 1.698, y no el artículo 127 del Código de Comercio. Los socios han de responder de forma subsidiaria y no de forma solidaria*».

La falta de precisión del citado alegato en el contexto de los hechos del caso es evidente: por un lado se acude al recurso de la aplicación de la normativa de las sociedades civiles, cuando en la fase probatoria del pleito nada se adujo al respecto, lo que llevó al Tribunal Supremo a considerar que el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales en el caso de desarrollo de actividades mercantiles es el de la sociedad colectiva *(«...lo que la Sala da por supuesto y los recurrentes no combaten por la vía pertinente...»),* pero por otro lado, se califica incorrectamente la responsabilidad de los socios colectivos como simplemente solidaria, sin haber ahondado en la indudable nota de subsidiariedad de dicha responsabilidad solidaria de los socios colectivos.

Por otro lado, la falta de precisión del Tribunal Supremo al respecto también reside en afirmar simplemente el carácter solidario de la responsabilidad del socio colectivo («...*de acuerdo con lo preceptuado en el art. 16 LSA, la sociedad irregular carece de personalidad jurídica independiente de la de los socios —concluye la sentencia— carecer de legitimación pasiva para ser demandada, y los socios responden de las deudas de forma solidaria...»),* no ya sin plantearse con quién se entiende esa solidaridad (en nuestra opinión, con el patrimonio social y con los administradores de la sociedad irregular), sino en no atender tampoco al componente subsidiario de dicha responsabilidad solidaria de los socios colectivos, que —aunque deficientemente— sí fue alegado por los recurrentes.

Evidentemente no es el momento ni lugar de analizar el tratamiento procesal específico de las anteriores consideraciones en el seno del pleito recurrido en casación ante el Tribunal Supremo y enjuiciado mediante la citada sentencia de 19 de diciembre de 2006. Lo que sí resulta claro y meridiano, a la luz de lo anterior, es que tanto los socios tenían legitimación pasiva como la propia sociedad, aunque el contenido de la responsabilidad de los mismos no fue tratada correctamente ni instancia, apelación ni en casación, puesto que, en definitiva, se enjuició una acción de responsabilidad «directa» de los socios de la sociedad limitada no inscrita que resultó prestataria.

Con el propósito de aclarar lo anterior, exponemos brevemente el régimen de la responsabilidad del socio de una sociedad irregular cuya aplicación sea el contenido legal de la sociedad colectiva (como en el de la sentencia comentada), cuyas notas principales, aparte de ser personal e ilimitada (art. 1.911 del Código Civil), son (15):

(i) Subsidiariedad: los acreedores sólo podrán actuar contra el socio después de haber procedido contra la sociedad y haber acreditado la insuficiencia de bienes sociales para satisfacer la correspondiente obligación.

---

(15) Para un tratamiento detallado del tema, véase la obra de Cándido PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo,* Madrid, 1994.

Esta nota de subsidiariedad, aunque no se deduzca del artículo 127 del Código de Comercio *(«Todos los socios que formen la Compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la Compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla»),* sí se desprende claramente del artículo 237 del Código de Comercio *(«Los bienes particulares de los socios colectivos que no se incluyeron en el haber de la Sociedad al formarse ésta, no podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas por ella, sino después de haber hecho excusión del haber social»)* que reconoce el denominado beneficio de excusión.

Pese a la ubicación del beneficio de excusión, ésta se considera una nota general de la responsabilidad social del socio colectivo. Así GIRÓN TENA afirmaba lo siguiente (16):

*«Debe darse por establecido en Derecho español que la responsabilidad de los socios es subsidiaria. Ciertamente, el Código no ha acertado en la manera de formular esta nota, ya que el artículo que lo manifiesta (art. 237) aparece colocado en la Sección XIII, que se ocupa "Del término y liquidación de las Compañías Mercantiles" y no en el plano general del tratamiento de la responsabilidad (art. 127). No obstante, la doctrina y la Jurisprudencia (sentencias de 15-XI-1898, 13-VI-1883, basada en el art. 352 del C. del 29, precedente del 237; Resolución de la DGRN de 23-V-1898) han inducido de aquel precepto la regla general».*

Un primer problema que plantea la excusión prevista en el artículo 237 del Código de Comercio sería la aplicación a este supuesto de lo establecido en el artículo 1.832 del Código Civil que prevé lo siguiente: *«Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda».* Si dicho artículo 1.832 del Código Civil fuera aplicable, el acreedor podría accionar de forma directa contra el socio, debiendo éste alegar la excusión, así como indicar los bienes de la sociedad para satisfacer la deuda.

Sin embargo, entendemos que dicho artículo 1.832 del Código Civil no sería aplicable al régimen de excusión previsto para la responsabilidad del socio colectivo, puesto que del artículo 237 del Código de Comercio se desprende que la excusión condiciona el régimen de la acción contra el socio al establecer lo siguiente: *«...sino después de haber hecho excusión del haber social»,* aunque por analogía con el artículo 1.834 del Código Civil sí estaría permitida la demanda conjunta contra la sociedad y contra alguno o todos los socios.

En este sentido, se pronuncia GIRÓN TENA (17) al afirmar que: *«En otro plano de ideas, conviene también indicar que la posibilidad de aplicar el artículo 1.832, que permitiría dirigirse en todo caso contra el socio y sería éste quien habría de paralizar la ejecución, señalando bienes de la sociedad, choca con la diferencia de carácter de la excusión común (que depende de la invocación por el deudor) respecto de la legal, establecida por el Código de Comercio, que condiciona el ejercicio mismo de la acción».*

(16) GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades,* págs. 523 y 524.

(17) GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades,* nota al pie número 31 de la página 525.

Igualmente, PAZ-ARES (18) opina lo siguiente: «*...A nuestro juicio, en la sociedad colectiva, el beneficio de excusión opera automáticamente como condición de procedibilidad de la acción ejecutiva contra el socio... Del precepto se deduce, en efecto, que la excusión previa del patrimonio social es condición necesaria para el ejercicio de la acción contra el socio...*».

Otro problema sería entender como requisito necesario de la excusión que se realice una ejecución infructuosa del patrimonio de la sociedad irregular (según interpretación dada al art. 1.830 del Código Civil), aunque en nuestra opinión bastaría con una prueba por el acreedor de la insuficiencia del patrimonio social para satisfacer el crédito, esto es, la exclusión supondría detener la ejecución del acreedor sobre los socios, en tanto exista patrimonio social para cubrir el crédito en cuestión (19).

(ii) Derecho de regreso: Aunque sin un apoyo positivo expreso, se deduce la existencia de un derecho de regreso del socio que satisface la deuda frente a la sociedad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 142 del Código de Comercio y en el artículo 1.688 del Código Civil. También ha considerado la doctrina la posible repetición del socio frente a la sociedad en virtud de la subrogación del artículo 1210.3.º del Código Civil. No obstante, este derecho de regreso frente a la sociedad parece más teórico que práctico, puesto que en estos supuestos en que haya tenido que satisfacer algún socio una deuda social (previa excusión), debiera suponer la inexistencia de patrimonio social al efecto por lo que generalmente repercutirá su derecho de regreso por vía de la responsabilidad solidaria por cuota del resto de los socios, en virtud del artículo 1.145 del Código Civil.

Pues bien, como ya hemos apuntado con anterioridad en el presente caso, la acción de responsabilidad es ejercitada directamente contra los socios de la sociedad en su condición de tales. Así, el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia comentada expresa lo siguiente: «*1. La entidad actora reclama la devolución de varios préstamos por importe global de 72.337.580 pesetas a los demandados, que son socios de la compañía y titulan el 33 por 100 del capital*».

Esto es, se trata de una demanda de responsabilidad frente a socios minoritarios de una sociedad limitada no inscrita, a la que aplican (en este caso) las normas de la sociedad colectiva. Nada habría que objetar si la demanda se hubiera planteado contra los demandados en su condición de administradores de la sociedad irregular, debido a la responsabilidad solidaria adicional de éstos con el patrimonio social y con los socios de la compañía, en virtud del régimen solidario de responsabilidad de los administradores establecido en el artículo 120 del Código de Comercio, deviniendo su carácter de administradores por lo dispuesto en el artículo 129 del Código de Comercio, ya que cualquier excepción al mismo hubiera sido inoponible al tercer acreedor en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del Código de Comercio.

No obstante, la demanda al haberse dirigido contra los demandados en su condición de socios, sí que habría que haberse hecho valer adecuadamente el carácter subsidiario de la responsabilidad del socio (ex art. 237 del Código de Comercio), así como haberse tutelado tal régimen de responsabilidad, máxime

---

(18) PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil.* Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, I., pág. 631. Editorial Civitas, Madrid, 1999.

(19) Así, PAZ-ARES, *Curso de Derecho Mercantil.* Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, I., pág. 631. Editorial Civitas, Madrid, 1999, así como la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1898.

si tenemos en cuenta que los demandados sólo eran titulares del 33 por 100 del capital social y que el objeto de la demanda era la devolución de unos préstamos concedidos a la sociedad, que posiblemente se reinvertirían en activos sociales. De todas formas, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006, no ofrece ningún dato acerca del acervo social de la compañía irregular, por lo que no es posible extraer una conclusión firme al respecto.

Aunque sí es cierto que ante la alegación de subsidiariedad de la responsabilidad del socio (no realizada de forma muy ortodoxa), ofrece la callada por respuesta y nos proporciona un principio de responsabilidad directa y solidaria de los socios que no se adecua al régimen legalmente establecido.

## V. CONCLUSIONES

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006, vuelve a incidir erróneamente en la afirmación consistente en negar la personalidad jurídica a las sociedades irregulares, lo cual no puede realizarse al amparo de la normativa societaria aplicable en el caso enjuiciado, a saber, los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Es decir, nuestro Tribunal Supremo sigue sin ofrecernos una respuesta uniforme y satisfactoria al tema tratado que permita cohonestar el tan debatido problema de la irregularidad societaria con la vigente legislación societaria que resulta de aplicación, pese a la existencia de algunos pronunciamientos jurisprudenciales que en su momento nos permitieron albergar alguna esperanza al respecto.

Por otro lado, tampoco la presente sentencia del Tribunal Supremo nos presenta un adecuado tratamiento del régimen de responsabilidad de los socios de una sociedad irregular, expresándose en términos absolutos y directos de responsabilidad sin reconocer el carácter subsidiario que debe aplicarse al citado régimen.

*RESUMEN*

*SOCIEDADES IRREGULARES*

*Se aborda en este trabajo, a propósito de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de diciembre de 2006, la problemática existente en cuanto al reconocimiento de personalidad jurídica de las sociedades irregulares, al ser éste un tema bastante debatido doctrinalmente y nada claro a nivel jurisprudencial. Asimismo y al hilo de dicha sentencia, se analiza el régimen de responsabilidad de los socios de tales sociedades irregulares, según el tratamiento realizado del mismo.*

*ABSTRACT*

*IRREGULAR COMPANIES*

*In regard to the Supreme Court's recent ruling of 19 December 2006, this paper addresses the problem of the acknowledgement of legal personality for irregular companies, as this topic is under considerable doctrinal debate and remains unclarified by case law. The system of liability of the partners in irregular companies is also analysed, following the train of said ruling and according to the treatment of said system.*

# 3. URBANISMO

## *MATIZACIONES A LA CONSTANCIA DE LA REVERSIÓN EN LA INSCRIPCIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS.*

por

VICENTE LASO BAEZA
*Abogado*

## I. CONSIDERACIÓN PREVIA

En dos comentarios anteriores y un estudio (1) se ha analizado la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con el derecho de reversión y sus implicaciones registrales, así como el alcance de la nueva regulación de orden registral prevista en el artículo 54.5 de la Ley de Expropiación Forzosa conforme a la redacción dada por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Esta última regulación, en efecto, introdujo la importante novedad, frente a lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento de Expropiación Forzosa, según el cual la procedencia de la reversión era oponible «*aún cuando los bienes o derechos hayan pasado a poder de terceros adquirentes por la presunción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*», de la obligada constancia registral del derecho de reversión como condición necesaria para hacerlo «*oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria*». Constancia registral del derecho preferente de los reversionistas frente a posibles terceros adquirentes que ha de producirse con motivo de la inscripción «*del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa*».

Ante tal previsión legal, de la que aparentemente resulta un mandato ineludible de hacer constar la reversión en cualquier inscripción practicada por título de expropiación, en uno de los comentarios citados (2) se suscitó la duda, sin pronunciarse al respecto, sobre el verdadero alcance de dicho mandato y su grado de vinculación al Registrador, particularmente en aquellas expropiaciones en las que la reversión «*esté intrínsecamente contradicha*».

La cuestión no es desde luego menor en cuanto la mera constancia registral del derecho preferente de los reversionistas constituye una carga que en principio mantiene indefinidamente en el tiempo una sombra de duda sobre la pervivencia del derecho del titular registral el cual, por causas ajenas a su voluntad, puede ser expulsado del folio registral en caso de declararse la procedencia de la reversión.

---

(1) Nos referimos a los Comentarios titulados «Reversión de expropiaciones. Transmisión del derecho de reversión. Oponibilidad a terceros y protección registral», de José Luis LASO MARTÍNEZ, en *RCDI,* núm. 681, págs. 385 y sigs., y «El derecho de reversión en el Registro de la Propiedad. Comentarios a la Resolución de 29 de junio de 2001», de Lorenzo GÓMEZ PARRA, en *RCDI* núm. 690, págs. 1487 y sigs., y el Estudio, también de José Luis LASO MARTÍNEZ, titulado «Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral», en *RCDI,* núm. 657, págs. 893 y sigs.

(2) LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Reversión de expropiaciones...», *op. cit.,* págs. 390 y 391.

Por ello el indudable impacto y la incertidumbre sobre la titularidad de los bienes que se desprende de la constancia registral de la reversión, fácilmente se entiende que puede ocasionar un retraimiento en su transmisión, una minusvalía de los suelos afectados e incluso un claro perjuicio para acceder al crédito territorial.

Siendo ello así, lo que parece entonces razonable entender es que el mandato legal resulta inobjetable, aun conociendo las consecuencias de la afección, en aquellos casos en los que se inscriban expropiaciones en las que objetivamente puedan concurrir causas legitimadoras de la reversión, con las particularidades debidas a la desaparición de esta última, según se dirá más adelante.

En sentido contrario, si la reversión es, como se ha dicho, intrínsecamente contradictoria con la naturaleza de la expropiación realizada, no se entiende por qué motivo ha de reflejar el Registro de la Propiedad un derecho real administrativo de preferente adquisición cuyo reconocimiento es ontológicamente imposible.

Ante ello es cierto que podría oponerse que donde la Ley no efectúa distinción alguna no le corresponde al Registrador distinguir, especialmente cuando la eventual procedencia de la reversión constituye una decisión reservada a la Administración Pública, en primer término, y a la jurisdicción contencioso-administrativa en un posible segundo momento.

Tal objeción, sin embargo, puede más bien ser expresión de una posición de excesiva cautela, omitiendo en cambio que en el acto de la calificación de los documentos presentados para su inscripción en el Registro deben ser rechazados aquellos derechos, como es el de reversión, en los que no pudieran concurrir las condiciones necesarias para su reconocimiento.

Si se admite, en consecuencia, que en determinadas situaciones la reversión no va necesariamente ligada a la expropiación, sería claramente rechazable que por una motivación ajena y con los perjuicios que ocasionaría al tráfico jurídico inmobiliario se trasladara al Registro la eventual existencia de una reversión en sí misma imposible.

En suma, del mismo modo que la reversión ha de constar si está legalmente reconocida, debe quedar extramuros del Registro si no cabe su declaración.

El análisis de supuestos en los que la reversión no parece posible y también las consecuencias debidas a la desaparición sobrevenida de las causas de la reversión sobre fincas inicialmente gravadas son por lo tanto las dos cuestiones que seguidamente se analizan, lo que hacemos tomando como base la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1998 (Ar. 8829), a la que más adelante aludiremos, limitándolo en todo caso a la reversión según su regulación urbanística.

## II. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS Y AUSENCIA DE DERECHO DE REVERSIÓN

### 1. La inexistencia de reversión en las expropiaciones de no adheridos a las Juntas de Compensación

Como es sabido, el derecho de reversión está sujeto a una dualidad de regímenes jurídicos; el contemplado en la Ley de Expropiación Forzosa para las expropiaciones ordinarias en su artículo 54, y el previsto en la Ley 6/1998,

de 13 de abril, sobre régimen del Suelo y Valoraciones, en cuyo artículo 40 se establecen los que denominan supuestos de reversión.

En el caso de las expropiaciones urbanísticas, tales supuestos aparecen expresados dentro de un cuadro cerrado, de tal manera que cualquier otra expropiación cuya causa directa fuera distinta de las legalmente tasadas como eventualmente justificadoras de la reversión ha de entenderse excluida de los supuestos legales y, por ello, no comprendida dentro del mandato legal que resulta del artículo 54.5 de la Ley de Expropiación Forzosa en orden a procurar su constancia registral.

En concreto, los supuestos de reversión a que se refiere la Ley 6/1998 son cuatro y parten, como condición necesaria para su reconocimiento, de la concurrencia de las siguientes circunstancias:

*a)* En el caso de expropiaciones de terrenos afectos a usos dotacionales, procede la reversión en el caso de alteración del uso, salvo que el nuevo fuera igualmente dotacional público o el inicial se hubiera implantado y mantenido durante ocho años.

*b)* Si, en el caso de expropiaciones para la ampliación o formación del Patrimonio Municipal de Suelo, se produce una modificación de planeamiento que altere usos, intensidades o aprovechamientos determinantes de un incremento del valor de los terrenos.

*c)* En el caso de ejecución del planeamiento a través del sistema de expropiación procede la reversión si en el plazo de diez años desde la expropiación no se hubiera concluido la expropiación (3).

---

(3) Los tajantes términos en los que se manifiesta la Ley al ocuparse de este supuesto debieran traducirse en la superación de una jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual, de modo constante, se ha venido rechazando la reversión respecto de suelos comprendidos en ámbitos de gestión cuando se producía la alteración singular del destino sólo de parte de los mismos o la falta de conclusión de la actuación también contemplada de modo aislado. Así, por ejemplo, la sentencia de 25 de marzo de 1998, al indicar que «*la reversión cuando se pretende modificar la afectación de los terrenos al fin específico que constase en el Plan correspondiente o agotase la vigencia de dicho Plan sin haberse cumplido el destino a que los bienes afectara... según se infiere del análisis del expediente administrativo y de las actuaciones judiciales, permiten constatar que la determinación de si se ha producido o no la inejecución determinante de la reversión no puede efectuarse desde la perspectiva de la finca aislada*». En similares términos, la sentencia de 14 de febrero de 1991, dice que «*no puede ser acogida la causa de retrocesión de los bienes en su día afectos de expropiación por motivo de la desafectación de los mismos a las obras que motivaron la expropiación, en razón a que la finca expropiada estaba comprendida dentro del polígono de actuación Santamarca, con una extensión, el polígono, de 538.819,48 m², y con una superficie, la parcela, cuya retrocesión se solicitó de 2.882,46 m². Y siendo así que la parcela no se expropió como individualidad, sino como parte integrante de un todo —el polígono— para la realización de una actuación urbanística en la que se comprendían zonas verdes, viales, urbanizaciones completas con todos sus servicios y la finalidad que se perseguía es disponer de terrenos para ir formando el patrimonio que permita en lo sucesivo una actuación urbanística del Ayuntamiento con extensión suficiente de suelo propio podrá ir creando las zonas verdes del Plan de Ordenación... sin una concreción del destino específico, pese a que en el terreno no haya habido una concesión formal, si se tiene en cuenta que ello es una mera circunstancia de la actuación urbanística de la ejecución de la totalidad del polígono, no un incumplimiento del fin expropiatorio, pues lo importante es, a los efectos aquí enjuiciados, que el terreno expropiado haya continuado y continúa afecto a la finalidad expropiatoria que en su día motivó su expropiación*».

*d)* Por fin, también en caso de que no se concluyera la urbanización en el plazo de diez años, procede la reversión por incumplimiento de deberes urbanísticos vinculados al proceso de urbanización.

Frente a todos estos supuestos, la expropiación del propietario no adherido participa de una naturaleza propia y singular en la medida en que el hecho determinante de su puesta en funcionamiento no se encuentra en una decisión de la Administración que se impone a la voluntad del titular del suelo.

Por el contrario, siendo la adhesión al sistema de compensación una decisión voluntaria reservada en exclusiva al propietario y conocido por éste, por así resultar directamente de la Ley, que el efecto ligado a la no adhesión puede ser la expropiación (4), ésta, cuando tiene lugar, se debe a su sola voluntad, por lo que no parece admisible que quien libremente desencadena la expropiación pueda después solicitar la reversión.

Junto a ello, a su vez, la razón determinante de esta expropiación no encaja con ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 40 de la Ley 6/1998, ni siquiera con el contemplado en su apartado 5, en cuanto la no adhesión a una Junta de Compensación no puede ser catalogada como incumplimiento de deber urbanístico alguno ni, menos aún, como un supuesto de incumplimiento de la función social de la propiedad (5).

Y es que, en efecto, si la adhesión a la Junta es voluntaria, no hay incumplimiento de deber por el hecho de la no adhesión, toda vez que con esta decisión lo que propiamente se está haciendo es ejercitar un derecho.

Otra cosa distinta es lo que tiene lugar cuando la expropiación se debe al incumplimiento de deberes por quienes siendo propietarios de suelo se han adherido voluntariamente a la Junta de Compensación o por incumplimiento de deberes por la propia Junta de Compensación.

En el primer caso se trata de que, asumida por los propietarios integrados en la Junta la obligación de cumplir una función pública, como es la de ejecutar el planeamiento, su pasividad ante lo que desde ese momento constituyen sus obligaciones determina correlativamente la puesta en funcionamiento de unos mecanismos de reacción, la expropiación, que permiten garantizar tal ejecución.

---

Frente a ello, desde la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, y en la actualidad con la Ley 6/1998, ya no puede alegarse que por tratarse de una actuación sistemática no procede la reversión en cuanto hay un supuesto específico, el de falta de conclusión de la urbanización en diez años, que sólo puede darse cuando precisamente se actúa a través del sistema de expropiación.

(4) En la actualidad, junto a la expropiación, numerosas leyes autonómicas otorgan al propietario la alternativa de quedar sometido a un régimen de reparcelación forzosa, alternativa que otorga una mayor agilidad al sistema de compensación al eliminar las interferencias que ordinariamente surgen por la larga duración de los procedimientos de fijación de justiprecio y su incidencia en la aprobación e inscripción de los proyectos de reparcelación. Ver a este respecto el Comentario efectuado a la Resolución de 12 de febrero de 1999, titulado «La situación de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación respecto a la confección e inscripción de un Proyecto de Compensación», de Vicente Laso Baeza, en *RCDI,* núm. 684, págs. 2005 y sigs.

(5) Sobre la falta de asimilación de los incumplimientos de la función social de la propiedad con los ilícitos administrativos, puede verse: *El aprovechamiento urbanístico,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, de Laso Martínez, José Luis y Laso Baeza, Vicente. En contra, ver el trabajo de Suay Rincón, José, «La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas», en *Revista de Derecho Urbanístico,* núm. 123, págs. 71 y sigs.

Así tiene lugar en el supuesto de negativa o retraso en el pago de las cantidades adeudadas a la Junta, supuesto en el cual ésta puede optar entre solicitar de la Administración la aplicación de la expropiación al miembro moroso o bien interesar de ella el cobro de la deuda por la vía de apremio, con la particularidad de que si se pagaran las cantidades adeudadas a la Junta con los intereses y recargos procedentes antes del levantamiento del acta de ocupación, procederá dar lugar a la terminación del expediente expropiatorio, en los términos recogidos en el artículo 181.4 del Reglamento de Gestión Urbanística. Consumada sin embargo en esta hipótesis la expropiación, parece claro que al deberse a un incumplimiento de un deber urbanístico como es el de pagar las cuotas de urbanización, podría concurrir la causa de reversión prevista en el artículo 40.5 de la Ley 6/1998, lo que, a su vez, justificaría plenamente que constara la afección registral a que se refiere el artículo 54.5 de la Ley de Expropiación Forzosa.

En el segundo caso ha de partirse de que la Junta de Compensación es directamente responsable ante la Administración competente de la urbanización completa del ámbito y, si así se hubiera establecido en los Estatutos, de la edificación de los solares resultantes, además del conjunto de deberes previstos en el artículo 182 del Reglamento de Gestión, de tal manera que su incumplimiento determina la sustitución del sistema de compensación por el de expropiación, como decía el artículo 119 de la Ley del Suelo de 1976 y se sigue recogiendo en la mayor parte de la legislación autonómica (6).

Cambiado el sistema al de expropiación es cuando se entra de nuevo dentro del supuesto a que se refiere el artículo 40.4, por lo que efectuada la expropiación y existiendo la posibilidad de que concurra una causa de reversión, cobra pleno sentido su reflejo registral al practicarse su inscripción.

## 2. Los convenios expropiatorios y la reversión

La práctica administrativa, cada vez más extendida de acudir a los convenios expropiatorios como forma de concluir el procedimiento de fijación de justiprecio, ha permitido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre dos relevantes cuestiones atinentes al derecho de reversión: el efecto del convenio sobre el derecho de reversión, por un lado, y la posibilidad de su renuncia, por otro (7).

En cuanto a la primera cuestión, la circunstancia de que la terminación del procedimiento expropiatorio tenga lugar en virtud de un convenio expropiatorio no supone la pérdida de la titularidad de aquellos derechos que a favor del expropiado se derivan de la Ley de Expropiación Forzosa, derechos entre los que se encuentra el de reversión, como se ha establecido en sentencias de 13 de noviembre de 1971 (Ar. 4.782) y 16 de junio de 1978 (Ar. 2.457).

---

(6) En la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, se prevé que el sistema de ejecución forzosa sólo sea aplicable previa declaración de incumplimiento de deberes en el sistema de compensación, lo que sin embargo no ha de impedir que si tal incumplimiento se da sea posible decantarse por la expropiación forzosa.

(7) Vid. Huergo Lora, Alejandro, *Los convenios urbanísticos,* Ed. Civitas, 1998, págs. 229 y sigs.

Junto a ello, el Tribunal Supremo también ha aceptado, por ejemplo, en sus sentencias de 2 de junio de 1966 (Ar. 3.011) y 13 de noviembre de 1971 (Ar. 4.782), que a través de un Convenio se renuncie al derecho de reversión, especialmente por la coincidencia de las figuras del renunciante y el expropiado.

En esta misma línea otra sentencia, la de 19 de septiembre de 1998 (Ar. 8.829), si bien anticipa que la cuestión de la renuncia a la facultad de pedir la reversión no se considera contraria al artículo 6.2 del Código Civil, sin embargo matiza tal consideración a lo largo de su texto.

En efecto, partiendo de la sentencia del contenido patrimonial del derecho de reversión y, por lo tanto, de su condición para ser susceptible de negociación y transmisión antes de su nacimiento, lo que contempla el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y el 65 de su Reglamento al admitir su ejercicio por el primitivo dueño o sus causahabientes, permitiendo su transmisión por actos *inter vivos* o *mortis causa*, sucesivamente se detiene sobre la posibilidad de su renuncia afirmando lo siguiente: «*si la facultad de pedir la reversión, cuando se den los presupuestos legales para ello, es transmisible, no existe razón alguna para considerar irrenunciable aquélla en aplicación del artículo 6.2 del Código Civil, que sólo impide la renuncia a los derechos reconocidos en la Ley cuando es contraria al interés o al orden público o perjudica a terceros, como también lo estimó desde antiguo la jurisprudencia de esta Sala, que ya en su sentencia de 13 de noviembre de 1971 (Ar. 4.782) declaró la renunciabilidad de este derecho potestativo legal, y más recientemente en sus sentencias de 9 de octubre de 1991 (Ar. 7.623) y 18 de abril de 1997 (Ar. 2.755) ha admitido la renunciabilidad del derecho de reversión con anterioridad a que concurran los supuestos para su ejercicio, si bien en estas dos últimas se llega a la conclusión de que no cabe considerar renunciado el mismo por no ser clara, cierta e inequívoca la renuncia*».

Sin embargo, dicho esto, la misma sentencia pone en duda su tajante afirmación anterior cuando, partiendo de que el derecho de reversión es un derecho de configuración legal, según ha declarado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su sentencia de 18 de abril de 1988, lo que implica su modulación por el legislador, afirma que: «*sin embargo, cuando la ley reconoce esta garantía, se le dota de un concreto significado al instituto expropiatorio, de manera que cabría plantearse si, al ser un elemento sustancial de su régimen jurídico, es indisponible por ser de derecho necesario, según establece el invocado artículo 6.2 del Código Civil, ya que, de lo contrario, se desvirtuaría la institución por desaparecer el instrumento más efectivo de control del cumplimiento de los fines que justificaron el desapoderamiento coactivo de los bienes o derechos y, en definitiva, de velar por la autenticidad de la causa expropiandi.*

*Este significado de la reversión podría justificar la transmisibilidad* inter vivos *de la facultad de pedirla antes de producirse las condiciones determinantes de su nacimiento, pero no su renuncia previa, que elimina radicalmente, al desaparecer dicha garantía, cualquier posibilidad de control por parte del propietario o sus causahabientes del cumplimiento de los fines de la expropiación*».

De esta manera, la misma sentencia plantea simultáneamente dos posiciones claramente antagónicas al admitir por un lado la renunciabilidad del derecho de reversión y, por otro, al rechazarla por suponer su extinción la desaparición de un medio de control esencial para garantizar el cumplimiento del fin de la expropiación.

En todo caso, más allá de la procedencia de la renuncia, cuestión ajena a este comentario, e incluso de su oponibilidad a los herederos (8), lo que parece incuestionable es que, producida la renuncia de modo inequívoco y especialmente cuando así consta en un convenio expropiatorio suscrito también por la Administración, no deba acceder al Registro la correspondiente afección de la finca expropiada.

Por otro lado, parece igualmente que en el caso del expropiado que es compensado en aprovechamiento dentro del ámbito e incluso aquél que cede su suelo anticipadamente por estar afecto al dominio público con retención del aprovechamiento urbanístico que le corresponde, los suelos de los que son finalmente adjudicatarios no pueden quedar gravados con la afección de la reversión, la cual únicamente debería limitarse a los suelos de que fuera adjudicataria la Administración o el beneficiario de la expropiación siempre que no hubiera mediado renuncia.

Con ello en este último caso se llega a la paradoja de que el expropiado, teórico interesado en la constancia registral de la reversión, razonablemente preferirá su ausencia por desaparecer del folio registral un eventual derecho claramente perjudicial para el correcto desenvolvimiento del tráfico jurídico inmobiliario.

---

(8) Nos referimos, en concreto, a la oponibilidad no propiamente del derecho de reversión al estar éste supeditado al surgimiento de las causas legitimadoras de su nacimiento conforme a la Ley, sino del derecho a pedir una futura e incierta reversión dependiente del proceder de la Administración. ¿Puede lícitamente renunciar el expropiado a lo que es una mera expectativa limitando la posibilidad de que sus herederos puedan solicitar la reversión en el momento en que concurran las causas para ello? La respuesta parece que debiera ser afirmativa, puesto que si se admite por la jurisprudencia la transmisión del derecho de reversión, no hay razón para que no se entienda también posible su renuncia.

Ahora bien, ¿qué se entiende por transmisión del derecho de reversión? ¿La de una mera expectativa sobre un derecho de nacimiento incierto o incluso que puede no llegar a existir nunca, o de un derecho pendiente de ser declarado una vez producido el evento reversionista?

Es doctrina común del Tribunal Supremo que el ejercicio del derecho de reversión ha de ajustarse al régimen legal vigente en el momento en el que se produce el evento.

Siendo esto así, ¿hay verdadera transmisión del derecho de reversión o es posible su renuncia cuando, al no haber acaecido el evento, no se sabe tampoco si habrá derecho de reversión al ser éste un derecho de mera configuración legal? En otros términos, ¿tiene el expropiado un poder de disposición con trascendencia sobre sus herederos respecto de una mera expectativa, o pueden quedar éstos vinculados por la renuncia a un derecho inexistente en la fase constituyente de la renuncia?

Al mediar una condición suspensiva para el nacimiento del derecho como lo es el surgimiento del evento, de igual manera que el primer fiduciario en la sustitución de este orden no puede vincular al que lo sea definitivamente, según el orden de los llamamientos sucesivos, porque es un derecho no consolidado en el primero, parece razonable entender que tampoco el eventual titular del derecho de reversión pueda perjudicar a los que fueran titulares del mismo al consolidarse en su beneficio cuando el evento se produzca.

Todo ello hace que debiera reconsiderarse la jurisprudencia clásica sobre esta materia a la luz de las consideraciones expuestas.

## III. LA POSIBLE CANCELACIÓN DE LA AFECCIÓN

Si inicialmente la constancia registral de la reversión refleja un derecho a favor del expropiado y, además, un medio de control para el cumplimiento de la finalidad de la expropiación, la desaparición sobrevenida de las causas legitimadoras del reconocimiento de la reversión supone, recíprocamente, la ausencia de las condiciones para su admisión y la innecesariedad de control alguno a la Administración al quedar liberada definitivamente frente al propietario expropiado.

Siendo esto así, en aquellos casos en que hubieran desaparecido las causas para solicitar la reversión debería poder accederse también a la cancelación de la afección registral, lo que por lo menos debería hacerse en virtud de una resolución administrativa de la que así resultara expresamente ya que, salvo que se trate de las que hemos llamado reversiones intrínsecamente imposibles, en las demás no pueden ser apreciadas de oficio por el Registrador.

De esta manera se actuaría al modo de la cancelación de las menciones, si bien reforzando las garantías al acompañarse la solicitud con una resolución en tal sentido de la Administración.

Junto a ello cabría también plantearse la posibilidad de acudir al procedimiento de liberación de gravámenes para cancelar la constancia registral de la reversión, si bien además de al titular de la finca gravada y al de la carga habría que citar a la Administración expropiante cuya posición sobre la subsistencia del derecho habría de entenderse determinante.

Es cierto que, en este caso, la causa de la cancelación no procedería necesariamente de la prescripción del derecho, aunque en cuanto acción real podría darse, ni aparece prevista en la legislación civil, según exige el artículo 209 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, su condición como derecho real administrativo constituido sobre cosa ajena y la certeza de su posible extinción han de posibilitar su cancelación a través de procedimientos que, aunque no creados con esta finalidad, ofrecen plenas garantías a todas la partes involucradas.

*RESUMEN*

*REVERSIÓN DE EXPROPIACIONES*

*El mandato legal referido a la constancia registral del derecho del reversionista ha de entenderse inaplicable en aquellos supuestos en los que la reversión estuviera intrínsecamente contradicha con la expropiación o hubiera desaparecido por renuncia o ausencia sobrevenida de las causas legitimadoras de su reconocimiento.*

*ABSTRACT*

*REVERSION OF EXPROPRIATIONS*

*The legal mandate referring to the recording in the registry of the right of the person entitled to reversion must be held to be inapplicable in those events where reversion is intrinsically contradicted by the expropriation or has disappeared due to waiver or supervening absence of the causes legitimating acknowledgement of the reversion.*

# ACTUALIDAD JURÍDICA

# I. Información legislativa

## NORMAS ESTATALES

### JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 8/2006. 4-12-2006. Modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12-1-2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

— Ley 37/2006. 7-12-2006. Inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.

— Ley 38/2006. 7-12-2006. Reguladora de la gestión de la deuda externa.

— Ley 39/2006. 14-12-2006. Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

— Ley 40/2006. 14-12-2006. Estatuto de la ciudadanía española en el exterior.

— Ley 42/2006. 28-12-2006. Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

— Ley 43/2006. 29-12-2006. Mejora del crecimiento y del empleo.

— Ley 44/2006. 29-12-2006. Mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

— Real Decreto-ley 12/2006. 29-12-2006. Modifica la Ley 19/1994, de 6-7-1994, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, y el Real Decreto-ley 2/2000, de 23-6-2000.

— Instrumento de Ratificación del Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la Repúbli-

ca de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Bulgaria y Rumanía, relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía a la Unión Europea, hecho en Luxemburgo el 25-4-2005.

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1417/2006. 1-12-2006. Establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

— Real Decreto 3/2007. 12-1-2007. Modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25-7-2003.

— Orden 3908/2006. 22-12-2006. Da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autoriza la convocatoria del referéndum para la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

— Orden 3949/2006. 26-12-2006. Establece la configuración, características, requisitos y procedimientos de acceso al Sistema de Verificación de Datos de Identidad.

— Orden 4008/2006. 27-12-2006. Establece la configuración, características, requisitos y procedimientos de acceso al Sistema de Verificación de Datos de Residencia.

— Orden 3/2007. 10-1-2007. Convenios de Promoción de Fondos de Titulización de Activos para favorecer la financiación empresarial.

## MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 45/2007. 19-1-2007. Modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2-6-1944.

— Orden 52/2007. 19-1-2007. Crea la Comisión de Implantación de la Nueva Oficina Judicial.

— Resolución de 23-10-2006. Hace públicos los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en Resolución del concurso número 272.

— Resolución de 20-12-2006. Hace público el nombramiento del Registrador de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles, en Resolución del concurso número 6.

— Resolución de 21-12-2006. Publica los nombramientos de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en Resolución del concurso número 1.

— Resolución de 11-1-2007 de 2007. Aprueba la lista provisional de solicitantes admitidos y excluidos a las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Instrucción de 28-11-2006. DGRN. Identificación y constancia de los medios de pago en las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

— Instrucción de 29-11-2006. DGRN. Conservación de la póliza y expedición de copia autorizada o de testimonio de la misma a efectos ejecutivos.

## MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1575/2006. 22-12-2006. Aprueba el Programa Anual 2007 del Plan Estadístico Nacional 2005-2008.

— Real Decreto 1576/2006. 22-12-2006. Modifica, en materia de pagos a cuenta, el IRPF, aprobado por Real Decreto 1775/2004, de 30-7-2004; el Real Decreto 2146/2004, de 5-11-2004, por el que se desarrollan las medidas para atender los compromisos derivados de la celebración de la XXXII edición de la Copa del América en la ciudad de Valencia; el Reglamento del IS, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30-7-2004, y el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30-7-2004.

— Real Decreto 1628/2006. 29-12-2006. Revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para el año 2007.

— Orden 3804/2006. 29-11-2006. Establece el nuevo sistema de IPC, base 2006.

— Orden 3867/2006. 13-12-2006. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden 3958/2006. 28-12-2006. Establece el alcance y los efectos temporales de la supresión de la no sujeción y de las exenciones establecidas en los artículos III y IV del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3-1-1979, respecto al IVA y al Impuesto General Indirecto Canario.

— Orden 2/2007. 9-1-2007. Declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.

— Orden 30/2007. 16-1-2007. Aprueba los modelos 110 y 111 de declaración-documento de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos del trabajo y de actividades económicas, premios y determinadas ganancias patrimoniales e imputaciones de renta.

— Resolución de 27-11-2006. Modifica el modelo 10 para la declaración y liquidación del recargo para la cobertura de riesgos extraordinarios, daños directos, así como el boletín de datos relativos al representante.

— Resolución de 27-11-2006. Aprueba los recargos en favor del Consorcio de Compensación de Seguros en materia de seguro de riesgos extraordinarios a satisfacer obligatoriamente por los asegurados, la cláusula de cobertura a insertar en las pólizas de seguro ordinario y la información a facilitar por las entidades aseguradoras relativa a las pólizas incluidas en el régimen de cobertura de los riesgos extraordinarios.

— Resolución de 28-11-2006. Determina el contenido mínimo de la información a publicar en el *BOE* por las entidades estatales de derecho público a las que les sea de aplicación la Instrucción de Contabilidad para la Administración Institucional del Estado.

— Resolución de 26-12-2006. Hace público el tipo de interés efectivo anual para el primer trimestre natural del año 2007, a efectos de calificar tributariamente a determinados activos financieros.

— Resolución de 17-1-2007. Aprueba las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2007.

## AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

— Instrucción 1/2006. 8-11-2006. Tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

## MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Resolución de 9-1-2007. Dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 29-12-2006, por el que se fija un nuevo precio básico nacional, que servirá como referencia a efectos de la determinación de los precios máximos de venta y renta de las viviendas acogidas al Plan Estatal 2005-2008.

## MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1299/2006. 10-11-2006. Aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

— Real Decreto 1369/2006. 24-11-2006. Regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

— Real Decreto 1414/2006. 1-12-2006. Determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2-12-2003,

de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

— Real Decreto 1578/2006. 22-12-2006. Revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2007.

— Real Decreto 1632/2006. 29-12-2006. Fija el salario mínimo interprofesional para 2007.

— Real Decreto 1633/2006. 29-12-2006. Regula la concesión directa de subvenciones a la Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Autónoma del País Vasco para proyectos de acción social a favor de las personas en situación de dependencia.

— Orden 3694/2006. 23-11-2006. Crea la Comisión Calificadora de Documentos Administrativos del Servicio Público de Empleo Estatal.

— Orden 3758/2006. 5-12-2006. Regula las operaciones de cierre del ejercicio 2006 y el procedimiento para la presentación de las cuentas anuales y demás documentación que ha de rendirse por las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.

— Orden 3868/2006. 20-12-2006. Modifica la Orden del MT y SS de 13-4-1994, por la que se dictan normas de desarrollo del Real Decreto 631/1993, de 3-5-1993, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional en lo relativo al cómputo de alumnos que finalizan el curso, y a la actualización de las cuantías económicas de las subvenciones y ayudas recogidas en la misma.

— Orden 3869/2006. 20-12-2006. Crea la Comisión Consultiva Tripartita de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

— Orden 1/2007. 2-1-2007. Establece el modelo de parte de enfermedad profesional, dicta normas para su elaboración y transmisión y crea el correspondiente fichero de datos personales.

— Orden 31/2007. 16-1-2007. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 42/2006, de 28-12-2006, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

— Resolución de 29-12-2006. Establece los criterios a seguir para la incorporación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social al Sistema de Información Contable de la Seguridad Social.

## MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Convenio entre el Reino de España y los Emiratos Árabes Unidos para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de

impuestos sobre la renta y sobre el Patrimonio, hecho en Abu Dhabi el 5-3-2006.

— Aplicación provisional del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12-9-2006.

## MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 3837/2006. 28-11-2006. Establece el procedimiento de bonificación de las tarifas aéreas nacionales a los miembros de familias numerosas.

## MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

— Real Decreto 1513/2006. 7-12-2006. Establece las enseñanzas mínimas de la Educación primaria.

— Real Decreto 1538/2006. 15-12-2006. Establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

— Real Decreto 1630/2006. 29-12-2006. Establece las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación Infantil.

— Real Decreto 1631/2006. 29-12-2006. Establece las enseñanzas mínimas correspondientes a la ESO.

## MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1635/2006. 29-12-2006. Ampliación de medios traspasados a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1560/2005, de 23-12-2005, en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos.

— Resolución de 1-12-2006. Establece el calendario de días inhábiles en el ámbito de la Administración General del Estado para el año 2007, a efectos de cómputo de plazo.

## MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Orden 4096/2006. 28-12-2006. Aprueba el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico de la banda ciudadana CB-27.

— Resolución de 13-11-2006. Crea un Registro Telemático para la presentación de escritos y solicitudes y se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos.

## COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### ANDALUCÍA

— Ley 9/2006. 26-12-2006. Servicios Ferroviarios de Andalucía.

— Ley 11/2006. 27-12-2006. Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2007.

— Decreto 226/2006. 26-12-2006. Modifica el Decreto 2/2001, de 9-1-2001, por el que se regulan y convocan ayudas a la promoción de viviendas en alquiler destinadas a alojar a trabajadores temporales en municipios de alta movilidad laboral.

### ARAGÓN

— Ley 9/2006. 30-11-2006. Calidad Alimentaria en Aragón.

— Ley 12/2006. 27-12-2006. Regulación y fomento de la actividad industrial de Aragón.

— Ley 13/2006. 27-12-2006. Derecho de la Persona.

— Ley 15/2006. 28-12-2006. Montes de Aragón.

— Ley 16/2006. 28-12-2006. Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón.

— Ley 18/2006. 29-12-2006. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2007.

— Ley 19/2006, 29-12-2006. Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto Legislativo 1/2006. 27-12-2006. Aprueba el TR de la Ley de Comarcalización de Aragón.

— Decreto Legislativo 2/2006. 27-12-2006. Aprueba el TR de la Ley de Delimitación Comarcal de Aragón.

— Decreto 1/2007. 16-1-2007. Aprueba el Reglamento de Desarrollo Parcial de la Ley 13/2005, de 30-12-2005, de Medidas Fiscales y Administrativas en Materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, para la aplicación de los Impuestos Medioambientales.

— Decreto 2/2007. 16-1-2007. Subvenciones en materia de agricultura y alimentación.

### ASTURIAS

— Ley 9/2006. 22-12-2006. Modificación del artículo 34.2 de la Ley 5/1991, de 5-4-1991, de Protección de los Espacios Naturales.

— Corrección de Errores. Ley 9/2006. 22-12-2006. Modificación del artículo 34.2 de la Ley 5/1991, de 5-4-1991, de Protección de los Espacios Naturales.

— Ley 10/2006. 27-12-2006. Presupuestos Generales para 2007.

— Corrección de Errores. Ley 10/2006. 27-12-2006. Presupuestos Generales para 2007.

— Ley 11/2006. 27-12-2006. Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2007.

— Corrección de Errores. Ley 11/2006. 27-12-2006. Medidas Presupuestarias, Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2007.

— Decreto 121/2006. 5-12-2006. Actualiza los precios públicos de cuantía fija.

— Corrección de Errores. Ley 8/2006. 13-11-2006. Carreteras.

BALEARES

— Ley 20/2006. 15-12-2006. Municipal y de régimen local de las Illes Balears.

— Ley 22/2006. 19-12-2006. Reforma del IS y D.

— Ley 23/2006. 20-12-2006. Capitalidad de Palma de Mallorca.

— Ley 24/2006. 27-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears para el año 2007.

— Ley 25/2006. 27-12-2006. Medidas tributarias y administrativas.

— Decreto 108/2006. 22-12-2006. Calendario de días inhábiles para el año 2007 a efectos de plazos administrativos.

CANARIAS

— Ley 9/2006. 11-12-2006. Tributaria de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Ley 11/2006. 11-12-2006. Hacienda Pública Canaria.

— Ley 12/2006. 28-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2007.

— Ley 1/2007. 17-1-2007. Regula la Prestación Canaria de Inserción.

— Orden 21-11-2006. Modifica la Orden de 27-12-2004, que establece el procedimiento a seguir en la contabilización de los ingresos verificados por los Registradores de la Propiedad como titulares de las OO.LL. de Distrito Hipotecario.

— Orden 15-1-2007. Modifica los modelos de autoliquidación, declaración o solicitud 410, 411, 412, 413, 420, 422 y 490 del Impuesto General

Indirecto Canario y 450, 451 y 455 del Arbitrio sobre Importaciones y Entregas de Mercancías en las Islas Canarias, y se realizan modificaciones en las órdenes de aprobación de dichos modelos.

## CANTABRIA

— Ley 17/2006. 11-12-2006. Control Ambiental Integrado.

— Ley 18/2006. 26-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2007.

## CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 5/2006. 14-12-2006. Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha.

— Ley 6/2006. 20-12-2006. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2007.

— Ley 8/2006. 20-12-2006. Establece el Régimen Jurídico aplicable a la Resolución administrativa en determinadas materias.

— Ley 9/2006. 21-12-2006. Modificación del TR de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones.

— Ley 10/2006. 21-12-2006. Modifica la Ley 17/2005, de 29-12-2005, de medidas en materia de tributos cedidos.

— Decreto 124/2006. 19-12-2006. Transparencia urbanística.

— Orden 15-12-2006. Calendario de días inhábiles del año 2007 a efectos de cómputos de plazos.

— Orden 2-1-2007. Sobre normas de ejecución de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2007.

— Corrección de Errores. Ley 3/2006. 5-10-2006. Modifica la Ley 2/1993, de 15-7-1993, de caza de Castilla-La Mancha.

## CASTILLA-LEÓN

— Ley 14/2006. 4-12-2006. Modifica la Ley 10/1998, de 5-12-1998, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León.

— Ley 15/2006. 28-12-2006. Medidas Financieras.

— Ley 16/2006. 28-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León para 2007.

— Orden 1985/2006. 4-12-2006. Modifica el Anexo de la Orden 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 ge-

nerales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 2086/2006. 20-12-2006. Establece el calendario de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos, que regirá durante el año 2007 en la Comunidad de Castilla y León.

— Corrección de Errores. Decreto 99/2005. 22-12-2006. Regula la promoción, adquisición y arrendamiento protegido de la Vivienda Joven en Castilla y León.

## CATALUÑA

— Decreto 648/2006. 27-12-2006. Establece el procedimiento de remisión telemática de información sobre los datos de trascendencia tributaria de determinados documentos autorizados en las notarías de Cataluña.

— Orden 589/2006. 19-12-2006. Establece el calendario de fiestas locales en Cataluña para el año 2007.

— Orden 11/2007. 22-1-2007. Modificación de la Orden 589/2006, de 19-12-2006, por la que se establece el calendario de fiestas locales en Cataluña para el año 2007.

## EXTREMADURA

— Ley 8/2006. 23-12-2006. Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura.

— Corrección de Errores. Ley 8/2006. 23-12-2006. Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura.

— Ley 9/2006. 23-12-2006. Modifica la Ley 8/1998, de 26-6-1998, de conservación de la naturaleza y de espacios naturales de Extremadura.

— Ley 10/2006. 27-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2007.

— Decreto Legislativo 1/2006. 12-12-2006. Aprueba el TR de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Tributos Cedidos por el Estado.

— Decreto Legislativo 2/2006. 12-12-2006. Aprueba el TR de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de Tributos Propios.

— Decreto 204/2006. 12-12-2006. Fija el calendario de días inhábiles a efectos de cómputo de plazos administrativos durante el año 2007 en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 7/2007. 23-1-2007. Aprueba el Reglamento de Planeamiento de Extremadura.

GALICIA

— Ley 7/2006. 1-12-2006. Modificación de la Ley 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica.

— Ley 12/2006. 1-12-2006. Fundaciones de interés gallego.

— Ley 14/2006. 28-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2007.

— Corrección de Errores. Ley 14/2006. 28-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2007.

— Ley 16/2006. 27-12-2006. Plan gallego de estadística 2007-2011.

— Ley 17/2006. 27-12-2006. Del libro y de la lectura de Galicia.

— Decreto 223/2006. 23-11-2006. Modifica el Decreto 48/2006, de 23-2-2006, por el que se regula el programa de vivienda en alquiler.

— Orden 24-11-2006. Desarrolla el Decreto 164/2005, de 16-6-2005, por el que se regulan y determinan las oficinas de registro propias o concertadas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano.

— Orden 13-12-2006. Regula la cédula de rehabilitación de calidad.

— Orden 26-12-2006. Desarrolla el Decreto 164/2005, de 1-6-2005, por el que se regulan y determinan las oficinas de registro propias o concertadas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano.

— Resolución de 29-12-2006. Aprueba los programas y aplicaciones informáticas para la obtención de certificados de no tener deudas en período ejecutivo con la Comunidad Autónoma de Galicia y de la presentación del IP de Galicia.

— Resolución de 20-12-2006. Actualiza los Anexos V, VI y VII de la Orden 30-6-1992, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de las tasas de la Comunidad Autónoma de Galicia y se establece la utilización de efectos timbrados para el pago de las tasas por servicios administrativos de compulsa de documentos y de bastanteo de poderes y documentos acreditativos de legitimación, y el Anexo I de la Orden de 29-6-1994, por la que se regula el procedimiento de recaudación voluntaria de las tasas y precios de la Comunidad Autónoma de Galicia.

— Corrección de Errores. Decreto 157/2006. 7-9-2006. Rehabilitación y renovación de calidad de viviendas en el medio rural y en conjuntos históricos de Galicia.

MADRID

— Ley 3/2006. 22-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2007.

— Ley 4/2006. 22-12-2006. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Corrección de Errores. Ley 4/2006. 22-12-2006. Medidas Fiscales y Administrativas.

— Decreto 119/2006. 28-12-2006. Fija el calendario para el año 2007 de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos administrativos en la Comunidad de Madrid.

MURCIA

— Ley 8/2006. 16-11-2006. Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.

— Ley 9/2006. 23-11-2006. Instituto de Fomento de la Región de Murcia.

— Ley 10/2006. 21-12-2006. Energías renovables y eficacia energética de la Región de Murcia.

— Ley 11/2006. 22-12-2006. Sobre el Régimen del Comercio Minorista y Plan de Equipamientos Comerciales de la Región de Murcia.

— Ley 12/2006. 27-12-2006. Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social para el año 2007.

— Ley 13/2006. 27-12-2006. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2007.

— Orden 19-12-2006. Aprueba los precios medios en el mercado de determinados inmuebles urbanos y rústicos radicados en la Región de Murcia para el 2007.

NAVARRA

— Ley Foral 13/2006. 11-12-2006. Modificación de la Ley Foral 22/1998, de 30-12-1998, del IRPF.

— Ley Foral 14/2006. 11-12-2006. Cooperativas de Navarra.

— Ley Foral 15/2006. 14-12-2006. Servicios Sociales.

— Ley Foral 16/2006. 14-12-2006. Juego.

— Ley Foral 17/2006. 27-12-2006. Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2007.

— Ley Foral 18/2006. 27-12-2006. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Decreto Foral Legislativo 1/2007. 22-1-2007. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral Legislativo 2/2007. 22-1-2007. Modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Decreto Foral 92/2006. 28-12-2006. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2007.

— Decreto Foral 93/2006. 28-12-2006. Aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Foral 4/2005, de 22-3-2005, de Intervención para la Protección Ambiental.

— Orden Foral 464/2006. 30-11-2006. Modifica la Orden Foral 188/2006, de 14-6-2006, por la que se regula la obligación de presentar determinados modelos de declaración por vía telemática.

— Orden Foral 465/2006. 1-12-2006. Regula la obligación de presentar los modelos de declaración 170, 180, 182, 184, 190, 193, F-50 y 349 en soporte directamente legible por ordenador.

— Orden Foral 487/2006. 12-12-2006. Fijan los plazos y fechas para el ingreso de fondos y presentación de documentos y envíos telemáticos por las entidades colaboradoras en la recaudación de la Hacienda Pública de Navarra para el año 2007.

— Orden Foral 1/2007. 10-1-2007. Aprueba los precios medios de venta de vehículos usados y de embarcaciones, aplicables en la gestión de los IS y D, sobre ITP y AJD y Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Corrección de Errores. Decreto Foral 49/2006. 17-7-2006. Modifica el Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999, y el Reglamento del IS, aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1997.

## PAÍS VASCO

— Ley 5/2006. 17-11-2006. Patrimonio de Euskadi.

— Ley 7/2006. 1-12-2006. Museos de Euskadi.

— Ley 8/2006. 1-12-2006. Segunda modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi.

— Ley 9/2006. 28-12-2006. Aprueba los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2007.

— Ley 10/2006. 29-12-2006. Agricultura y Alimentación Ecológica de Euskadi.

— Decreto 255/2006. 19-12-2006. Regula las ayudas económicas a las familias con hijos e hijas.

— Decreto 265/2006. 26-12-2006. Quinta modificación del Decreto sobre régimen de viviendas de protección oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo.

— Orden 29-12-2006. Medidas financieras en materia de suelo referente a la adquisición onerosa de suelo para formación de patrimonios públicos de suelo con destino preferente a la promoción de vivienda de protección oficial de régimen general y de régimen especial.

— Orden 29-12-2006. Medidas financieras para compra de vivienda.

— Orden 29-12-2006. Medidas financieras para rehabilitación de vivienda.

VALENCIA

— Ley 10/2006. 26-12-2006. Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

— Ley 11/2006. 27-12-2006. Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2007.

— Decreto 179/2006. 1-12-2006. Determina el calendario laboral de aplicación en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana para el año 2007.

— Decreto 182/2006. 1-12-2006. Establece las condiciones y los requisitos específicos para la autorización de las viviendas tuteladas para personas con discapacidad o con enfermedad mental crónica.

## II. Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 8 de febrero de 2007 se celebró en Córdoba la JORNADA SOBRE *LA REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO EN ESPAÑA*, organizada por la Cámara de Comercio e Industria de Córdoba y la Asociación de Empresarios de la Construcción de Córdoba.

Presentación:

— «La nueva Ley Hipotecaria y sus efectos sobre el mercado español», por M.ª Dolores JIMÉNEZ, Presidenta de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Córdoba, y Luis CARRETO, Presidente de la Asociación de Empresarios de la Construcción de Córdoba.

1. Aspectos jurídicos: primera ponencia:

— «Principales aspectos de la reforma del mercado hipotecario: especial incidencia en los aspectos jurídicos», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO,

Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. Ponente del anteproyecto de esta Ley.

2. Aspectos económicos: segunda ponencia:

— «El mercado hipotecario español y el impacto de la nueva Ley», por don Gregorio MAYAYO, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española (AHE). Ponente del anteproyecto de esta Ley.

Los días 29 y 30 de marzo se celebraron en Sevilla las JORNADAS DE DERECHO URBANÍSTICO: *LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SUELO Y EL CUMPLIMIENTO DE SU FUNCIÓN SOCIAL.*

Director:

Don Juan José PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad, Director del Servicio de Estudios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Subdirector y coordinador:

Don Antonio BAENA GONZÁLEZ, Presidente de la Asociación Andaluza de Abogados Urbanistas.

Sesión inaugural:

A cargo de la Excma. Señora doña Antonia TRUJILLO, Ministra de la Vivienda.

Intervención de don Alfredo SÁNCHEZ MONTESEIRÍN, Alcalde de Sevilla.

Palabras de bienvenida de don Manuel MARTÍN TRINCOCORTAS-BERNAT, Decano Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores.

Intervención de don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

Intervención de la Excma. Señora doña Concepción GUTIÉRREZ DEL CASTILLO, Consejera de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía.

Módulo 1: *Aspectos actuales de la propiedad del suelo: La nueva legislación básica sobre el suelo.*

Ponencias:

— «La reforma de la Ley del Suelo», por don Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, Secretario General Técnico del Ministerio de la Vivienda.

— «Nuevas políticas sobre el suelo», por doña Dolores AGUADO, Subdirectora General de Políticas del Suelo, Ministerio de la Vivienda.
— «Nueva valoración del suelo», por Manuel ADAME, Secretario General de la Delegación del Gobierno en Sevilla de la Junta de Andalucía.
— «El derecho de propiedad del suelo y el Registro de la Propiedad», por don Pedro FANDOS PONS, Registrador de la Propiedad de Castellote (Teruel).
— «El derecho de propiedad y la planificación urbanística», por don Joaquín BERNALDO DE QUIRÓS, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga).
— «Relaciones entre la nueva legislación básica y las legislaciones autonómicas sobre el suelo», por don Ignacio ALBENDEA SOLÍS, Abogado, Socio de Montero Aramburu Abogados, Director del Departamento de Derecho administrativo.

Módulo 2: *Protección administrativa y penal de la ordenación urbanística. Instrumentos para un nuevo urbanismo.*

Ponencias:

— «Las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos ante la inspección y la disciplina urbanística», por don José ORTIZ MALLOL, Director General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la COPT, Junta de Andalucía.
— «La protección penal del ordenamiento urbanístico», por don Alfredo FLORES PÉREZ, Abogado.
— «La protección administrativa de la legalidad urbanística», por doña Amparo GUERRERO NÚÑEZ, Jefe de Servicio de Disciplina Urbanística de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla.
— «Registro de la Propiedad y publicidad de los instrumentos de planeamiento. Demostración práctica», por Óscar VÁZQUEZ ASENJO, Registrador de la Propiedad de Tacoronte.

Mesa participativa: *Instrumentos para un nuevo urbanismo.*

Dirige:

Don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Participan:

Don Emilio CARRILLO, Vice-Alcalde de Sevilla.

Don Venancio GUTIÉRREZ COLOMINA, Secretario del Ayuntamiento de Málaga.

Don Jesús RIVERA, Juez de lo Contencioso-Administrativo, número 2 de Almería.

MADRID

El día 23 de febrero de 2007, la FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO celebró el SEMINARIO: *CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA.*

Intervienen:

Don Juan Antonio XIOL, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Don Víctor FERRERES COMELLA, Universidad Pompeu Fabra.

PARAGUAY

Los días 7 a 9 de febrero de 2007 se celebró en Asunción (Paraguay), el SEMINARIO: *VIOLENCIA DE GÉNERO Y AGRESIONES SEXUALES.*

Conferencias inaugurales:

— «Igualdad de oportunidades. Presente y futuro de la mujer en Paraguay», por la Ministra de la Mujer.
— «Víctimas vulnerables. Acceso a la Justicia», por el Fiscal Adjunto, encargado del Centro de Entrenamiento del MP - Paraguay.

Ponencias:

— «Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género», por la Ilma. Señora doña Susana GISBERT GRIFO, Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.
— «La violencia contra las mujeres en el marco jurídico internacional de los Derechos Humanos» (CEDAW - Belén Do Para), por la Abogada Teresa MARTÍNEZ, Fiscal de Paraguay.
— «Perspectiva médico-pericial del maltrato a la mujer», por el Doctor Juan Manuel CARTAGENA PASTOR, Médico Forense, Asesor del Director General del CEJ.

— «El examen pericial del agresor sexual. Estudio de la personalidad. Patologías psiquiátricas más frecuentes e incidencia del consumo de drogas de abuso y alcohol», por la Doctora doña Raquel BARRERO ALBA, Médico Forense, Audiencia Provincial de Madrid.
— «La mujer en el trabajo. Especial referencia al *mobbing»,* por un Psicólogo Forense de Paraguay; Ilma. Señora doña Susana GISBERT GRIFO, Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, e Ilmo. Señor don José Luis ALBIÑANA, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona (España).
— «Violencia de género y discapacidad», por doña María Teresa SANSEGUNDO, Profesora de la UNED, Fundación Aequitas (España).

Mesa Redonda:

— «Formación de Fiscales y Médicos Forenses en materia de violencia de género», CEJ.
— «Organización y funciones de la medicina forense en España».
— «Asistencia médico-pericial a los Juzgados de Guardia», por el Doctor Juan Manuel CARTAGENA PASTOR, Médico Forense, Asesor del Director General del CEJ, y la Doctora Raquel BARREO ALBA, Médico Forense, Audiencia Provincial de Madrid.
— «Experiencia en la formación de Fiscales de Paraguay en el tema de sensibilización», por Lic. Laura Gómez I.

(Moderador: Doctor Humberto INSFRÁN, Fiscal Adjunto, Director del CEMP - Paraguay).

Mesa Redonda:

— «La mujer, víctima de delitos: Maltrato. Perspectiva Jurídica. Legislación en ambos países (España y Paraguay). Problemas de Prueba y Jurisdicción», por el Ilmo. Señor don José Luis ALBIÑANA, Magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona (España), y la Abogada Teresa MARTÍNEZ, Fiscal del MP.

Mesa Redonda:

— «Juzgados especializados. El Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica», por el Ilmo. Señor don José Luis ALBIÑANA, Magistrado, Audiencia Provincial de Barcelona (España).

Mesa Redonda:

— «La mujer, víctima de delitos: Agresiones sexuales», por la Directora de la Dirección de Asistencia a Víctimas - Paraguay y la Ilma. Señora

doña Susana GISBERT GRIFO, Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

Mesa Redonda:

— «Entrevista a la víctima. Secuelas psíquicas de las víctimas de agresión sexual».
— «Exploración física general y genital. Recogida y envío de muestras. Presentación de un kit para la investigación», por una Psicóloga de la Dirección de AVD del MP; la Doctora doña Raquel BARRERO ALBA, Médico Forense, Audiencia Provincial de Madrid; Doctor Pablo LEMIR, Médico Forense de Paraguay, y el Doctor Juan Manuel CARTAGENA PASTOR, Médico Forense, Asesor del Director General del CEJ.

Mesa Redonda:

— «Cooperación europea a Secretaría de la Mujer y MP de Paraguay en materia de violencia de género».
— «Organización y Planes de Cooperación Internacional en el ámbito iberoamericano».
— «Presentación de la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado», por un representante de FIAPP - Eurosocial Justicia y el Doctor don Juan Manuel CARTAGENA PASTOR, Médico Forense, Asesor del Director General del CEJ.

# INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Ana Suyapa FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Granada, Comares, 2006, 276 págs.

por

LUIS CARLOS MARTÍN OSANTE
*Magistrado*
*Profesor Titular de Derecho Civil en excedencia*

La monografía que se presenta constituye, básicamente, la tesis doctoral de la autora defendida en la Facultad de Derecho de San Sebastián, y elaborada bajo la dirección del Catedrático de Derecho Civil, don José Javier HUALDE SÁNCHEZ, a su vez prologuista de la obra. La Doctora doña Ana Suyapa FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, en la actualidad es Profesora de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de San Sebastián (UPV/EHU), y forma parte de la selecta nómina de doctores que de la sabia mano de los Catedráticos de Derecho Civil, don José Javier HUALDE SÁNCHEZ y don Jacinto GIL RODRÍGUEZ se han formado en los últimos años en el seno de la citada Facultad.

El resultado de dicha investigación fue calificado con *sobresaliente cum laude* por unanimidad por el Tribunal presidido por la Catedrática de Derecho Civil, doña Silvia DÍAZ ALABART, y en el que figuraban, como vocales, las Catedráticas de Derecho Civil, doña María del Carmen GÓMEZ LAPLAZA y doña María José HERRERO GARCÍA, y los Catedráticos de Derecho Civil, don José Antonio COBACHO GÓMEZ y don Jacinto GIL RODRÍGUEZ.

De la edición se ha ocupado la acreditada editorial Comares, que la ha incluido en su Colección *Estudios de Derecho Privado,* dirigida por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y ha contado con una ayuda a la edición del Vicerrectorado del Campus de Guipúzcoa de la Universidad del País Vasco en colaboración con la entidad financiera «Kutxa» (Caja de Ahorros de Guipúzcoa-San Sebastián).

El objeto de la obra, tal y como se deriva del título, es el estudio de las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil. Sin embargo, en ella cobra vital importancia la evolución histórica de la institución. No en vano la autora la defendió bajo el inicial título: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil: Evolución histórica y régimen vigente*.

Ciertamente, al margen del interés práctico que puedan tener las donaciones por razón de matrimonio, su verdadera trascendencia está en la historia de esta institución y, sobre todo, lo que desde el punto de vista dogmático ha significado para el Derecho español. No se puede desligar el estudio de las donaciones por razón de matrimonio de la historia. Estamos ante una institución profundamente histórica.

Sin duda, el éxito de la investigación realizada por la Profesora FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, junto con la calidad de sus conclusiones y aportaciones, se encuentra estrechamente vinculado, tal y como pone de relieve José Javier HUALDE SÁNCHEZ —director de la tesis y prologuista de la obra—, al acierto en la elección y manejo del método.

En este ámbito también es reseñable el esfuerzo realizado por la autora en aplicar las enseñanzas proporcionadas por otros ordenamientos, no sólo autonómicos o forales (como el catalán, aragonés, navarro, gallego y balear), sino también de varios países europeos, como Francia o Italia, todo lo cual se pone de manifiesto en la cuidada bibliografía manejada.

Por todo lo anterior, es evidente que la Profesora FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES ha demostrado su valía en la aplicación de la propuesta metodológica que el Profesor LACRUZ BERDEJO formuló en su día: sincretizar la investigación histórica, la comparación de ordenamientos y el instrumental dogmático. La comparación descubre casos, problemas; la historia suministra materiales, soluciones; y la dogmática elabora conceptos y abstrae los principios informantes del propio ordenamiento que, utilizados en la solución de los problemas no resueltos directamente, permiten completar el tratado de una institución.

Como indica el propio José Javier HUALDEZ SÁNCHEZ, la autora aborda con decisión el análisis de los problemas dogmáticos e interpretativos que presenta la institución, aportando su propia visión de la cuestión examinada, llegando incluso a discrepar de opiniones de notables civilistas, como sucede con el análisis de la donación matrimonial de bienes futuros en las páginas 197 y siguientes. A pesar de la complejidad de la materia, la afronta con una redacción clara y sencilla, de fácil lectura, lo que es de agradecer. De hecho, ese fue uno de los aspectos que se elogiaron de modo unánime en la defensa de la tesis doctoral de la autora, en la que estuve presente.

Una vez puestos de manifiesto el objeto y la metodología, queda ocuparse del contenido. Al estudio de los precedentes históricos de esta institución dedica los dos primeros capítulos, abarcando desde el momento en que se origina un régimen diferenciado para las donaciones por razón de matrimonio en la legislación imperial romana (la necesidad de proteger a la mujer en caso de viudedad), hasta que el cuadro de estas particulares donaciones queda constituido (y se mantiene invariable a las puertas de la codificación) por tres instituciones distintas: la donación *propter nuptias,* las arras y las donaciones esponsalicias.

El tratamiento de estos dos capítulos presenta la dificultad derivada, no ya sólo de su diversidad de tratamiento y de la escasez de obras de carácter histórico publicadas con anterioridad, sino de la necesidad de concretar y esclarecer su compleja terminología, pues en ocasiones para designar una misma institución se utilizan distintas denominaciones, mientras que otras veces bajo una misma denominación se encuentran figuras jurídicas diferentes, empleándose además los diversos términos históricamente entremezclados.

Una vez analizados los antecedentes históricos, se aborda el tratamiento de la institución durante el proceso codificador (en la sección primera del capítulo III) materializado en los distintos Proyectos y Anteproyectos españoles que se ocupan de la materia, y se dedica especial atención, por su mayor relevancia, al Proyecto del Código Civil de 1851.

Siguiendo la pauta marcada por este último, el Código Civil de 1889 llevó a cabo en esta materia una importante labor de unificación y simplificación. En virtud de la misma, todas las donaciones que en el antiguo Derecho exis-

tían con diversos nombres (arras, donaciones esponsalicias y donaciones *propter nuptias*) y con distintos fines quedaron reunidas bajo el epígrafe «De las donaciones por razón de matrimonio» correspondiente a su capítulo II, título III, libro IV.

Ello supuso que perdiesen el nombre y reglas especiales, con lo que se superó el confusionismo legislativo derivado de la gran diversidad de tipos de donaciones matrimoniales existentes hasta entonces.

Por último, se destina, bien estructurada y sistematizada, la sección segunda del capítulo III a abordar el estudio doctrinal y jurisprudencial de la normativa encabezada por dicha rúbrica; esto es, la normativa especial que para las donaciones por razón de matrimonio quedó establecida en los artículos 1.327 a 1.335. A continuación se desarrolla el análisis doctrinal y jurisprudencial de la regulación de las donaciones por razón de matrimonio, consecuencia de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En virtud de dicha reforma, el vigente título III del libro IV del Código Civil regula la materia en el capítulo III, conservando el mismo rótulo, aunque cambia la numeración de los artículos, de modo que los anteriores 1.327 a 1.335 tras la reforma corresponden a los artículos 1.336 a 1.343 con reducción de uno, introduciéndose en ellos modificaciones significativas que se van poniendo de relieve respecto al sistema anterior ahora derogado, resaltándose por la autora si constituyen un acierto del legislador o por el contrario precisan de una nueva reforma.

Dicho objetivo se vio presidido por la manifiesta dificultad, de la que fui testigo, que supuso la prácticamente total carencia en la doctrina civilista española, tanto clásica como más actual, de estudios monográficos que en el ámbito del Derecho común se hubiesen ocupado con detenimiento de esta materia en el momento de elaboración del trabajo.

La escasa atención doctrinal se hace especialmente patente en una de las cuestiones que mayor dificultad presentan, como es la determinación de su controvertida naturaleza jurídica. En este punto, la doctrina no ha dispensado, en general, un tratamiento en profundidad del tema, por lo que no se ha detenido en dar argumentos a favor o en contra de las diversas tesis que defiende. Dicha laguna aparece cubierta con creces por la autora, que se desenvuelve con soltura en una de las cuestiones que mayor complejidad plantea la institución, a la que dedica especial atención.

No sólo hace una buena exposición de las tesis que existen, sino que además debate científicamente y discute cada una de las teorías que intentan explicar el papel que ejerce el futuro matrimonio en la donación y lo hace distinguiendo la redacción originaria del Código de la redacción vigente (matrimonio como causa, como condición suspensiva, como condición resolutoria, como *conditio iuris*), realizando una importante aportación en este ámbito.

Lo mismo puede decirse de otro de los pilares de la obra, como es el tratamiento de la donación matrimonial de bienes futuros, respecto de la que cabe preguntarse si es *inter vivos, mortis causa,* o un pacto sucesorio.

Por su parte, tal y como pone de relieve la autora, hay determinadas cuestiones en su regulación anterior a la mencionada reforma que plantean mayores interrogantes que las demás. Así ocurre con el régimen de ineficacia que conlleva la importante incongruencia derivada de su distinto tratamiento por parte del legislador en función de si la donación se hace en capitulaciones o fuera de ellas.

Partiendo de esas premisas e interrogantes y de las herramientas metodológicas y conceptuales disponibles, ofrece una solución en gran parte innovadora (coincido aquí con el prologuista de la obra, José Javier HUALDE SÁNCHEZ) a los problemas que se manifiestan desde la triple vertiente o perspectiva que presenta la institución: el Derecho de Obligaciones y Contratos (por ser contrato la donación), el Derecho de Familia (por estar regulada la institución dentro del régimen económico-matrimonial), y el Derecho de Sucesiones (por permitirse con carácter excepcional a los esposos donarse bienes futuros para el caso de muerte).

Por lo demás, es evidente, y así se hace notar en la monografía, que la especialidad de estas donaciones en relación con las comunes u ordinarias es consecuencia del trato de favor dispensado por el legislador por estar hechas en consideración al matrimonio (*favor matrimonii*), como móvil del donante que le impulsa a contratar. Sin embargo, la autora se cuestiona la necesidad de seguir manteniendo para las mismas una regulación separada y especial del resto de las donaciones.

También se hace mención en las páginas 189 y siguientes a la incidencia de la reciente Ley 15/2005, de 8 de julio (por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio), en el régimen de las donaciones por razón de matrimonio. Dicha reforma elimina las causas de separación y las causas de divorcio, lo que sin duda afecta de modo relevante al régimen de revocación de estas donaciones contenido en el artículo 1.343 que, sin embargo, no ha resultado modificado.

Por último, son de destacar las conclusiones que la Profesora FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES extrae de su investigación y que ha decidido mantener en su publicación como monografía. Citando al Profesor HUALDE SÁNCHEZ en el prólogo a la obra, «son conclusiones parciales, de cada período histórico analizado, que se van acumulando hasta permitir unas conclusiones generales sobre la vigente regulación de las donaciones por razón de matrimonio. Con independencia de la recurrente discusión sobre las conclusiones en las Tesis de Doctorado y de su procedencia en las publicaciones que tienen su origen en aquéllas, en este caso, por la metodología empleada, son muy útiles también para el lector actual que no anda sobrado de tiempo (hemos llegado a un momento en que incluso el mérito investigador se valora por el cuanto y el dónde y no por el qué), pues su lectura permite valorar las aportaciones de la obra y, en su caso, acudir al lugar donde se estudian ampliamente sus fundamentos».

Cierra el libro una exhaustiva bibliografía, que pone de relieve el profundo estudio que la Doctora FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES presenta al lector.

Huesca, a 22 de enero de 2007.

# REVISTA DE REVISTAS

# REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO
## Número 229 (Noviembre 2006)

«El Proyecto de Ley del Suelo, de 14 de julio de 2006, en la evolución del ordenamiento urbanístico y territorial español», por Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, pág. 11.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL URBANISMO EN ESPAÑA. REFERENCIAS GENERALES: 1. Las Leyes sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 y de 1975-1976. 2. La incidencia de la Constitución Española de 1978 en el régimen jurídico del Urbanismo. 3. La Ley de Reforma de 1990 y el Texto Refundido de 1992. 4. Propuestas de cambio en el Ordenamiento Urbanístico.—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE DEL URBANISMO: 1. La doctrina de la STC 61/1997, de 20 de marzo, sobre Urbanismo. 2. La situación competencial y normativa relativa al Urbanismo. 3. El Derecho Territorial y Urbanístico Nacional en la actualidad.—IV. EL PROYECTO DE LEY DEL SUELO DE 14 DE JULIO DE 2006: 1. Antecedentes y elaboración del Proyecto de Ley. 2. El Proyecto de Ley del Suelo de 14 de julio de 2006: a) *La Exposición de Motivos;* b) *Título Preliminar: «Disposiciones generales»;* c) *Título I: «Condiciones básicas de la igualdad en el estatuto de los ciudadanos»;* d) *Título II: «Bases del régimen del suelo»;* e) *Título III: «Valoraciones»;* f) *Título IV: «Expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial»;* g) *Título V: «Función social de la propiedad y gestión del suelo»;* h) *Otras disposiciones*.—BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

«La política de ordenación del territorio de las Comunidades Autónomas: balance crítico y propuestas para la mejora de su eficacia», por Andreas Hildenbrand Scheid, pág. 79.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA EVOLUCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 2.1. Consideraciones previas. 2.2. *Output* legislativo. 2.3. Organización administrativa. 2.4. *Output* de planes de ordenación del territorio de ámbito regional y subregional.—3. BALANCE CRÍTICO: LA INOPERANCIA DEL INTERFAZ REGIONAL-LOCAL COMO PROBLEMA CLAVE DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN ESPAÑA: 3.1. El interfaz regional-local falla «desde arriba». 3.2. El interfaz regional-local falla «desde abajo». 3.3. Las consecuencias: España camina hacia la insos-

TENIBILIDAD.—4. DOS PROPUESTAS PARA LA FUTURA POLÍTICA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS: 4.1. LA GOBERNANZA COMO NUEVO PARADIGMA PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL TERRITORIO. 4.2. DOS PROPUESTAS EN COHERENCIA CON LA GOBERNANZA.—5. PRIMERA PROPUESTA: LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DEBEN ADOPTAR UN PAPEL MÁS ACTIVO EN EL EJERCICIO DE SU COMPETENCIA EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—6. SEGUNDA PROPUESTA: APROVECHAR LAS VENTAJAS DE LA COOPERACIÓN INTERMUNICIPAL: 6.1. ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA COOPERACIÓN INTERMUNICIPAL? 6.2. IMPULSAR LA CREACIÓN DE REDES DE COOPERACIÓN ENTRE CIUDADES. 6.3. COMPATIBILIZAR EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO ENTRE MUNICIPIOS PRÓXIMOS SOBRE LA BASE DE ACUERDOS. 6.4. CREAR NUEVAS ESTRUCTURAS INSTITUCIONALES PARA EL GOBIERNO Y LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS. 6.5. CREAR MANCOMUNIDADES DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL COMO UNA NUEVA VÍA DE LA PLANIFICACIÓN SUBREGIONAL.

«Las órdenes de ejecución y la situación de ruina en el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña», por Teresa PAREJO NAVAJAS, pág. 141.

*SUMARIO:* I. LAS ÓRDENES DE EJECUCIÓN: A) CONCEPTO. B) NATURALEZA JURÍDICA. C) ELEMENTOS: 1. *De carácter estático.* 2. *De carácter dinámico.* D) LÍMITES: 1. *Derivados de la Ley.* 2. *Derivados de los principios de proporcionalidad administrativa y previa audiencia de las personas interesadas.* 3. *Derivados de la competencia.* E) INCUMPLIMIENTO.—II. LA SITUACIÓN DE RUINA: A) CONCEPTO. B) NATURALEZA JURÍDICA. C) SUPUESTOS DE RUINA: 1. *La ruina técnica.* 2. *La ruina económica. 1790.* 3. *La ruina urbanística.* 4. *La ruina inminente.* D) EDIFICIOS CATALOGADOS. E) PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE ESTADO RUINOSO.—BIBLIOGRAFÍA.

«El impacto del artículo 47 de la Constitución en la normativa vasca de vivienda», por Javier BURÓN CUADRADO, pág. 163.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. NORMAS SOBRE VPO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO: 2.1. RASGOS NORMATIVOS DEFINITORIOS DE LA CATEGORÍA VPO. 2.2. CLASES DE VPO EXISTENTES EN EUSKADI. 2.3. LOS BENEFICIARIOS DE LAS VPO. 2.4. TÍTULOS DE DISFRUTE DE LA VPO EN EUSKADI. 2.5. ADJUDICACIÓN DE LA VPO PROMOVIDA POR EL GOBIERNO VASCO. 2.6. ADJUDICACIÓN DE LA VPO MUNICIPAL. 2.7. ADJUDICACIÓN DE LA VPO PRIVADA. 2.8. ADJUDICACIÓN DE LA VPO COOPERATIVA. 2.9. SISTEMA INTEGRAL DE ADJUDICACIÓN DE TODA LA VPO VASCA. 2.10. LA BATALLA POR EL INTERÉS PÚBLICO Y LA LEGITIMIDAD SOCIAL: LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE EN MATERIA DE VPO.—3. CONCLUSIONES A EXTRAER DEL MARCO NORMATIVO DESCRITO: 3.1. EL DERECHO DE LA CIUDADANÍA A ACCEDER A UNA VIVIENDA DIGNA COMO OBSESIÓN PERMANENTE. 3.2. SERVICIO PÚBLICO, POLICÍA ADMINISTRATIVA, FOMENTO Y POLÍTICAS PUBLICAS. 3.3. PERSPECTIVA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. 3.4. EL REFERENTE PERMANENTE DEL ESTADO SOCIAL.

# REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS
## Número 134 (Diciembre 2006)

«Estructuras de repetición en el lenguaje y en la historia», por Reinhart Koselleck, pág. 17 (sin sumario).

«La teoría evolutiva de la libertad de Thomas Hobbes», por Quentin Skinner, pág. 35 (sin sumario).

«Los usos políticos de América/americanos (México, 1750-1850)», por Guillermo Zermeño, pág. 71.

*SUMARIO:* INTRODUCCIÓN.—«LA INVENCIÓN DE AMÉRICA».—«LA DISPUTA DEL NUEVO MUNDO».—AMÉRICA Y LA MONARQUÍA ESPAÑOLA.—CONMOCIÓN E INESTABILIDAD SEMÁNTICA DE AMÉRICA/AMERICANOS A PRINCIPIOS DEL SIGLO XIX.—AUGE Y DECADENCIA POLÍTICA DEL TÉRMINO AMÉRICA.—NACIONES FRAGMENTADAS: PÉRDIDA DE UNIDAD Y RESEMANTIZACIÓN TERMINOLÓGICA.—A MANERA DE CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y REFERIDA: FUENTES PRIMARIAS. FUENTES SECUNDARIAS.

«Hacia una historia comparada de los conceptos: el ejemplo de "civilización/beschaving"», por Pim Den Boer, pág. 97.

*SUMARIO:* INTRODUCCIÓN: ¿HOLANDÉS, FRANCÉS O «NEOLATÍN»?—EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS TERMINOLÓGICAS.—LA NECESIDAD DE UNA PERSPECTIVA COMPARADA.—DIFERENTES TIPOS DE CONCEPTOS TRANSNACIONALES.—EL DESAFÍO AL LATÍN.—ESTRECHEZ DE MIRAS DE LOS DICCIONARIOS NACIONALES.—EL EJEMPLO DE CONCEPTOS TRANSNACIONALES: CIVILIZACIÓN.—POST-SATTELZEIT. NACIONALIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS.—EL PROYECTO HOLANDÉS: LA IMPORTANCIA DEL PRE-SATTELZEIT.—LA CIVILITAS-CIVILITÉ ERASMISTA, LAS BUENAS MANERAS, Y EL HÖFFLICHKEIT.—TRADUCCIÓN AL HOLANDÉS: «BELEEFDHEID».—«CIVILITÉ, POLITESSE, POLITENESS».—CIVILITÉ *VERSUS* POLITESSE: EL EJEMPLO DE MONTESQUIEU TRADUCIDO AL ALEMÁN.—TRADUCCIÓN AL HOLANDÉS: «BESCHAAFDHEID».—EL CONCEPTO DE CIVILIZACIÓN SE HACE TRANSNACIONAL. LA EXCEPCIÓN HOLANDESA: «BESCHAVING».—POLARIZACIÓN CONCEPTUAL EN ALEMANIA.—PROPAGANDA CON CONCEPTOS.—EL FINAL DE LA EXCEPCIÓN HOLANDESA: ¿ECLIPSE DEL «BESCHAVING»?—BIBLIOGRAFÍA.

«Liberales y liberalismo en España, 1810-1850. La forja de un concepto y la creación de una identidad política», por Javier Fernández Sebastián, pág. 125.

*SUMARIO:* LA QUIMERA DE LOS ORÍGENES.—EL PRIMER LIBERALISMO: CÁDIZ, 1810-1814.—EL «LIBERALISMO» ESCINDIDO (1820-

1833): UN CAMPO DE BATALLA SEMÁNTICO.—EL LIBERALISMO TRIUNFANTE (1833-1848): MODERADOS Y PROGRESISTAS.—COMENTARIO FINAL.

«Reflexión sobre el sentido y la ideología en los textos de intervención política. El caso Fiévée en 1815», por Lucien JAUME, pág. 177.

*SUMARIO:* INTRODUCCIÓN.—1. PRESENTACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS ANALÍTICOS: a) REEMPLAZAR EL PROBLEMA A LAS «INFLUENCIAS» POR EL DE LAS «APUESTAS» O «CUESTIONES CRUCIALES» (ENJEUX); b) LA NOCIÓN DE EFECTO DE SENTIDO; c) ¿QUÉ ES LA CULTURA POLÍTICA?; d) LA IDENTIDAD DEL INTERVINIENTE; e) ¿QUÉ ES LA IDEOLOGÍA?—2. JOSEPH FIÉVÉE Y LA IDEOLOGÍA ULTRA.

«Totalitarismo: origen y evolución de un concepto clave», por Juan Francisco FUENTES, pág. 195.

*SUMARIO:* UNA «FEROCE VOLONTÀ TOTALITARIA».—LA DOBLE CARA DEL TOTALITARISMO.—AUGE Y DECLIVE DEL CONCEPTO.—EPÍLOGO: ¿RESURGIR O DECADENCIA?

«Democracia y desconfianza», por Pierre ROSANVALLON, pág. 219 (sin sumario).

## DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA
## Número 271-272 (Enero-Agosto 2005)

«Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución Española», por Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, pág. 13.

*SUMARIO:* 1. LA POSITIVIDAD DEL DERECHO Y LOS DERECHOS SOCIALES.—2. LA SIGNIFICACIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.—3. CARÁCTER PROGRAMÁTICO DE LOS DERECHOS SOCIALES.—4. CONCEPCIÓN SOCIALISTA DE LOS DERECHOS SOCIALES.—5. LOS DERECHOS SOCIALES COMO CATEGORÍA JURÍDICO POSITIVA.—6. LIBERTADES INDIVIDUALES Y DERECHOS SOCIALES.—7. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO PRIVADO.—8. LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

«La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general», por Juan M.ª PEMÁN GAVÍN, pág. 39.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE ASISTENCIA SOCIAL Y LAS TÉCNICAS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESTE ÁMBITO.—III. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ASISTENCIA SOCIAL DE-

SARROLLADA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LOS PRINCIPIOS QUE PRESIDEN LA MATERIA EN LAS LEYES AUTONÓMICAS SOBRE SERVICIOS SOCIALES Y SU RELATIVIZACIÓN.—IV. LOS SISTEMAS AUTONÓMICOS DE SERVICIOS Y PRESTACIONES SOCIALES: 1. Los servicios sociales generales. 2. Los servicios sociales especializados. 3. Las prestaciones económicas. 4. Los ingresos mínimos de inserción.—V. LA INICIATIVA PRIVADA EN LA ASISTENCIA SOCIAL Y SUS RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EN PARTICULAR, LA INICIATIVA PRIVADA NO LUCRATIVA O «TERCER SECTOR».—VI. FINAL.

«Constitución europea y derechos sociales», por Elisenda Malaret Marc Marsal, pág. 81.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS PASOS PREVIOS A LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN: LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEA.—3. EL DEBATE ACERCA DE LA PRESENCIA DE LOS ASPECTOS SOCIALES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA.—4. LAS DECLARACIONES DEL PREÁMBULO Y LOS VALORES DE LA UNIÓN.—5. LOS OBJETIVOS DE LA UNIÓN.—6. LOS DERECHOS SOCIALES.—7. LAS COMPETENCIAS O FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE ACTUACIÓN DE LA UNIÓN Y LAS POLÍTICAS DE LA UNIÓN.—8. LAS FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA UNIÓN: EL MÉTODO ABIERTO DE COORDINACIÓN.—9. EL PAPEL DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES.—10. CONCLUSIONES.

«Las prestaciones existenciales para el aseguramiento del sustento en Alemania», por Uwe Berlit, pág. 103.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. Asistencia social y Estado social. 1.2. Concepto de asistencia social. 1.3. Reforma de la asistencia social a partir de 1-1-2005.—2. LAS LÍNEAS GENERALES DEL SISTEMA: 2.1. Estructura del sistema/beneficiarios. 2.2. Competencia legislativa.—3. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MATERIAL DE LA ASISTENCIA SOCIAL: 3.1. Principio de subsidiariedad. 3.2. El principio de cobertura de demanda. 3.3. El principio de la individualización.—4. DERECHO DE LAS PRESTACIONES: 4.1. Forma de prestación. 4.2. Prestaciones obligatorias o discrecionales. 4.3. Prestaciones pecuniarias existenciales de manutención. 4.4. Ayudas en situaciones especiales de necesidad.—5. CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN: 5.1. Administraciones gestoras de la asistencia social y del aseguramiento básico. 5.2. Gestoras privadas de la asistencia social. 5.3. Cumplimiento de la prestación por terceros.—6. ESTADÍSTICAS DE LA ASISTENCIA SOCIAL.

«La acción social constitutiva del derecho de participación en la Administración Pública brasileña», por Rogério Gesta Leal, pág. 131.

*SUMARIO:* I. NOTAS INTRODUCTORIAS.—II. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO Y LAS DIMENSIONES NO-ESTATALES DE LA

ACCIÓN POLÍTICA.—III. MARCO REGULATORIO DE LOS MOVIMIENTOS SOCIALES EN BRASIL.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA.

«Servicios públicos y usuarios de servicios», por Luis ORTEGA ÁLVAREZ, pág. 153.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EVOLUCIÓN DE LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—III. EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA DERIVADO DEL DERECHO COMUNITARIO.—IV. LA DEBILIDAD CONCEPTUAL ADQUIRIDA POR EL RÉGIMEN JURÍDICO-PÚBLICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—V. LA POSICIÓN DEL USUARIO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS: A) EL DERECHO A LA CREACIÓN DE UN SERVICIO. B) EL DERECHO A LA IMPLANTACIÓN DE UN SERVICIO CREADO POR LEY. C) DERECHO A LA UTILIZACIÓN DEL SERVICIO IMPLANTADO. D) DERECHO A DETERMINADAS CONDICIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL SERVICIO.—VI. CONCLUSIONES.

«Notas sobre el futuro de los servicios sociales: nuevas necesidades, actividades y garantías», por Demetrio CASADO, pág. 175.

*SUMARIO:* 0. INTRODUCCIÓN: LA RAMA DE LOS SERVICIOS SOCIALES.—1. ALGUNAS DEMANDAS Y ACTIVIDADES.—2. GARANTÍAS.—3. NUEVOS MÉTODOS.—4. ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN.

«Los principios organizativos de la Administración Social: descentralización, participación, coordinación y cooperación», por Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, pág. 207.

*SUMARIO:* 1. ALGUNAS CUESTIONES SUSTANCIALES EN LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL: A) OPCIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN DIRECTA CON SEPARACIÓN DE LAS FUNCIONES DE AUTORIDAD Y DE GESTIÓN. B) CONSOLIDACIÓN DE UNA ADMINISTRACIÓN CONVENCIONAL EN LA PROVISIÓN DE PRESTACIONES. C) ESTRUCTURACIÓN FUNCIONAL DEL SISTEMA DE ACCIÓN SOCIAL. D) ELEMENTOS COMUNES DE LOS SISTEMAS SANITARIO Y DE ACCIÓN SOCIAL.—2. LA DESCENTRALIZACIÓN: A) LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL. UN TEMA NO RESUELTO: LA ADECUADA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS Y LAS LOCALES. B) LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL DEL APARATO GESTOR.—3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: A) NOTAS INTRODUCTORIAS. B) LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES.—4. LA COORDINACIÓN: A) SOBRE EL CONCEPTO Y ALCANCE DE LA COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA. B) LA COORDINACIÓN EN LAS LEYES DE SERVICIOS SOCIALES. EN PARTICULAR, LA COORDINACIÓN SOCIO-SANITARIA.—5. LA COOPERACIÓN: A) CONSIDERACIONES GENERALES. B) LA COOPERACIÓN EN LAS LEYES DE SERVICIOS SOCIALES.

«La familia, prestadora y destinataria de prestaciones», por Carmen ALEMÁN BRACHO, pág. 237.

*SUMARIO:* 1. CAMBIOS SOCIALES QUE AFECTAN A LA FAMILIA.—2. LA FAMILIA COMO PRESTADORA DE SERVICIOS.—3. LA FAMILIA COMO

DESTINATARIA DE SERVICIOS SOCIALES: 3.1. El Plan de Apoyo a la Familia: A) *Objetivos.* B) *Líneas estratégicas.* 3.2. La familia en las Leyes de Servicios Sociales. 3.3. Los servicios para las familias en las Comunidades Autónomas: A) *El grado de institucionalización de la realidad familiar en la estructura orgánica de los Gobiernos Autonómicos.* B) *Un interesante instrumento: las desgravaciones en el IRPF estatal y las modificaciones que las Comunidades Autónomas pueden hacer en el tramo autonómico del mismo.* C) *Prestaciones económicas directas.* D) *La renta mínima de inserción.* E) *La puesta en marcha de una red de guarderías.* F) *Servicios para las personas mayores y dependientes.* G) *Actuaciones sobre familias numerosas.*—4. CONCLUSIONES.—5. BIBLIOGRAFÍA.

«La protección de la tercera edad», por Mar Moreno Rebato, pág. 271.

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTOS PREVIOS. CONCEPTO DE TERCERA EDAD. LA PIRÁMIDE DEMOGRÁFICA: EL PROGRESIVO ENVEJECIMIENTO DE LA POBLACIÓN; IMPLICACIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES. EL ANUNCIADO «SEGURO DE DEPENDENCIA» EN ESTE CONTEXTO.—II. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA TERCERA EDAD. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES: ARTÍCULO 50 CE.—III. PRESTACIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LAS ENTIDADES LOCALES. PRESTACIONES ECONÓMICAS Y PRESTACIONES TÉCNICAS. SERVICIOS SOCIALES GENERALES Y ESPECIALIZADOS. PROGRAMAS: 1. Prestaciones económicas. 2. Prestaciones técnicas: los servicios sociales generales y especializados: a) *Servicios sociales generales; en especial el servicio de ayuda a domicilio y la teleasistencia;* b) *Los servicios sociales especializados; en especial el de tercera edad. Sus equipamientos.* 3. Algunas consideraciones sobre los programas autonómicos y locales de servicios sociales.

«Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo xxi», por Rafael de Lorenzo García y Agustina Palacios, pág. 291.

*SUMARIO:* LOS MARCOS CONCEPTUALES: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. DATOS POBLACIONALES.—III. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.—IV. BREVE REFERENCIA A LOS DIFERENTES MODELOS DE CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD.—V. LOS ANHELOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: PARTICIPACIÓN E IGUALDAD EN UNA SOCIEDAD INCLUSIVA.—HITOS Y RETOS ACTUALES DE PROTECCIÓN JURÍDICA: I. LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONVENCIONAL: HACIA UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA PROMOVER Y PROTEGER LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. LA *NON NATA* CONSTITUCIÓN EUROPEA.—III. LA BASE CONSTITUCIONAL, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LEY DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—IV. LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.—

V. LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA.

«La protección social de extranjeros e inmigrantes: una visión desde la jurisprudencia del orden social», por Alberto PALOMAR OLMEDA, pág. 339.

*SUMARIO:* 1. BREVE CONSIDERACIÓN SOBRE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS INSERTOS EN LA PROTECCIÓN SOCIAL.—2. LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: 2.1. DELIMITACIÓN SUBJETIVA. 2.2. DELIMITACIÓN OBJETIVA: EL CONTENIDO PRESTACIONAL.—3. HACIA LA DEFINICIÓN DE UN ÁMBITO DE PROTECCIÓN PÚBLICA A LOS EXTRANJEROS SIN AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS.—4. LA DIFÍCIL CONFORMACIÓN RESTRICTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS.

«Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales», por Joaquín TORNOS MÁS, pág. 371.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. MARCO NORMATIVO ACTUAL. INEXISTENCIA DE EXIGIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES DE LOS SERVICIOS SOCIALES.—III. EL INICIO DE UNA NUEVA TENDENCIA. LA CONFIGURACIÓN COMO VERDADEROS DERECHOS SUBJETIVOS DE DETERMINADAS PRESTACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES.—IV. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS PRESTACIONES COMO DERECHOS SUBJETIVOS: 1. EL DERECHO DEL CIUDADANO A ACCEDER A UNA PRESTACIÓN Y LOS DERECHOS DEL USUARIO DENTRO DEL SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES. 2. LAS GARANTÍAS.

«Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», por Francisco José VILLAR ROJAS, pág. 389.

*SUMARIO:* 1. LA COLABORACIÓN PRIVADA CON EL SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES: 1.1. LA IDEA DE «SISTEMA PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES». 1.2. EL SERVICIO PÚBLICO DE SERVICIOS SOCIALES: DELIMITACIÓN. 1.3. EL ÁMBITO DEL FOMENTO EN LOS SERVICIOS SOCIALES: APUNTE.—2. FORMAS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO SOCIAL: GESTIÓN DIRECTA Y GESTIÓN INDIRECTA: 2.1. GESTIÓN DIRECTA: ORGANISMOS AUTÓNOMOS Y ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS NO PERSONIFICADOS. 2.2. GESTIÓN INDIRECTA: EL CONCIERTO Y EL CONVENIO.—3. LA GESTIÓN INDIRECTA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE SERVICIOS SOCIALES: 3.1. EL CONCIERTO DE PRESTACIONES TÉCNICAS SOCIALES. 3.2. EL «CONVENIO» COMO FORMA DE INTEGRACIÓN EN EL SERVICIO PÚBLICO SOCIAL. 3.3. LA EVENTUALIDAD DE EXCLUIR LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS EN CASO DE INICIATIVA PRIVADA SIN ÁNIMO DE LUCRO.—4. EL FOMENTO DE LA INICIATIVA SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 4.1. PRESUPUESTOS, REQUISITOS Y CONDICIONES. 4.2. LA FINANCIACIÓN PÚBLICA: «DE LA SUBVENCIÓN AL CONCIERTO».—5. EL CONFLICTO: EL USO DE TÉCNICAS DE FOMENTO EN LUGAR DE FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.

«El *status* jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derechos y obligaciones», por José María ALONSO SECO, pág. 413.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN *STATUS* JURÍDICO-ADMINISTRATIVO EN LOS CENTROS ASISTENCIALES.—3. EL DERECHO DE ACCESO A LOS CENTROS RESIDENCIALES.—4. CONTENIDO DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES: a) DERECHOS DE LOS USUARIOS DE LOS CENTROS; b) DEBERES DE LOS USUARIOS DE LOS CENTROS.—5. NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS USUARIOS DE CENTROS RESIDENCIALES.—6. INSTRUMENTOS EN LOS QUE SE MATERIALIZAN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES.—7. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«Las prestaciones dinerarias: en particular, los ingresos mínimos de inserción y el debate sobre la renta básica», por Ángel GARCÉS SANAGUSTÍN, pág. 441.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL A LA LUZ DE LA NORMATIVA EXISTENTE EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—III. ESTUDIO DE LAS COMPETENCIAS DE LAS DIFERENTES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: A) TÍTULOS COMPETENCIALES QUE PUEDE ESGRIMIR EL ESTADO: 1. *Análisis de la posible aplicación del artículo 149.1.1 de la Constitución Española (CE): a)* Sobre el artículo 149.1.1 y su incidencia en este ámbito; *b)* Consecuencias jurídicas de la utilización de este precepto. 2. *Otras reglas, títulos o principios que pueden habilitar la intervención estatal: a)* La extraterritorialidad de determinadas actuaciones o medidas; *b)* La definición del ámbito de protección contenido en el artículo 149.1.17 CE («legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas»); *c)* La posible utilización del artículo 149.1.18 para la determinación de un marco jurídico común de relaciones con las entidades colaboradoras que participan en la gestión de los programas de inserción. 3. *Sobre la posibilidad de elaborar una ley de armonización.* B) DETERMINACIÓN DE LOS ASPECTOS DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA QUE DEBERÍAN SER OBJETO DE UN TRATAMIENTO HOMOGÉNEO: 1. *Sobre los requisitos para obtener la condición de beneficiario: a)* Un problema colateral a la determinación de los beneficiarios: la exigencia de períodos mínimos de residencia; *b)* Sobre la exigencia de otros requisitos. 2. *Cuantías básicas y complementos.* 3. *La inserción social. La contraprestación de los usuarios del programa.*—IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE ESTAS PRESTACIONES.—V. ALGUNAS DISFUNCIONALIDADES DETECTADAS.—VI. CONCLUSIONES.

«La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado», por Luciano PAREJO ALFONSO, pág. 481.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DOBLE DIMENSIÓN ECONÓMICO-SOCIAL Y TERRITORIAL-AMBIENTAL DEL ORDEN CONSTITUCIONAL. EL PAPEL DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA EN SU REALIZACIÓN.—III. LA PERSPECTIVA AXIOLÓGICA QUE RESULTA DE LA DIMENSIÓN TERRITORIAL O ESPACIAL.—IV. LOS VALORES Y BIE-

NES CONSTITUCIONALES QUE CONCIERNEN A LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA: 1. La utilización racional de los recursos naturales y, en particular, del suelo conforme al interés general. 2. El medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona.—V. LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA COMO TAREA DEL PODER PÚBLICO: 1. El «interés general» constitutivo del fin primario de la ordenación territorial y urbanística en su doble carácter de política y competencia. 2. La decantación —primera o al servicio de la unidad sustantiva constitucional— de los intereses públicos territorial-urbanísticos a partir de la cláusula de «conformidad con el interés general».

«La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social: problemas actuales y soluciones posibles», por Felipe Iglesias González, pág. 515.

*SUMARIO:* 1. PARÁMETROS DE ANÁLISIS Y JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN EL MERCADO DE LA VIVIENDA.—2. TÉCNICAS DE FINANCIACIÓN DE LA PROMOCIÓN Y ADQUISICIÓN: 2.1. Disparidad de modelos de protección pública a la vivienda. 2.2. La desaparición de la categoría VPO y el régimen de limitaciones del derecho de propiedad. 2.3. La definición normativa de los adquirentes de viviendas protegidas y la necesidad de establecer una calificación personal.—3. TÉCNICAS URBANÍSTICAS PARA PRODUCCIÓN DE VIVIENDAS PROTEGIDAS.—4. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PRODUCCIÓN DE VIVIENDAS PROTEGIDAS.

«Empleo, protección social y lucha contra la exclusión social», por Yolanda Sánchez-Urán Azaña, pág. 545.

*SUMARIO:* 1. MARCO JURÍDICO-INSTITUCIONAL DEL «DERECHO A LA INSERCIÓN SOCIAL».—2. POLÍTICAS SOCIOLABORALES Y EXCLUSIÓN SOCIAL: 2.1. Empleo y exclusión social. 2.2. Protección social pública y exclusión social.

«Las relaciones entre la protección social y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», por Marcos Vaquer Caballería, pág. 573.

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA SOCIEDAD DEL RIESGO Y EL ORDENAMIENTO DE LA SEGURIDAD.—II. LA PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO Y OTROS DELITOS VIOLENTOS.—III. LA PROTECCIÓN A LOS AFECTADOS POR DETERMINADOS VIRUS COMO CONSECUENCIA DE TRATAMIENTOS RECIBIDOS EN EL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO.—IV. LA PROTECCIÓN A LOS DAMNIFICADOS POR GRANDES CATÁSTROFES.—V. LA SOLIDARIDAD, ¿UN PRINCIPIO JURÍDICO?—VI. FINAL. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA PATRIMONIAL.

## ACTUALIDAD CIVIL
## Número 21 (2006)

«Eficacia del deslinde de los bienes de las Administraciones Públicas», por M.ª Ángeles PARRA LUCÁN.

*SUMARIO:* I. LA REGULACIÓN DEL DESLINDE DE BIENES PÚBLICOS: LA LEY 33/2003, DE 3 DE NOVIEMBRE, DEL PATRIMONIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. BASE NORMATIVA. 2. DESLINDE ADMINISTRATIVO Y DESLINDE CIVIL. ANTECEDENTES. 3. LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN: EFECTOS Y PRESUPUESTOS DEL DESLINDE ADMINISTRATIVO.—II. EL DESLINDE FRENTE A LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES: EL ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA.—III. LA INMATRICULACIÓN DE LA FINCA DESLINDADA.

## Número 22 (2006)

«El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores», por Marta CARBALLO FIDALGO.

*SUMARIO:* I. LA NULIDAD «DE PLENO DERECHO» DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS: SU POSIBLE APRECIACIÓN DE OFICIO.—II. LA CUESTIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE SUMISIÓN EXPRESA: 1. DE *LEGE DATA*. 2. DE *LEGE FERENDA*. 3. LA POSICIÓN DE NUESTROS TRIBUNALES.

«De las instituciones de beneficencia a las fundaciones sanitarias», por M.ª Eugenia SERRANO CHAMORRO.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. DESARROLLO HISTÓRICO: 1. DERECHO ROMANO. 2. DERECHO GERMÁNICO. 3. DERECHO CANÓNICO. 4. EVOLUCIÓN POSTERIOR.—III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR HOSPITAL?—IV. NORMATIVA DE LAS INSTITUCIONES DE BENEFICENCIA.—V. FUNDACIONES PÚBLICAS HOSPITALARIAS: 1. FUNDACIÓN MARQUÉS DE VALDECILLA. 2. FUNDACIÓN JIMÉNEZ DÍAZ. 3. FUNDACIONES CON NORMATIVA ESPECIAL: FUNDACIÓN HOSPITAL ALCORCÓN Y MANACOR. 4. OTRAS FUNDACIONES SANITARIAS.—VI. FUNDACIONES PRIVADAS.—VII. OTRAS FUNDACIONES.

## Número 1 (2007)

«Apuntes sobre Derecho sustantivo y procesal de la filiación. La *ficta confessio* en la doctrina del Tribunal Constitucional con especial referencia a su sentencia 29/2005, de 14 de febrero», por José MÉNDEZ PÉREZ.

*SUMARIO:* I. PRELIMINAR.—II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN: 1. FILIACIÓN MATRIMONIAL. 2. ESPECIALES SUPUESTOS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

3. Filiación extramatrimonial.—III. ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN: 1. Reclamación de filiación matrimonial. 2. Reclamación de filiación extramatrimonial.—IV. ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN: 1. Impugnación de la filiación matrimonial. 2. Declaración de inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil. STC 138/2005, de 26 de mayo. 3. Impugnación de la filiación extramatrimonial.—V. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO: 1. Los procesos de filiación. 2. Legitimación procesal.—VI. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE PRUEBA. LA *FICTA CONFESSIO*.—VII. LA STS DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2002: 1. Motivos de casación. 2. Fundamentación jurídica de la sentencia.—VIII. LA STC 29/2005, DE 14 DE FEBRERO: 1. Alegaciones del recurrente en amparo. 2. Argumentación jurídica del TC.—IX. RECAPITULACIÓN CRÍTICA.

«El *escrow account:* contrato y garantía», por Gabriel de Reina Tartière.

*SUMARIO:* I. OPERATORIA Y VENTAJAS.—II. LA DOBLE FUNCIÓN DEL *ESCROW*.—III. NATURALEZA DEL CONTRATO.—IV. EL *ESCROW* COMO GARANTÍA.—V. RELACIÓN CON EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

## Número 2 (2007)

«Crítica a los privilegios del crédito fuera del concurso de acreedores», por Miguel Prieto Escudero.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL EJERCICIO DE LOS PRIVILEGIOS DEL CRÉDITO EN EL DERECHO ROMANO.—III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.—IV. CONCEPTO DE PRIVILEGIO Y TENDENCIA ACTUAL: 1. Concepto de privilegio. 2. Tendencia actual del concepto: Reglamento CE 1346/2000 y Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.—V. LA INSOLVENCIA COMO JUSTIFICACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LOS PRIVILEGIOS FUERA DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL.—VI. LA NATURALEZA DEL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO PARA JUSTIFICAR SU EXISTENCIA FUERA DEL CONCURSO DE ACREEDORES.—VII. LA JURISPRUDENCIA COMO JUSTIFICACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LOS PRIVILEGIOS FUERA DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL.—VIII. CONCLUSIÓN.

## Número 3 (2007)

«Legado a favor del cónyuge: imputación o acumulación a su legítima», por Xaime Manuel Requeixo Souto.

*SUMARIO:* I. EL PROBLEMA QUE SE PLANTEA: 1. Supuesto. 2. Premisas. 3. Posibilidades.—II. EL VALOR DE LA LEGÍTIMA VIDUAL. PROPUESTA DE IMPUTACIÓN.—III. EL LEGADO CONDICIONAL. PROPUESTA DE

ACUMULACIÓN.—IV. EL LEGADO DE USUFRUCTO CONDICIONAL. CONTRADICCIÓN.—V. PLANTEAMIENTO DOCTRINAL: 1. La tesis de Fuenmayor. 2. La doctrina anterior al estudio de Fuenmayor. 3. La doctrina posterior al estudio de Fuenmayor.—VI. LEGADO ANTERIOR Y POSTERIOR AL MATRIMONIO.—VII. CONCLUSIONES.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA
## Número 302 (Septiembre-Diciembre 2006).

«Una reflexión general sobre las áreas metropolitanas», por José Luis Carro Fernández-Valmayor, pág. 9.

*SUMARIO:* I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: EL RESURGIMIENTO DEL DEBATE SOBRE LAS ÁREAS METROPOLITANAS Y LAS DIFICULTADES DE LAS RESPUESTAS INSTITUCIONALES.—II. LÍNEAS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO LEGISLATIVO DEL FENÓMENO METROPOLITANO EN ESPAÑA. REGULACIÓN DEL FENÓMENO METROPOLITANO EN LA ETAPA CONSTITUCIONAL.—III. LAS ÁREAS METROPOLITANAS EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL.—IV. LAS COMPETENCIAS METROPOLITANAS: La posibilidad de una cláusula general competencial. Carácter propio de las competencias. Ámbito competencial metropolitano y autonomía municipal. Una descripción general del ámbito competencial metropolitano. Una cuestión importante: ámbito competencial-provincial y territorio metropolitano.

«La legalidad y vigencia de las Entidades locales territoriales en el subsistema autonómico de la Región de Murcia», por Antonio Martínez Marín, pág. 25.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGISLACIÓN LOCAL: 1. Regulación estatal. 2. Regulación autonómica.—III. ENTIDADES LOCALES INSTITUCIONALIZADAS: LOS MUNICIPIOS Y LAS MANCOMUNIDADES DE MUNICIPIOS.—IV. ENTIDADES LOCALES NO INSTITUCIONALIZADAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: PROVINCIAS, ÁREAS METROPOLITANAS, COMARCAS Y ENTIDADES LOCALES MENORES.—V. REIVINDICACIONES DESCENTRALIZADORAS FRACASADAS: 1. Reivindicaciones municipales.—2. Reivindicación provincial.—3. Necrología de la primera propuesta comarcal de la región.—4. La peculiar organización territorial-demográfica del municipio de Murcia: 4.1. *Las Juntas de Distrito y las Juntas Vecinales como respuestas institucionales a la Ley Estatal Básica 7/1985, a la Ley Autonómica Local de Desarrollo Legislativo 6/1988 y a los Reglamentos de Juntas de Distritos Urbanos y Juntas de Vecinos de Pedanías.* 4.2. *Las medidas básicas de organización territorial de la Ley 57/2003, de modernización del Gobierno local.* 4.3. *El Reglamento vigente de participación ciudadana y de distritos de 26 de mayo de 2005 como exigencia de la Ley 57/2003.*—VI. RELACIONES DE COLABORACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES CON LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA: CONSORCIOS,

CONVENIOS, PARTICIPACIÓN LOCAL EN ÓRGANOS CONSULTIVOS REGIONALES Y SUBVENCIONES.—VII. *POST SCRIPTUM:* MANIFESTACIONES DEL ESPÍRITU POLÍTICO DEL SUBSISTEMA MURCIANO Y SUS SEMEJANZAS CON EL DEL SISTEMA ESTATAL.

«Cooperación y subsidiariedad intermunicipal», por José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, pág. 61.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. SUBSIDIARIEDAD.—3. TRASCENDENCIA DE LA BASE TERRITORIAL, POBLACIONAL Y ECONÓMICA DE LAS COLECTIVIDADES LOCALES EN QUE SE SUSTENTE EL GOBIERNO LOCAL.—4. SUBSIDIARIEDAD, AUTONOMÍA, DESCENTRALIZACIÓN Y DELEGACIÓN.—5. LA COOPERACIÓN INTERLOCAL.

«Breves "primeras impresiones" ante un nuevo proceso de reforma del Régimen Local», por José Luis RIVERO YSERN, pág. 77.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTENIDO OBJETIVO DE LA AUTONOMÍA LOCAL.—III. LAS FUENTES DEL DERECHO LOCAL.—IV. LA PROVINCIA Y LA LLAMADA PLANTA LOCAL.—V. LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL Y LA ORGANIZACIÓN DEMOCRÁTICA LOCAL.—VI. EL SISTEMA DE CONTROL DE LOS ACUERDOS LOCALES. LA POTESTAD DE SUSTITUCIÓN DE LA INACTIVIDAD MUNICIPAL. LA SUPRESIÓN DE LOS MUNICIPIOS.—VII. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y LOS PROCESOS DE DESCONCENTRACIÓN MUNICIPAL.

«Las nuevas formas de la actividad administrativa. Participación, ejercicio privado de funciones públicas y gestión privada de servicios públicos», por Juan-Cruz ALLÍ ARANGUREN, pág. 91.

*SUMARIO:* 1. LA GESTIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y LA PARTICIPACIÓN.—2. EL EJERCICIO PRIVADO DE FUNCIONES PÚBLICAS. LA AUTORREGULACIÓN.—3. LA GESTIÓN PRIVADA DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL MODELO COMUNITARIO: 3.1. LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL. 3.2. LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL. 3.3. EXTERNALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.

«La institucionalización de la Comarca en la Región de Murcia en la perspectiva de la reforma estatutaria», por Antonio GUTIÉRREZ LLAMAS y Santiago Manuel ÁLVAREZ CARREÑO, pág. 137.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN GENERAL.—II. LA CONFIGURACIÓN DE LA COMARCA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA REGIÓN DE MURCIA COMO ENTIDAD NECESARIA Y PIEZA FUNDAMENTAL EN LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LA CARM. LA GARANTÍA ESTATUTARIA DE LA COMARCA.—III. LA LEGISLACIÓN DE DESARROLLO DE LA CARM PARA HACER EFECTIVA LA GARANTÍA ESTATUTARIA DE LA COMARCA, EN EL MARCO DE LAS PREVISIONES BÁSICAS ESTATA-

LES: LA LEY 6/1988, DE 25 DE AGOSTO, DE RÉGIMEN LOCAL DE LA REGIÓN DE MURCIA: 1. Breve apunte sobre la funcionalidad de la legislación básica estatal. 2. La legislación de desarrollo de la CARM.—IV. LA EXIGENCIA DE DESCENTRALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LAS CCAA: ALGUNOS HITOS SIGNIFICATIVOS: 1. El Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías. 2. La concreción normativa del modelo de Administración autonómica indirecta y descentralizada: la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico. 3. La recepción en la CARM del modelo de Administración autonómica indirecta y descentralizada: La Ley 7/1983, de 7 de octubre, de descentralización territorial y colaboración entre la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y las entidades locales.—V. UN APUNTE PROSPECTIVO QUE REFUERZA LA INTERMUNICIPALIDAD EN EL SISTEMA LOCAL: EL LIBRO BLANCO PARA LA REFORMA DEL GOBIERNO LOCAL.—VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS PREVISIONES COMARCALES DEL EARM: VALORACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL MARCO NORMATIVO COMARCAL EN LA REGIÓN DE MURCIA.—VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

«La profesionalización de la función pública local en América Latina: evolución, modelos y propuestas», por Federico Amador Castillo Blanco, pág. 161.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SERVICIO CIVIL O FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL EN AMÉRICA LATINA: 1. Evolución de las reformas de modernización del Estado implementadas hasta la actualidad. 2. Los distintos modelos de servicio civil existentes en el ámbito comparado: sistemas abiertos *versus* sistemas cerrados. 3. Balance de las experiencias internacionales: luces y sombras del impacto de la globalización de la gestión pública.—II. PROPUESTAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL DE BASE PROFESIONAL EN AMÉRICA LATINA: 1. Hacia la profesionalización de los servidores públicos en el ámbito local: variables de carácter esencial e instrumental. 2. Los desafíos pendientes para alcanzar el éxito de las reformas emprendidas.

«El principio democrático en la Administración Local: la elección directa del alcalde y las potestades de autoorganización y sancionadora», por Antonio José Sánchez Sáez, pág. 185.

*SUMARIO:* I. LA ELECCIÓN DIRECTA DEL ALCALDE.—II. LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN LOCAL.—III. LA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL: LA CONSAGRACIÓN DE LA AUTONOMÍA SANCIONADORA LOCAL.

«Los nuevos instrumentos jurídicos para el desarrollo sostenible del territorio de la Unión Europea», por Teresa Parejo Navajas, pág. 211.

*SUMARIO:* 1. EL TERRITORIO COMO ELEMENTO CLAVE PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DE LAS REGIONES DE EUROPA: 1.1. Principales

PROBLEMAS DEL TERRITORIO COMO RECURSO NATURAL. 1.2. PROBLEMAS DEL TERRITORIO COMO SOPORTE DE ACTIVIDADES: LOS DESEQUILIBRIOS REGIONALES. 1.3. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA TERRITORIAL A ESCALA EUROPEA.—2. LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN LA UNIÓN EUROPEA: ACTUALES INSTRUMENTOS Y PERSPECTIVAS DE FUTURO PARA EL DESARROLLO DEL TERRITORIO EN EUROPA: 2.1. PLANIFICACIÓN TERRITORIAL EUROPEA FORMAL: LAS POLÍTICAS SECTORIALES TERRITORIALES. 2.2. PLANIFICACIÓN TERRITORIAL EUROPEA MATERIAL: LA ESTRATEGIA TERRITORIAL EUROPEA COMO INSTRUMENTO *SOFT* DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 2.3. EL FUTURO DE LA PLANIFICACIÓN EUROPEA DEL TERRITORIO: OPCIONES PARA UNA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO A ESCALA EUROPEA A LA LUZ DEL DERECHO ORIGINARIO ACTUAL Y EN CIERNES: a) *Opción A: Ordenación del territorio formal a través de la cohesión territorial;* b) *Opción B: ordenación del territorio material a través de instrumentos* soft *y del MCA.*—3. CONCLUSIÓN: EL MODELO DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO A PARTIR DE UNA OPCIÓN DE NATURALEZA ECLÉCTICA.

## REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN
## Número 11 (Enero 2007)

«La responsabilidad en el marco de la prevención de los riesgos laborales. Algunas de sus derivaciones», por Manuel IGLESIAS CABERO, pág. 13.

*SUMARIO:* I. A MODO DE PRESENTACIÓN.—II. LA RESPONSABILIDAD Y SU ORIGEN.—III. LA CUESTIÓN A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA.—IV. EL RIESGO PROFESIONAL Y SU TRATAMIENTO.—V. PARTICULARIDADES DE LAS CONTINGENCIAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.—VI. LA RESPONSABILIDAD.—VII. LA BASE LEGAL DE LA RESPONSABILIDAD.—VIII. ÁMBITOS EN LOS QUE SE PUEDE EXIGIR RESPONSABILIDAD.—IX. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.—X. RECARGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.—XI. LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE PUESTA A DISPOSICIÓN.

«El papel de la negociación colectiva en la modificación sustancial de condiciones laborales incluidas en convenios colectivos. Viejos y nuevos interrogantes a partir de la Ley Concursal», por José Gustavo QUIRÓS HIDALGO, pág. 37.

*SUMARIO:* I. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES CONTENIDAS EN CONVENIOS COLECTIVOS CUANDO NO EXISTA DECLARACIÓN CONCURSAL: 1. CARÁCTER CAUSAL DE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL. 2. CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO O EXTRAESTATUTARIO. ACUERDO MODIFICATIVO.—3. DISPONIBILIDAD DEL ARTÍCULO 41.2.3.° ET.—II. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO CUANDO CONCURRE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 64 Y 66 LC.—BREVE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«La sustracción internacional de menores y su nueva regulación», por Pilar GONZÁLVEZ VICENTE, pág. 67.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: 1. REALIDAD INTERNACIONAL. 2. IMPORTANCIA DEL PROBLEMA. 3. RESPUESTAS LEGALES Y JUDICIALES.—II. LEGISLACIÓN APLICABLE: 1. NORMATIVA INTERNACIONAL: 1.1. *El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980.* 1.2. *El Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de fecha 30-V-1997, BBOOE 24-6-1997 y 25-6-1999.* 1.3. *En el ámbito interamericano.* 2. NORMAS COMUNITARIAS: 2.1. *El Convenio del Consejo de Europa de Luxemburgo de 25-V-1980.* 2.2. *El Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo de 29-V-2000.* 2.3. *El Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27-XI-2003.* 3. NORMAS CIVILES: 3.1. *El artículo 158 del Código Civil.* 3.2. *El artículo 103 del Código Civil.* 4. NORMAS PENALES: LA LEY ORGÁNICA 9/2002, QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL: 4.1. *Artículo 225 bis.* 4.2. *Se añade un nuevo párrafo al artículo 224, que también puede tener relación con la sustracción.* 4.3. *Finalmente en el artículo 622 en relación con la falta.* 5. NORMAS PROCESALES: ARTÍCULOS 1.901 A 1.909 LEC 1881.—III. PREVENCIÓN DEL PROBLEMA: 1. IMPORTANCIA. 2. CARÁCTER GENERAL. 3. PROCESOS FAMILIARES.—IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL: 1. CONCEPTO: 1.1. *Convenio de La Haya de 25-X-1980.* 1.2. *Reglamento 2202/03.* 2. ÁMBITOS PERSONAL Y TERRITORIAL: 2.1. *Convenio de La Haya de 25-X-1980.* 2.2. *Reglamento 2202/03.* 3. PRINCIPIOS APLICABLES.—V. CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES, DE 25 DE OCTUBRE DE 1980: 1. LOS CONVENIOS DE LA HAYA SOBRE LOS NIÑOS. 2. APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25-10-1980. 3. CAUSAS DE EXCEPCIÓN AL RETORNO DEL MENOR: 3.1. *Integración en el medio.* 3.2. *En relación con el ejercicio de la custodia.* 3.3. *Tres son los supuestos previstos en el artículo 13.b) del CH-80 como excepciones al retorno del menor.* 3.4. *Voluntad del menor.* 3.5. *Referencia al Derecho interno del Estado requerido.* 4. AUTORIDADES CENTRALES. 5. IMPORTANCIA DEL CONVENIO. 6. GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS.—VI. REGLAMENTO (CE), NÚM. 2201/03 DEL CONSEJO, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003: 1. TRASCENDENCIA DE LA NUEVA REGULACIÓN: 1.1. *Antecedentes.* 1.2. *Modificaciones del Reglamento 2201/03.* 2. REGLAS DE COMPETENCIA EN EL REGLAMENTO 2201/03 EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN DE MENORES. 3. LA RESTITUCIÓN DEL MENOR EN EL REGLAMENTO: 3.1. *Regla general.* 3.2. *Reglamento 2201/03 y las causas de oposición.* 3.3. *Audiencia del menor.* 3.4. *Supuestos de urgencia.* 3.5. *Carácter y plazo del procedimiento para resolver la demanda de devolución de un menor.* 4. EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES: 4.1. *Ejecución.* 4.2. *Medidas provisionales.* 5. GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS. 6. PROPUESTAS DEL SEMINARIO SOBRE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO.—VII. MEDIDAS RELATIVAS AL RETORNO DE MENORES EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL: 1. NORMATIVA PROCESAL APLICABLE. 2. TRAMITACIÓN: 2.1. *Solicitud.* 2.2. *Resolución judicial.* 2.3. *Comparecencia en el Juzgado de la persona requerida.* 2.4. *Citación de comparecencia y decreto de medidas provisionales.* 2.5. *Juicio verbal.* 2.6. *Resolución.* 3. PROBLEMAS MÁS FRECUENTES: 3.1. *La ausencia de normas procesales hasta la LO 1/1996.* 3.2. *Naturaleza jurídica del proceso.* 3.3. *La competencia del órgano jurisdiccional.* 3.4. *Normas de reparto.* 3.5. *Plazo para resolver la solicitud.* 3.6. *Impugnación de la resolución.* 3.7. *La ejecución de la resolución.* 3.8. *Estadística sobre la materia.*

«Modificación de conclusiones acusatorias en juicio oral del proceso penal (arts. 732 y 788.3 LECrim). El aplazamiento del juicio del artículo 788.4 LECrim», por Manuel JAVATO MARTÍN, pág. 125.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES EN SENTIDO AMPLIO.—III. MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES EN SENTIDO ESTRICTO.—IV. MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES AL INICIO DE LA SESIÓN DEL JUICIO ORAL (ART. 787.1 LECRIM): 1. SUPUESTOS QUE LEGITIMAN UNA MODIFICACIÓN INICIAL. 2. SUPUESTOS NO PERMITIDOS.—V. MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES TRAS LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA: 1. MODIFICACIONES DE LOS HECHOS (CONCLUSIÓN I): 1.1. *Modificaciones no esenciales de los hechos.* 1.2. *Modificaciones esenciales de los hechos.* 1.3. *Modificaciones subjetivas.* 2. MODIFICACIONES DE LA CALIFICACIÓN O TIPIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS Y DE SU GRADO DE PERFECCIÓN (CONCLUSIÓN II). 3. MODIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN (CONCLUSIÓN III). 4. MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL (CONCLUSIÓN IV): 5. MODIFICACIÓN DE LA PENA (CONCLUSIÓN V). 6. MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.—VI. LA INFORMACIÓN JUDICIAL SOBRE LA MODIFICACIÓN.—VII. LA SUSPENSIÓN O APLAZAMIENTO DEL JUICIO ORAL DEL ARTÍCULO 788.4 LECRIM: 1. REQUISITOS Y PRESUPUESTOS. 2. PRÁCTICA. 3. APLICACIÓN AL SUMARIO ORDINARIO. 4. EFECTOS DE LA NO PETICIÓN DEL APLAZAMIENTO.—VIII. OTRAS CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES: 1. CAMBIO DEL TIPO DE PROCEDIMIENTO. 2. CAMBIO DE LA COMPETENCIA OBJETIVA. 3. CAMBIO DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL. 4. REPERCUSIÓN EN EL JUICIO EN AUSENCIA.—IX. RECURSOS: 1. ANTE LA DENEGACIÓN DE LA SUSPENSIÓN O APLAZAMIENTO DEL ARTÍCULO 788.4 LECRIM. 2. ANTE LA MISMA MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES CUANDO EN SU DÍA SE PIDIÓ Y PRACTICÓ LA SUSPENSIÓN DEL ARTÍCULO 788.4 LECRIM. 3. ANTE LA MODIFICACIÓN DE CONCLUSIONES CUANDO NO SE PIDIÓ POR LA DEFENSA LA SUSPENSIÓN DEL ARTÍCULO 788.4 LECRIM.—X. TESIS.—BIBLIOGRAFÍA.

«La cuenca del Duero como hecho diferencial de Castilla y León», por Pablo José KROTENBERG VÁZQUEZ, pág. 173.

*SUMARIO:* I. RELEVANCIA POLÍTICA Y SOCIAL DE LA GESTIÓN DE LAS AGUAS: 1. EL CASO DE CASTILLA Y LEÓN. 2. PROPUESTAS COMPARADAS.—II. UNA APUESTA ESTRATÉGICA: LA CUENCA DEL DUERO COMO HECHO DIFERENCIAL DE CASTILLA Y LEÓN.—III. ARGUMENTOS DOCTRINALES SOBRE EL HECHO DIFERENCIAL: 1. CONCEPTO. 2. ELEMENTOS ESTRUCTURANTES DEL «HECHO DIFERENCIAL». 3. CATEGORÍAS DE «HECHOS DIFERENCIALES». 4. ¿ES LA CUENCA DEL DUERO UN HECHO DIFERENCIAL DE CASTILLA Y LEÓN?—IV. CONCLUSIONES.—ADENDA.

«El Valle de Valdegovía. Diez siglos de transición. De origen castellano a su incorporación administrativa a Álava», por Rafael SÁNCHEZ DOMINGO, pág. 205.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: PRIMEROS PASOS DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO.—II. LA VERTEBRACIÓN DEL TERRITORIO EN LAS TIE-

RRAS DE VALDEGOVÍA: VALPUESTA.—III. ENCLAVES CASTELLANO-VIEJOS ADSCRITOS A LA HERMANDAD GENERAL DE ÁLAVA: 1. ORIGEN DE LA RELACIÓN ENTRE ÁLAVA Y CASTILLA. 2. CASTILLA, ÁLAVA Y FERNÁN GONZÁLEZ.—IV. LA HERMANDAD DE ÁLAVA Y EL VALLE DE VALDEGOVÍA.—V. EL VALLE DE VALDEGOVÍA EN EL TRÁNSITO DE LA EDAD MEDIA A LA MODERNA Y SU DESVINCULACIÓN ADMINISTRATIVA DE BURGOS.—VI. PROCESO POLÍTICO DE INCORPORACIÓN TERRITORIAL DEL CASTELLANO VALLE DE VALDEGOVÍA A LA PROVINCIA DE ÁLAVA (SIGLOS XV-XIX).—ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA.

## REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA
## Número 41 (Noviembre 2006)

«Aproximación a la teoría de las áreas metropolitanas», por José Miguel ESCRIBANO ZAFRA, pág. 9.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES.—3. PRINCIPALES ÁREAS METROPOLITANAS EUROPEAS: LONDRES. PARÍS. FRANKFURT.—4. CONCEPTO.—5. CARACTERÍSTICAS.—6. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN: 6.1. FORMACIÓN GEOGRÁFICA. 6.2. CONSTITUCIÓN NORMATIVA.—7. RÉGIMEN JURÍDICO.—8. COMPETENCIAS.—9. CONCLUSIONES.—10. BIBLIOGRAFÍA.

«Alcance y límites de la libertad de expresión forense», por Juan Manuel FERNÁNDEZ APARICIO, pág. 49 (sin sumario).

«Una visión del control de constitucionalidad en Brasil», por Marcelo FIGUEIREDO, pág. 69 (sin sumario).

«Concurso de normas y de infracciones en el Derecho Administrativo Sancionador», por Remedios GÓMEZ PADILLA, pág. 137.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. TEORÍA DEL CONCURSO EN EL DERECHO PENAL. MODALIDADES: CONCURSO DE LEYES. CONCURSO DE DELITOS: a) CONCURSO REAL; b) CONCURSO IDEAL. EL DELITO CONTINUADO, EL DELITO MASA, EL DELITO DE HÁBITO Y EL DELITO COMPLEJO.—III. TEORÍA DEL CONCURSO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CONCURSO APARENTE DE LEYES. CONCURSO DE INFRACCIONES: a) CONCURSO IDEAL; b) CONCURSO REAL E INFRACCIÓN CONTINUADA. LAS INFRACCIONES PERMANENTES, LAS INFRACCIONES DE ESTADO Y LAS INFRACCIONES COMPLEJAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

«La evaluación ambiental de proyectos en Castilla-La Mancha», por Antonio J. NAVARRO ESPEJO, pág. 161.

*SUMARIO:* I. EL NACIMIENTO DE LA EVALUACIÓN MEDIOAMBIENTAL.—II. NORMATIVA REGULADORA: A) NORMATIVA COMUNITARIA. B) NORMATIVA BÁSICA ESTATAL. C) NORMATIVA AUTONÓMICA: ÁMBITO DE APLICACIÓN.—III. EVA-

LUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.—IV. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PROYECTOS: 1. OBJETO Y CARACTERES. 2. NATURALEZA JURÍDICA. 3. EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: a) *Procedimiento ambiental específico;* b) *Procedimiento dependiente;* c) *Órgano ambiental y órgano sustantivo;* d) *Requisito de validez: nulidad de pleno derecho*.—V. ACTIVIDADES SOMETIDAS A EVALUACIÓN: RESERVA DE LEY.—VI. ÓRGANO MEDIOAMBIENTAL AUTONÓMICO.—VII. LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL DE PROYECTOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y TIPOS DE EVALUACIÓN: a) PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO AUTONÓMICO; b) INICIO DEL PROCEDIMIENTO; c) CONSULTAS Y NOTIFICACIONES; d) SOLICITUD AL ÓRGANO SUSTANTIVO; e) EL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL (ESTIA); f) LA DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (DIA).—VIII. CONCURRENCIA DE AUTORIZACIONES AMBIENTALES.—IX. RÉGIMEN SANCIONADOR.

«El derecho de sociedades en Polonia: antecedentes. Aspectos fundamentales del derecho positivo en la actualidad y tendencias de evolución», por María VALMAÑA OCHAÍTA, pág. 205.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPALES ETAPAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO DE SOCIEDADES POLACO: 2.1. LA CODIFICACIÓN MERCANTIL EN EL PERÍODO DE ENTREGUERRAS: EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1934. 2.2. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO A TRAVÉS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1964 (ÉPOCA COMUNISTA). 2.3. LA LIBERALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA: PERÍODO INICIAL (ÉPOCA POSTSOVIÉTICA) Y FASE DE CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA Y ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO POLACO AL DERECHO COMUNITARIO (ETAPA ACTUAL). 2.4. SÍNTESIS DEL MARCO NORMATIVO VIGENTE EN MATERIA DE SOCIEDADES MERCANTILES.—3. TIPOLOGÍA SOCIETARIA EN EL CÓDIGO DE SOCIEDADES COMERCIALES (CSC) DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2000 (KODEKS SPÓLEK HANDLOWYCH): 3.1. ASPECTOS GENERALES. 3.2. SINOPSIS DE LOS PRINCIPALES TIPOS SOCIETARIOS MERCANTILES REGULADOS EN EL CSC. 3.3. REFERENCIA A LAS SOCIEDADES CAPITALISTAS: LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: 3.3.1. *Análisis de los rasgos fundamentales de la regulación en el CSC.* 3.3.2. *Principales diferencias de régimen jurídico de las sociedades de capital respecto del Derecho español*.—4. TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN POLONIA: 4.1. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA Y LA PROBLEMÁTICA DEL «CORPORATE GOVERNANCE». 4.2. LA INTEGRACIÓN DE POLONIA EN LA UE Y SU MANIFESTACIÓN LEGISLATIVA RECIENTE EN EL DERECHO DE SOCIEDADES Y EN DERECHO MERCANTIL EN GENERAL. 4.3. BREVE REFERENCIA A LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS RECIENTES EN EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES.—5. NOTAS.

## REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA
## Número 41 (Enero-Junio 2006)

«Libertad de testar y derechos de hijos de anterior matrimonio: ¿un sistema necesitado de revisión en Navarra?», por María Ángels EGUSQUIZA BALMASEDA, pág. 9.

*SUMARIO:* I. LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES: ASPECTOS GENERALES.—II. EL ALCANCE TRADICIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS DE ANTERIOR MATRIMONIO.—III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY 272 DEL FN EN LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL: 1. Principio de «no discriminación» por razón de la filiación: 1.1. *Alcance general del principio.* 1.2. *El principio de igualdad en la Ley 272 del Fuero Nuevo.* 2. Derechos del cónyuge supérstite e igualación con los hijos de anterior matrimonio.—IV. PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LOS DESCENDIENTES DISCAPACITADOS EN NAVARRA: 1. Aspectos generales de la cuestión. 2. La protección del discapacitado en la sucesión *mortis causa*.—V. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS HIJOS DE ANTERIORES NUPCIAS: PRESUPUESTOS PARA SU REVISIÓN EN EL RÉGIMEN NAVARRO.

«La evaluación ambiental estratégica en la Ley Foral 4/2005, de 2 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental», por Juan-Cruz Alli Aranguren, pág. 47.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO.—III. COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL.—IV. RÉGIMEN DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PLANES Y PROGRAMAS: 1. Derecho Comunitario. 2. Objeto. 3. Ámbito de aplicación: 3.1. *Planes y programas incluidos.* 3.2. *Planes y programas excluidos.* 4. Contenido. 5. Sujetos: 5.1. *Estados miembros.* 5.2. *Administración Foral.* 5.3. *Promotores.* 5.4. *Público*.—6. Procedimiento: 6.1. *Metodología.* 6.2. *Régimen legal.* 7. Supervisión.—V. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO Y DE LA DECLARACIÓN AMBIENTAL: 1. Acto de trámite. 2. Régimen del silencio administrativo.—VI. CONCLUSIÓN.

«Clasificación, categorización y calificación del suelo en la legislación autonómica comparada», por Juan Luis Beltrán Aguirre, pág. 81.

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. CUESTIONES GENERALES: 1. Los conceptos de clasificación, categorización y calificación del suelo. 2. La clasificación del suelo en la legislación y en la jurisprudencia: de la enumeración cerrada a la enumeración abierta. 3. Nuevas y distintas clasificaciones del suelo: A) *Sistemas Generales (Murcia y Andalucía)*. B) *Suelo de Núcleo Rural (Galicia)*. C) *Zonas periféricas de pequeños municipios (Aragón)*. 4. Los criterios de clasificación y categorización del suelo: su configuración como mínimos en la LRSV y su complementación por la legislación autonómica. 5. ¿Es necesaria la concurrencia de las tres clases de suelo en todo planeamiento general urbanístico? 6. Desclasificación y reclasificación de suelo.—III. SUELO URBANO: 1. Clasificación: A) *El carácter reglado del suelo urbano. Excepciones.* B) *Los criterios de clasificación.* 2. Categorización: A) *Categorías comunes.* B) *Subcategorías dentro de las comunes.* C) *Otras categorías.* 3. Calificación: A) *Zonas.* B) *Usos*.—IV. SUELO NO URBANIZABLE: 1. Clasificación: A) *Los criterios básicos o mínimos de clasificación en la LRSV*. B) *Los criterios de clasificación en la legislación autonómica.* 2. Categorización: A) *Categorías regladas y voluntarias.* B) *Categorizaciones más complejas.* C) *Consideraciones generales.* 3. Calificación.—

V. SUELO URBANIZABLE: 1. CLASIFICACIÓN: A) *Los criterios de clasificación en la LRSV*. B) *Los criterios de clasificación en la legislación autonómica*. 2. CATEGORIZACIÓN: A) *Categorías comunes*. B) *Subcategorías dentro de las comunes*. C) *Otras categorías*. 3. CALIFICACIÓN.—VI. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LA FUTURA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL.—ANEXO LEGISLATIVO.

«El control parlamentario del Gobierno en España», por Martín M.ª RAZQUIN LIZÁRRAGA, pág. 113.

*SUMARIO:* I. LAS BASES CONSTITUCIONALES.—II. LAS PREMISAS DEL SISTEMA PARLAMENTARIO DE GOBIERNO Y EL CONTROL PARLAMENTARIO.—III. MULTIFUNCIONALIDAD DE LAS ACTUACIONES PARLAMENTARIAS Y PREEMINENCIAS DEL CONTROL.—IV. EL CONTROL-RESPONSABILIDAD. LA ELECCIÓN Y CESE DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO POR EL PARLAMENTO.—V. CONTROL, IMPULSO Y DIRECCIÓN POLÍTICA.—VI. CONTROL, FISCALIZACIÓN DEL GOBIERNO.—VII. LA NECESARIA INFORMACIÓN DE LAS CÁMARAS.—VIII. PROBLEMAS ACTUALES DE LA FUNCIÓN DE CONTROL.—IX. REFLEXIÓN FINAL.

## REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA
## Número 1 (2007)

«Valor de la jurisprudència en la societat contemporània», por Joan Antoni XIOL RÍOS, pág. 9.

*SUMARI:* I. EL PUNT DE PARTENÇA.—II. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA: 1. LA TEORÍA DELS PARADIGMES. 2. LA CONCEPCIÓ RACIONAL DEL DRET. EL PARADIGMA DE LA NORMA. 3. EXCURSUS: EL CANVI JURISPRUDENCIAL. 4. LA CONCEPCIÓ SISTÈMICA DEL DRET. EL PARADIGMA DE LA CONSTITUCIÓ. 5. LA CONCEPCIÓ DIALÈCTICA DEL DRET. EL PARADIGMA DEL LLENGUATGE. 6. EL REPTE DE LA GLOBALITZACIÓ. 7. EL RENOVAT VALOR DE LA JURISPRUDENCIA, UNA PARADOXA?—III. ELS DEURES DE LA JURISPRUDÈNCIA ENVERS LA SOCIETAT: 1. LA JURISPRUDÈNCIA I EL RESPECTE AL PRINCIPI DEMOCRÀTIC. 2. LA JURISPRUDÈNCIA I EL RESPECTE A L'AUTONOMIA INDIVIDUAL.

«Veïnatge civil, determinació del règim econòmic matrimonial i llei aplicable a la successió. Check-list i criteris d'actuació professional (II)», por Albert LAMARCA I MARQUÈS, pág. 33.

*SUMARI:* I. PLANTEJAMENT.—II. SUCCESSIÓ DE NORMES I DRET VIGENT SOBRE VEÏNATGE CIVIL I DRET INTERREGIONAL: 1. DISPOSICIONS ORIGINÀRIES DEL CODI CIVIL ESPANYOL DE 1889. 2. REFORMA DEL TÍTOL PRELIMINAR DEL CODI CIVIL ESPANYOL PEL DECRET 1836/1974. 3. ENTRADA EN VIGOR DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA EL 29 DE DESEMBRE DE 1978. 4. LLEI 30/1981, DE 7 DE

JULIOL, POR LA QUE SE MODIFICA LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y SE DETERMINA EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LAS CAUSAS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO. 5. LLEI 11/1990, DE 15 D'OCTUBRE, SOBRE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO. 6. LLEI 18/1990, DE 17 DE DESEMBRE, SOBRE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE NACIONALIDAD. 7. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 39/2002, DE 14 DE FEBRER. 8. LLEI ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SETEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS. 9. NORMATIVA SOBRE EL REGISTRE CIVIL. 10. NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE VEÏNATGE CIVIL I DRET INTERREGIONAL.—III. CARACTERÍSTIQUES DEL DRET VIGENT SOBRE VEÏNATGE CIVIL: 1. ADQUISICIÓ DEL VEÏNATGE CIVIL PER IUS SANGUINIS I RESIDUALMENT PER IUS SOLII, TOT RESPECTANT L'AUTONOMIA PRIVADA. 2. SISTEMA DINÀMIC I FLEXIBLE D'ADQUISICIÓ I PÈRDUA DEL VEÏNATGE CIVIL PER RESIDÈNCIA. 3. NO REGEIX EL PRINCIPI D'UNITAT FAMILIAR. 4. ABSÈNCIA D'UN SISTEMA DE PUBLICITAT FORMAL OBLIGATORI I UNIVERSAL SOBRE VEÏNATGE CIVIL. 5. CARÀCTER INSTRUMENTAL DEL VEÏNATGE CIVIL PER DETERMINAR LA LLEI APLICABLE. 6. EXISTÈNCIA DE DIVERSOS VEÏNATGES CIVILS A L'ESTAT EN FUNCIÓ DELS DRETS CIVILS TERRITORIALS, INCLÒS EL VEÏNATGE LOCAL. 7. PREFERÈNCIA PEL VEÏNATGE CIVIL ANOMENAT DE «DERECHO COMÚN». 8. NOMÉS TENEN VEÏNATGE CIVIL ELS ESPANYOLS I NOMÉS UN VEÏNATGE.—IV. CARACTERÍSTIQUES DEL DRET VIGENT SOBRE DETERMINACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL: 1. MANCA D'UNA DETERMINACIÓ EXPRESSA OBLIGATÒRIA DEL RÈGIM ECONÒMIC AL MOMENT DE LA CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI. 2. INEXISTÈNCIA D'UN SISTEMA DE PUBLICITAT FORMAL OBLIGATÒRIA DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 3. EXISTÈNCIA D'UN RÈGIM ECONÓMIC LEGAL O DEFECTIU A MANCA DE PACTE. 4. VIGÈNCIA DEL PRINCIPI D'IMMUTABILITAT DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 5. RIGIDESA FORMAL PER A LA MODIFICACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 6. IMPOSSIBILITAT DE DETERMINAR EL RÈGIM ECONÒMIC EN UN PLET MATRIMONIAL. 7. POSSIBLE DIVERGÈNCIA ENTRE LA LLEI DEL RÈGIM ECONÓMIC I LA LLEI APLICABLE ALS EFECTES DE LA SEPARACIÓ I EL DIVORCI.—V. CARACTERÍSTIQUES DEL DRET VIGENT SOBRE LLEI APLICABLE A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT: 1. VIGÈNCIA DEL PRINCIPI D'UNITAT DE LA SUCCESSIÓ. 2. ADAPTACIÓ DE LES DISPOSICIONS VOLUNTÀRIES A LES ATRIBUCIONS FORÇOSES EN CAS DE CANVI DE LA LLEI PERSONAL DEL CAUSANT. 3. RESPECTE A LA LLEI APLICABLE A LES FORMES TESTAMENTÀRIES. 4. PREVISIÓ DEL CONFLICTE MÒBIL ENTRE LLEI APLICABLE AL RÈGIM ECONÒMIC I A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT.—VI. MOMENT TEMPORAL RELLEVANT PER A DETERMINAR EL VEÏNATGE CIVIL, LA LLEI APLICABLE AL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL I A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT: 1. VEÏNATGE CIVIL. 2. RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL I EFECTES DEL MATRIMONI. 3. SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT.—VII. CHECK-LIST PER A DETERMINAR EL VEÏNATGE CIVIL I LA LLEI PERSONAL: 1. QUIN VËINATGE CIVIL TENIEN ELS PROGENITORS AL MOMENT DEL NAIXEMENT? 2. QUAN VA CONTREURE MATRIMONI I QUIN VËINATGE CIVIL TENIA EL MARIT? 3. TENIEN ELS PROGENITORS DIFERENT VËIINATGE CIVIL? 4. QUIN ÉS EL SEU LLOC DE NAIXEMENT? 5. QUIN HA ESTAT EL SEU LLOC DE RESIDENCIA DURANT ELS DARRERS DEU ANYS? 6. QUIN CARÀCTER HA TINGUT LA RESIDÈNCIA? HA ESTAT CONTINUADA? COM S'HA FORMALITZAT? 7. HA OPTAT PER ADQUIRIR O CONSERVAR UN VËINATGE CIVIL? HA REALITZAT ALTRES DECLARACIONS SOBRE VËINATGE CIVIL? 8. RESUM DE LES REGLES BÀSIQUES PER A DETERMINAR EL VËINATGE CIVIL I LA LLEI PERSONAL.—VIII. CHECK-LIST PER A DETERMINAR EL RÈGIM ECONÒMIC I ELS EFECTES DEL MATRIMONI: 1. QUINA VA ÉSSER LA DATA DE CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI? 2. QUINA ERA LA LLEI PERSONAL DELS CÒNJUGES AL MOMENT DE LA

CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI? 3. S'HAN ATORGAT CAPÍTOLS MATRIMONIALS? 4. QUIN HA ESTAT EL LLOC DE RESIDÈNCIA IMMEDIATAMENT POSTERIOR A LA CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI? 5. QUIN VA SER EL LLOC DE CELEBRACIÓ DEL MATRIMONI? 6. RESUM DE LES REGLES BÀSIQUES PER A DETERMINAR EL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL. 7. CONSEQÜÈNCIES A LA PRÀCTICA DE LA DETERMINACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL.—IX. CHECK-LIST PER A DETERMINAR LA LLEI APLICABLE A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT: 1. QUINA ERA LA LLEI PERSONAL DEL CAUSANT AL MOMENT DE L'OBERTURA DE LA SUCCESSIÓ? 2. QUINA ÉS O ERA LA LLEI PERSONAL DEL CAUSANT EN EL MOMENT D'ATORGAR TESTAMENT? 3. QUIN ÉS O HA ESTAT EL LLOC DE RESIDÈNCIA DEL CAUSANT? 4. ON ESTAN SITUATS ELS BÉNS IMMOBLES DEL CAUSANT? 5. ON S'HA ATORGAT TESTAMENT? 6. S'HAN FET DONACIONS A LEGITIMARIS? 7. QUIN ERA EL RÈGIM ECONÒMIC DEL MATRIMONI? 8. RESUM DE LES REGLES BÀSIQUES PER A DETERMINAR LA LLEI APLICABLE A LA SUCCESSIÓ PER CAUSA DE MORT.—X. EL DRET CATALÀ TAMBÉ S'APLICA ALS ESTRANGERS?—XI. BIBLIOGRAFIA.

«El largo recorrido hacia la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral: un avance significativo con las medidas previstas en la Ley Orgánica de Igualdad», por Consuelo CHACARTEGUI JÁVEGA, pág. 75.

*SUMARIO:* 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD (MAINSTREAMING) POR RAZÓN DE GÉNERO.—3. LA SEGREGACIÓN OCUPACIONAL EN EL MERCADO DE TRABAJO Y LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA.—4. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO: LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL Y SU REFLEJO NORMATIVO: 4.1. LOS CONCEPTOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA, INDIRECTA, ACOSO Y ACOSO SEXUAL. 4.2. LOS MECANISMOS DE TUTELA FRENTE A LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS.—5. LAS MEDIDAS DE CORRESPONSABILIDAD DE LA VIDA PERSONAL Y LABORAL.—6. LAS MEDIDAS EN FAVOR DE LAS MUJERES TRABAJADORAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.—7. REFLEXIÓN FINAL: LA IGUALDAD COMO DERECHO HUMANO ASOCIADO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.

«Quince años de Ley de Competencia Desleal. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los tipos de deslealtad», por Santiago DE NADAL ARCE, pág. 105.

*SUMARIO:* I. PRELIMINAR. PRINCIPIOS GENERALES: 1. LIBERTAD DE EMPRESA. 2. FLEXIBILIDAD DE LAS CATEGORÍAS. 3. EL DESTINATARIO DE LA NORMA: 3.1. *Consumidor y empresario*. 3.2. *Concepto de consumidor.* 4. COMPETENCIA DESLEAL E ILÍCITO CONTRACTUAL: 4.1. *Uso de signos ajenos y resolución de contratos.* 4.2. *Prohibición de competencia y competencia desleal.* 4.3. *No toda resolución contractual es competencia desleal.* 5. LA IMPORTANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS: 5.1. *Visión de conjunto.* 5.2. *No hay competencia desleal, si se usan marcas o signos diferenciadores*.—II. ENGAÑO, OBSEQUIOS, DENIGRACIÓN Y COMPARACIÓN: 1. ENGAÑO (ART. 7 LCD). 2. OBSEQUIOS Y PRIMAS (ART. 8 LCD). 3. DENIGRACIÓN (ART. 9 LCD). 4. COMPARACIÓN (ART. 10 LCD).—III. IMITACIÓN, APROVECHAMIENTO, CONFUSIÓN Y ASOCIACIÓN: 1. CONFUSIÓN (ART. 6 LCD). 2. IMITACIÓN (ART. 11 LCD). 3. EXPLOTACIÓN

DE LA REPUTACIÓN AJENA (ART. 12 LCD). 4. TRATAMIENTO CONJUNTO DE CONFUSIÓN, IMITACIÓN Y EXPLOTACIÓN: 4.1. *No hay deslealtad, por no haber confusión o explotación de la reputación ajena.* 4.2. *Deslealtad por confusión y explotación de la reputación ajena*.—IV. VIOLACIÓN DE SECRETOS E INFRACCIÓN CONTRACTUAL: 1. VIOLACIÓN DE SECRETOS (ART. 13 LCD). 2. INDUCCIÓN A LA INFRACCIÓN CONTRACTUAL (ART. 14 LCD).—V. VIOLACIÓN DE NORMAS, DISCRIMINACIÓN, VENTA A PÉRDIDA: 1. VIOLACIÓN DE NORMAS (ART. 15 LCD). 2. DISCRIMINACIÓN Y DEPENDENCIA ECONÓMICA (ART. 16 LCD).—3. VENTA A PÉRDIDA (ART. 17 LCD).—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE
## Número 1 (Enero-Junio 2006)

«Disposiciones en materia de transparencia y acceso a la información respecto de la Administración de Justicia», por Irma RAMOS SALCEDO, pág. 13.

«Principales facultades de los Institutos de Transparencia tanto Federal como del Estado de Jalisco», por María Carmela CHÁVEZ GALINDO, pág. 35.

«Democracia, transparencia y derecho a la información», por José Luis LEAL SANABRIA, pág. 51.

«Alcances y límites de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental: Sus implicaciones en la procuraduría de Justicia», por Félix Andrés ACEVES BRAVO, pág. 61.

«Límite al derecho a la información: La protección de datos personales en el Derecho Comparado», por José Guillermo GARCÍA MURILLO y Ximena PUENTE DE LA MORA, pág. 75.

«Algunos aspectos de corrupción en los sistemas políticos democráticos y la transparencia aparente de los Gobiernos», por Luis CUITLÁHUAC MARTÍN DEL CAMPO, pág. 107.

«El derecho de acceso a la información pública: ¿Insuficiente para la protección de infantes y jóvenes?», por Luz del Carmen MARTÍN DE GIDI, pág. 125.

«La información pública en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Transparencia en el TEPJF, México, 2006)», por José de Jesús COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 147.

«El derecho a la transparencia tributaria y las reglas anti-elusión», por Gustavo AMEZCUA GUTIÉRREZ, pág. 173.

«La legalización de la opacidad. El caso de la información pública en Jalisco», por Jaime HERNÁNDEZ ORTIZ, pág. 191.

«Inconsistencia y desequilibrios en el derecho a la información en Jalisco», por Óscar Constantino GUTIÉRREZ, pág. 217.

«La autonomía del Instituto de Transparencia e Información Pública del Estado de Jalisco», por Jorge CHAIRES ZARAGOZA, pág. 235.

«Recursos contra las determinaciones del Instituto de Transparencia e Información Pública de Jalisco», por María Alejandra LÚA RODRÍGUEZ, pág. 259.