

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXII • Mayo-Junio 2006 • Núm. 695

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Eugenio Rodríguez Cepeda.
D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisoló.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Álvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Ángel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.
D. Celestino Pardo Núñez.
D. Juan José Pretel Serrano.

Comisión Ejecutiva:

D. Eugenio Rodríguez Cepeda.
D. Juan José Pretel Serrano.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

Dirección: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62

revista.critica@corpme.es

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

© 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.

SEGUNDO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Segundo Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante el año 2005, concediéndose a Doña María Goñi Rodríguez de Almeida, por su trabajo «La prescripción de la acción hipotecaria: extinción de la obligación garantizada y subsistencia de la hipoteca», publicado en el número 690, correspondiente a julio/agosto de 2005. María Goñi Rodríguez de Almeida es Doctora en Derecho y profesora de Derecho Civil. El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente, Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; Vocales: Don Eugenio Rodríguez Cepeda, Don Manuel Amorós Guardiola y Don Juan José Pretel Serrano, integrantes de la Comisión Ejecutiva de la Revista Crítica; y por Don Francisco Javier Gómez Gálligo, Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que actuó a su vez como secretario del Jurado. El premio Revista Crítica de Derecho Inmobiliario fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años. Queda convocado el Tercer Premio para los mejores trabajos publicados hasta el 31 de diciembre de 2007.

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

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

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

2.º Se concederá un solo premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2007, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años.

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

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

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«La ejecución contra comunidades en régimen de propiedad horizontal: problemática y soluciones prácticas», por MARÍA JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN	885
«Alteración del dato registral de la superficie de las fincas», por MARGARITA HERRERO OVIEDO	923
«La sucesión del cónyuge separado judicialmente o de hecho, tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio», por MARÍA NÚÑEZ NÚÑEZ	969
«El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo», por JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA	987
«La Administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», por BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS	1057

DICTÁMENES Y NOTAS

«De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil (La perpetuidad y la hipoteca)», por ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO	1101
«Comentarios a los recursos de la nueva Ley Concursal», por FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO	1131

DERECHO COMPARADO

«Levantamiento del velo de las personas jurídicas», por IVÁN ESCOBAR FORNOS	1139
---	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 1167

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Conmoriencia y premoriencia, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1191

1.2. Derecho de familia:

— Adopción internacional y modificación registral del domicilio del adoptado, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 1196

1.3. Derechos reales:

— Las prohibiciones de disponer y su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad. Especial referencia a las contenidas en un crédito hipotecario, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1200

1.4. Sucesiones:

— La sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*. Los hijos adoptivos como fideicomisarios. La interpretación de las cláusulas fideicomisarias de los testamentos, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 1205

1.5. Obligaciones y contratos:

— El depósito se constituye no por el solo acuerdo de voluntades de las partes de encomendar y aceptar la guarda, sino por la entrega de la cosa a guardar, por ISABEL MORATILLA GALÁN 1209

— Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su constitución, por ROSANA PÉREZ GURREA 1215

1.6. Responsabilidad civil:

- El promotor como garante en el proceso constructivo, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 1222
- Notas sobre la publicidad comparativa, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 1226

2. DERECHO MERCANTIL, coordinado por M.^a JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ

- La «garantía» de ocupación efectiva en el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente, por SYLVIA GIL CONDE 1238

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 1259

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Comentarios de Derecho Patrimonial catalán», de ANTONIO CUMELLA GAMINDE y MERCEDES TORMO SANTONJA, por ANA GIMÉNEZ COSTA 1291

- REVISTA DE REVISTAS** 1299

ESTUDIOS

La ejecución contra comunidades en régimen de propiedad horizontal: problemática y soluciones prácticas

por

M.^a JOSÉ ACHÓN BRUÑÉN

Doctora en Derecho Procesal

SUMARIO

- I. RAZONES QUE DIFICULTAN LA EJECUCIÓN FORZOSA CONTRA LAS COMUNIDADES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL:
 1. INEFICACIA DE LA SOLUCIÓN PREVISTA EN LA LPH.
 2. IMPOSIBILIDAD DE EMBARGAR BIENES PRIVATIVOS DE LOS COPROPIETARIOS POR DEUDAS DE LA COMUNIDAD:
 - a) *Mecanismos de defensa de los comuneros.*
 3. INALIENABILIDAD DE LOS ELEMENTOS COMUNES.
- II. MODOS DE HACER EFECTIVA UNA EJECUCIÓN DIRIGIDA CONTRA UNA COMUNIDAD EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL:
 1. LOCALIZACIÓN DE BIENES EMBARGABLES DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS:
 - a) *Requerimiento de manifestación de bienes a la comunidad ejecutada.*
 - b) *Colaboración de terceros en la investigación de bienes.*
 2. EMBARGO DE BIENES DE LAS COMUNIDADES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL:
 - a) *Dinero o cuentas corrientes a nombre de la comunidad.*
 - b) *Embargabilidad del fondo de reserva.*
 - c) *Embargo de cuotas de los comuneros.*
 - d) *La problemática de los bienes desafectados.*
 - e) *Frutos y rentas de los bienes comunes.*
 3. REQUERIMIENTO AL PRESIDENTE PARA QUE CONVOQUE LA JUNTA AL OBJETO DE REPARTIR LA DEUDA.
- III. CONCLUSIONES.

La problemática relativa a la ejecución forzosa contra comunidades en régimen de propiedad horizontal constituye una cuestión harto polémica, cuya incidencia en la práctica forense merece una especial reflexión en aras de hallar soluciones útiles y eficaces que amparen los derechos de los titulares de créditos contra dichas comunidades, ya sean terceros acreedores, copropietarios de la comunidad (1) o personas que mantengan con la misma una relación laboral (conserje, portero) o de arrendamiento de servicios (administrador).

En una primera apreciación epidérmica, la ejecución contra este tipo de comunidades pudiera parecer una cuestión exenta de problemas, dada la diversidad de personas y de bienes que las integran; sin embargo, la realidad se torna muy distinta por las razones que expondremos a continuación.

La ausencia de una adecuada regulación legal de esta materia, lejos de constituir una mera cuestión dogmática, proyecta su relevancia en la práctica forense donde los justiciables se encuentran con serios problemas para hacer efectivos los derechos reconocidos a su favor en un título ejecutivo cuando quien aparece como responsable es una comunidad en régimen de propiedad horizontal, lo que pone en entredicho el propio derecho a la ejecución que no sólo constituye un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico sino que se encuentra revestido de rango constitucional al ser parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (2).

I. RAZONES QUE DIFICULTAN LA EJECUCIÓN FORZOSA CONTRA LAS COMUNIDADES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Los motivos que dificultan la ejecución forzosa contra las comunidades en régimen de propiedad horizontal obedecen a la propia *ratio essendi* de este tipo de comunidades en las que se incardinan dos tipos de titularidades: la común y la privada, las cuales, en modo alguno constituyen mecanismos de garantía fren-

(1) Los propios copropietarios pueden ostentar créditos frente a la comunidad por diversas causas (v.gr., por haber ganado un pleito contra la misma en que ésta haya sido condenada en costas).

(2) SSTC 32/1982, de 7 de junio; 58/1983, de 29 de junio; 69/1983, de 26 de julio; 67/1984, de 7 de junio; 176/1985, de 17 de diciembre; 15/1986, de 31 de enero; 118/1986, de 20 de octubre; 125/1987, de 15 de julio; 167/1987, de 28 de octubre; 205/1987, de 21 de diciembre; 119/1988, de 20 de junio; 28/1989, de 6 de febrero; 148/1989, de 21 de septiembre; 149/1989, de 22 de septiembre; 207/1989, de 14 de diciembre; 152/1990, de 4 de octubre; 16/1991, de 28 de enero; 73/1991, de 8 de abril; 85/1991, de 22 de abril; 153/1992, de 19 de octubre; 34/1993, de 8 de febrero; 149/1993, de 14 de junio; 210/1993, de 28 de junio; 247/1993, de 19 de julio; 23/1994, de 27 de enero; 219/1994, de 18 de julio; 57/1995, de 6 de marzo; 59/1996, de 15 de abril; 1/1997, de 13 de enero; 18/1997, de 10 de febrero; 3/1998, de 12 de enero; 202/1998, de 14 de octubre; 240/1998, de 15 de diciembre; 108/1999, de 14 de junio; 110/1999, de 14 de junio; 170/1999, de 27 de septiembre; 144/2000, de 29 de mayo.

te a los acreedores de la comunidad, pues ni los elementos comunes resultan embargables por su carácter de inalienables (art. 396.2 del CC), ni tampoco los elementos privativos pueden responder de las deudas de la comunidad cuando los copropietarios no han intervenido en el juicio declarativo previo, por lo que a menos que estas comunidades posean fondos propios, la máxima de la experiencia demuestra que la ejecución contra ellas se dilata de manera indebida en el tiempo, sin que la legislación actual permita solventar esta eventualidad.

Así, por un lado, el artículo 544.2 de la LEC se limita a exceptuar a estas comunidades del régimen aplicable a las demás entidades sin personalidad jurídica y, por otro lado, el artículo 22 de la LPH, aunque se configura como una norma *ad hoc* que se ocupa expresamente de esta cuestión, lejos de coadyuvar a su solución, ofrece al acreedor unos instrumentos demasiado estrechos para salvaguardar sus intereses.

1. INEFICACIA DE LA SOLUCIÓN PREVISTA EN LA LPH

El artículo 22 de la LPH en la redacción dada tras la reforma acaecida por Ley 8/1999, de 6 de abril, ha pretendido dar respuesta a la problemática surgida en torno a la ejecución forzosa contra comunidades en régimen de propiedad horizontal, estableciendo la posibilidad de que *los acreedores comunitarios puedan dirigirse subsidiariamente, y previo requerimiento de pago, frente a los propietarios que hubieren sido parte en el proceso dirigido contra la comunidad y sólo en cuanto a su cuota insatisfecha por gastos comunes.*

A nuestro juicio, dicho precepto tiene escasa operatividad práctica, pues aunque permite al acreedor dirigirse ejecutivamente contra los copropietarios de la comunidad, impone unas exigencias demasiado estrictas para ello.

En principio, se establece como requisito *sine qua non* para dirigir la demanda ejecutiva contra los comuneros que éstos hayan sido parte en el juicio declarativo previo, lo que resulta disonante con el hecho de que las comunidades de propietarios tengan reconocida *ex lege* capacidad para ser parte y capacidad procesal compareciendo en juicio por medio de su Presidente (art. 13.3 de la LPH). A estos efectos, la vigente LEC, superando las dificultades de nuestra decimonónica ley procesal civil, ha deslizado en el artículo 6 la capacidad para ser parte de la personalidad jurídica, por lo que sólo quedará reservada la legitimación a los propietarios individuales cuando los derechos o intereses en cuestión les afecten en exclusiva por referirse a los espacios singulares de que son titulares, concordando esta doctrina con lo dispuesto en el artículo 10 de la LEC a propósito de la condición de parte legítima (3). Por consiguiente, no siendo necesario para que quede válida-

(3) Cfr. ORTIZ NAVACERRADA, S., «Capacidad procesal de la comunidad de propietarios», en *Sepín net Revista*, núm. 252, noviembre de 2004, págs. 51, 52.

mente constituida la relación jurídico-procesal llamar a juicio a todos sus copropietarios (4), dicha prerrogativa legal, lejos de favorecer a los terceros que ostenten créditos frente a la comunidad, constituye un obstáculo insalvable cuando se pretenda ejecutar una sentencia de condena.

Asimismo, el artículo 22 de la LPH, establece que la responsabilidad de los comuneros será subsidiaria, siendo necesario haber perseguido sin éxito el activo de la comunidad (5), con lo que se viene a establecer una suerte de acción subrogatoria a la que se ha cargado con un requisito adicional, que consideramos perturbador, pues exige que en el juicio declarativo previo dirigido contra el deudor principal también haya sido demandado el *debitor debitoris*, lo que resulta disonante con las exigencias del artículo 1.111 del Código Civil, que dispone simplemente para que el acreedor de una persona pueda ejercitar las acciones que su deudor ostente frente a un tercero (*debitor debitoris*), que acredite su carácter de acreedor legítimo de una obligación vencida y exigible, así como que el derecho que intenta ejercitar contra el tercero no sea inherente a la persona de su deudor (6) y que haya procedido a la previa persecución de los bienes de éste.

El artículo 22 prevé la subrogación de los terceros acreedores de la comunidad en el ejercicio de las acciones de reclamación de las cantidades que a ésta le son adeudadas, no mediante una acción declarativa de condena, sino ejercitando la acción ejecutiva derivada de una sentencia de condena contra la comunidad, lo que se traduce en la exigencia añadida de que el tercero deba demandar en el juicio declarativo dirigido contra la comunidad a los copropietarios morosos o, en caso de desconocer quiénes son éstos, a todos y a cada uno de los copropietarios, aun cuando la responsabilidad tan sólo alcance a los que mantengan deudas con la comunidad (7).

(4) STS de 21 de abril de 2004 (SP/sent/56615).

SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 3 de noviembre de 2003.

(5) SAP de Alicante, Sección 5.^a, de 20 de octubre de 2004.

(6) Entiende la doctrina como derechos inherentes a la persona del deudor, los personalísimos que no tienen un contenido patrimonial en sentido objetivo o que, aun patrimoniales, sean resultado de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial o derechos patrimoniales de carácter personal o algunos derechos patrimoniales que requieren imprescindiblemente una apreciación de la que sólo es capaz su titular o derechos sustraídos a la ejecución conforme a los artículos 605 y sigs. de la LEC (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones, Vol. I. Parte General Teoría General del Contrato*, revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F., Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 237. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 7.^a edición, Ed. Marcial Pons. 2003, pág. 268, Barcelona. MARTÍN BERNAL, J. M., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2003, pág. 316).

(7) Cfr. MONTÓN REDONDO, A., *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y Jurisprudencia*. Coordinador: CABAÑAS GARCÍA, J. C., Trivium, Madrid, 1999, pág. 844.

En nuestra opinión, dicha previsión legal resulta desacertada por varios motivos:

En primer lugar, *por la peculiar posición procesal en que se coloca a los comuneros cumplidores frente a los que el acreedor haya podido dirigir la demanda entablada contra la comunidad*, pues si recae sentencia condenatoria contra dicha comunidad, en modo alguno se podrá ejecutar contra ellos y tampoco deberán sufrir condena alguna en costas.

Asimismo, y en segundo lugar, aun cuando el acreedor conozca quiénes son los comuneros morosos (lo cual no siempre será fácil, máxime teniendo en cuenta que pueden ponerse al corriente de sus obligaciones en cualquier momento), la exigencia de demandarles en el juicio declarativo previo dirigido frente a la comunidad para cobrar el importe de sus débitos, quiebra por su propia base, habida cuenta de que *la demanda contra la comunidad se dirige a reclamar el incumplimiento de una obligación distinta de aquélla en la que han incurrido los copropietarios morosos (cuyo incumplimiento se contrae al impago de gastos comunes)*; sin embargo, en el juicio declarativo tan sólo se ha discutido acerca de la obligación reclamada a la comunidad. No obstante, si ésta resulta condenada, el artículo 22 permite al acreedor dirigirse contra los copropietarios morosos demandados para exigirles sus cuotas impagadas, siendo que no existe contra ellos sentencia alguna que les condene a su pago, con lo que se incurre en una vulneración de un principio esencial en derecho procesal como es el de *nulla executio sine titulo*.

En puridad, el legislador parece estar utilizando una suerte de técnica monitoria contra dichos copropietarios, pues aun no teniendo título ejecutivo frente a ellos, permite al acreedor comunitario requerirles previamente de pago por las cuotas correspondientes al importe insatisfecho a la comunidad, pudiendo estos adoptar una triple actitud: *pagar, mantener una posición pasiva u oponerse alegando hallarse al corriente de sus obligaciones*:

- *Si pagasen en el acto del requerimiento*, serán de su cuenta las costas causadas hasta ese momento en la parte proporcional que les corresponda, las cuales, en opinión de algún autor, podrán ser exigidas después a la comunidad (8), lo que a nuestro parecer resulta cuestionable.
- *Si mantienen una posición pasiva*, se procederá ejecutivamente contra los mismos con carácter subsidiario y por el importe de lo que adeudan a la comunidad.
- En caso de que *se opongan*, a tenor de lo previsto en el citado artículo 22, su oposición se deberá circunscribir a alegar que se hallan al corriente de pago con la comunidad aportando la documentación oportuna.

(8) Cfr. FUENTES LOJO, J. V., *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999*. T. I, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 661.

tuna, si bien el legislador en dicho artículo no ha tenido en cuenta que no resulta posible ejercitar por vía subrogatoria los derechos que ya haya ejercitado el deudor frente a sus propios deudores (en este caso la comunidad, frente a sus comuneros por gastos comunes impagados), por lo que si así fuere, el *debitor debitoris* podrá alegar litispendencia en el caso de que se estuviere sustanciando un juicio contra él en que se esté discutiendo su obligación de abonar las cantidades que se le reclaman por gastos comunes o cosa juzgada si ya se hubiera dictado a su favor sentencia absolutoria (9).

En suma, en el artículo 22 el legislador ha perdido una importante oportunidad para resolver definitivamente la problemática derivada de la ejecución contra comunidades en régimen de propiedad horizontal, ya que sus previsiones normativas, además de no ser operantes cuando el título ejecutivo contra la comunidad tenga naturaleza extrajudicial, tampoco aportan solución alguna cuando todos los copropietarios estuvieren al corriente de sus obligaciones comunitarias o deban cantidades mínimas y aunque así no fuere, la solución también resulta insatisfactoria, pues exige al acreedor demandar a los comuneros en el juicio declarativo previo dirigido contra la comunidad para, ulteriormente y con carácter subsidiario, dirigirse contra ellos en vía subrogatoria con base en la sentencia de condena dictada frente a la comunidad, exigiéndoles una obligación distinta de la contenida en el fallo conde-

(9) La sentencia habrá sido absolutoria cuando se le hayan exigido gastos no reclamables como los dimanantes de la adopción por mayoría de un *acuerdo para realizar nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble*, ya que en estas situaciones pueden dejar de pagar los copropietarios que hayan votado en contra —aun cuando no hayan impugnado el acuerdo y aunque no pueda privárseles de la mejora— si la derrama es superior a tres mensualidades ordinarias, sin que ello suponga la modificación de su cuota (art. 11.2 de la LPH).

No obstante, cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de *obras de accesibilidad*, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes (art. 11.3, según redacción dada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre). Además, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.1.^a de la LPH, obligan a todos los propietarios, aunque hayan votado en contra, los acuerdos relativos al *establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general*, así como los acuerdos referentes a la *realización de obras* o al *establecimiento de nuevos servicios comunes cuya finalidad sea suprimir barreras arquitectónicas con objeto de favorecer el acceso o movilidad de minusválidos*, sin que para adoptar dichos acuerdos sea necesario unanimidad aunque impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, lo que permite poner fin a las actitudes obstruccionistas de ciertos propietarios en aras de conseguir un mayor dinamismo en el funcionamiento interno de las comunidades de propietarios (cfr. ENJO MALLOU, C., «La alteración de elementos y servicios comunes en el régimen de propiedad horizontal: conflictos judiciales», en *El Consultor Inmobiliario*, Ed. La Ley, núm. 11, marzo de 2001, pág. 33).

natorio, pues en éste no se condena a los comuneros al pago de gastos comunes que pudieran adeudar a la comunidad sino que se condena a ésta con base en una responsabilidad distinta.

2. IMPOSIBILIDAD DE EMBARGAR BIENES PRIVATIVOS DE LOS COPROPIETARIOS POR DEUDAS DE LA COMUNIDAD

Las comunidades en régimen de propiedad horizontal carecen de personalidad jurídica, pues aun cuando en el *iter* legislativo de su ley reguladora de 21 de julio de 1960, se puso en tela de juicio la posibilidad de dotar a la Junta de propietarios de cierta personalidad en aras de facilitarle el cumplimiento de los fines que le son propios, dicha propuesta no prosperó ni ha sido objeto de ulterior modificación en reformas posteriores. No obstante, estas comunidades se desenvuelven en el tráfico jurídico con entidad propia distinta a la de los copropietarios que las componen, siendo sus órganos, y destacadamente su Presidente, instrumentos de gestión y representación de un particularizado régimen de propiedad, por lo que las relaciones entre los copropietarios y los terceros por razón de la propiedad horizontal tienen efectos a través de esos órganos y las domésticas o internas entre la propia comunidad y sus partícipes ofrecen la naturaleza jurídica de actos de conjunto («Gesamtakten»). La actuación del Presidente lleva implícita la de todos los copropietarios, no siendo una representación legal ni propiamente voluntaria sino orgánica, en cuya virtud su voluntad *ad extra* vale como voluntad de la comunidad, por lo que las relaciones con terceros tienen efecto a través de tal órgano y de la Junta (10), mientras que las domésticas o internas entre la comunidad y sus partícipes ofrecen la naturaleza de actos de conjunto, sin perjuicio de la obligación del Presidente de responder de su gestión frente a la comunidad (11).

No obstante, el hecho de que el Presidente represente a la comunidad (12) no justifica que los acreedores se puedan dirigir ejecutivamente contra él

(10) STS de 6 de marzo de 2000 (RAJ 1362): «Una aplicación de la norma adecuada a la realidad social presente (art. 3 CC) rechaza cualquier concepción doctrinal que elimine las competencias de la Junta a favor del autoritarismo de la figura de su Presidente».

(11) STSS de 19 de junio de 1965 (RAJ 3666), 3 de octubre de 1979 (RAJ 3236), 10 de junio de 1981 (RAJ 2519), 5 de marzo de 1983 (RAJ 1423), 12 de febrero de 1986 (RAJ 548), 24 de diciembre de 1986 (RAJ 7797), 17 de junio de 1988 (RAJ 5115), 15 de enero de 1988 (RAJ 120), 27 de marzo de 1989 (RAJ 2199), 17 de junio de 1989 (RAJ 5278), 3 de julio de 1989 (RAJ 5285), 14 de julio de 1989 (RAJ 5617), 8 de marzo de 1991 (RAJ 2201), 20 de abril de 1991 (RAJ 3012), 23 de septiembre de 1991 (RAJ 6059), 19 de noviembre de 1993 (RAJ 9154), 9 de diciembre de 1996 (RAJ 8946), 31 de diciembre de 1996 (RAJ 9608), 6 de marzo de 2000 (RAJ 1362), 18 de marzo de 2003 (RAJ 2753), 8 de julio de 2003 (RAJ 4612).

(12) El hecho de que el artículo 7.6 de la LEC establezca que las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte, entre ellas las comu-

aunque haya actuado en el tráfico jurídico en nombre de aquella, lo que constituye una excepción respecto de lo previsto con carácter general en el artículo 544 de la LEC que, con independencia de que el título ejecutivo tenga naturaleza judicial o extrajudicial, permite despachar ejecución frente a los *socios, miembros o integrantes de entidades sin personalidad jurídica, siempre que se acredite cumplidamente su condición y que han actuado frente a terceros en nombre de la entidad*, previsión legal que pretende proteger a los que contraten con este tipo de entidades que no por carecer de personalidad jurídica constituyen una mera entelequia (13).

De todos modos, y dejando aparte la cuestión de si la previsión normativa contenida en el párrafo primero del artículo 544 de la LEC puede atentar contra el derecho de audiencia vulnerando el principio *nemo condenatur sine auditur* (14), lo que está claro es que el legislador en el párrafo segundo de dicho precepto ha exceptuado de su ámbito de aplicación a las comunidades en régimen de propiedad horizontal, lo que constituye un indudable acierto, pues resultaría descabellado que se pudieran dirigir las actividades ejecutivas

nidades de propietarios, comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley atribuye la representación (en el caso de las comunidades de propietarios por medio de su Presidente), plantea la cuestión de si cualquier comunero podrá actuar en nombre y representación de la comunidad, si bien nada impide una respuesta positiva (cfr. «Encuesta», en *Revista Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 228, septiembre de 2002, pág. 7 y sigs.).

(13) No todas las entidades sin personalidad jurídica pueden subsumirse dentro del ámbito de aplicación del artículo 544.1 de la LEC, entendiéndose por la doctrina que dicho precepto tan sólo está concebido para las entidades que se desenvuelven en el tráfico económico y jurídico con cierto dinamismo y habitualidad como las sociedades irregulares o en constitución, pudiendo, asimismo, incluirse la herencia yacente siempre que las deudas no hayan sido generadas por el causante sino por la propia herencia a través de alguno de sus miembros (cfr. RAMILO RODRÍGUEZ, I. R., «Comentario al artículo 544», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III. Director: LORCA NAVARRETE, A. M. Coordinador: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. Ed. Lex Nova, 2.^a edición, Valladolid, 2000, pág. 2636). De todos modos, a nuestro juicio, también ha de aplicarse el artículo 544 a las uniones sin personalidad, las cuales constituyen asociaciones ocasionales de personas para un fin determinado, que como tales pueden incluirse en el artículo 6.2 de la LEC, sin que a ello sea obstáculo que dicho precepto emplee la expresión «entidades» y que haga referencia a que no hayan «cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas», pues aunque este artículo parece estar concebido expresamente para albergar a las sociedades irregulares, entre ellas y las uniones sin personalidad hay grandes analogías al tratarse en ambos casos de una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.

(14) Cfr. SABATER MARTÍN, A., «Comentario al artículo 544», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Coordinador: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.; RIFA SOLER, J. M. y VALLS GOMBÁU, J. F., T. II. Iurgium editores atelier, Barcelona, 2000, pág. 2615. En opinión de este autor, la solución puede ser justa en algunos casos (como el de las deudas contraídas por una comunidad de bienes, una sociedad irregular, etc.), pues si la responsabilidad no correspondiera a los socios miembros o gestores, no podría corresponder a nadie. Sin embargo, la solución resulta exagerada cuando el débito ha sido contraído por una herencia yacente o por la masa del concurso, pues en estos casos ya existe alguien que responde por ella (la herencia o la masa del concurso).

contra el Presidente por deudas de la comunidad por el mero hecho de haber actuado frente a terceros en nombre de la misma, pues no hay que olvidar que éste no es más que un copropietario (15) designado por elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o por sorteo, que ejerce sus funciones sin contraprestación alguna.

No obstante, la excepción contenida en el párrafo segundo del artículo 544 de la LEC no fue una constante en todo el *iter legislativo* del precepto, pues ni en el Borrador de la ley (art. 555) ni en el Anteproyecto (art. 346) se exceptuaba a las comunidades de propietarios del régimen de las demás entidades sin personalidad jurídica, si bien es cierto que en el Borrador se establecía como norma general lo que actualmente constituye una excepción, pues se exigía para despachar ejecución frente a los miembros de una entidad sin personalidad que previamente hubieran sido demandados en juicio contradictorio, planteamiento que sufrió un giro copernicano en fase de Anteproyecto donde se previó expresamente, y sin ningún tipo de salvedad, la posibilidad de despachar ejecución frente a los socios o miembros de las entidades sin personalidad jurídica que hubieran actuado en el tráfico jurídico en nombre de la misma, lo que con acierto fue modificado en fase de Proyecto, habiendo quedado cristalizado en la redacción definitiva.

La razón de dicha decisión normativa radica en que el legislador no fue ajeno a la doctrina mantenida por la DGRN —a la que haremos alusión con posterioridad— y al criterio defendido por el propio Tribunal Constitucional (16). No obstante, dicho Tribunal en la sentencia 184/05, de 4 de julio, ha desestimado el recurso de amparo interpuesto por unos copropietarios de

(15) Para ser designado Presidente es necesario ser propietario y que dicha condición se pueda acreditar por algún título aun cuando no se ostente la condición de titular registral. Asimismo, no resulta posible que el Presidente delegue en un tercero, aunque sea un familiar, sin perjuicio de que pueda ser Presidente el tutor o quien tenga la patria potestad de un menor (cfr. *Revista Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 234, marzo de 2003, pág. 65).

La sustitución del Presidente por el Vicepresidente no alcanza al supuesto de que aquél haya dejado de ser propietario, pues en este caso lo que corresponde es convocar nueva Junta para designar a otro (*SepínNet revista. Propiedad Horizontal*, núm. 250, septiembre de 2004, pág. 65).

(16) El TC en la sentencia 247/1993, de 19 de julio, desestimó un recurso de amparo interpuesto contra un auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza que declaraba de oficio la nulidad de las resoluciones y actuaciones judiciales por las que se había acordado el embargo de los bienes de un comunero a consecuencia de una sentencia de remate recaída contra una comunidad en régimen de propiedad horizontal. El TC consideró que el auto de la Audiencia Provincial no alteraba ningún aspecto de la sentencia de remate ni modificaba su fallo, ya que sólo se limitaba a establecer su alcance y efectividad en relación a uno de los comuneros, en una interpretación coherente y razonable, en modo alguno arbitraria e irracional en los términos en los que se expresa el propio fallo, que ninguna referencia contenía a la responsabilidad de los bienes de los comuneros, limitándose a condenar a la comunidad de propietarios.

una comunidad de propietarios cuyos bienes fueron embargados en una ejecución dirigida contra la comunidad, si bien en este caso la desestimación del amparo se ha debido a las particulares circunstancias concurrentes en este supuesto, pues aun cuando los recurrentes no fueron llamados de forma directa y personal al proceso en que se dictó la sentencia que se pretendía ejecutar, tuvieron conocimiento de la existencia del mismo y de su concreto objeto, marginándose voluntariamente del juicio, aduciendo que la demandada era la comunidad de propietarios, para luego alegar en fase de ejecución que dicha comunidad no existía.

En esta tesitura, y vedando el artículo 544.2 de la LEC la posibilidad de dirigir la ejecución frente a quien actúe ante terceros en nombre de la comunidad, es decir, frente a su Presidente, *a fortiori* ha de entenderse que tampoco procede el embargo de bienes privativos de los comuneros cuando siendo el título ejecutivo de naturaleza extrajudicial tan sólo aparezca como responsable la comunidad o cuando, siendo el título de carácter judicial, los copropietarios no hayan sido parte en el juicio declarativo previo, pues aunque la actuación del Presidente lleva implícita la de todos los copropietarios se ha de considerar a éstos como un todo y no individualmente, ya que las comunidades en régimen de propiedad horizontal ostentan *per se* capacidad procesal que se actúa en juicio por medio de su Presidente. De hecho, ha sido objeto de crítica (17) que dicho órgano que en principio está concebido para facilitar y hacer operativas las relaciones de la comunidad, se convierta en un elemento perturbador para el ejercicio de los derechos de un tercero al actuar en representación de la comunidad pero no de los comuneros.

En suma, aunque son los copropietarios quienes dotan a la comunidad de los fondos necesarios para su mantenimiento, si estos resultaren insuficientes para afrontar las obligaciones frente a terceros, no por ello los acreedores podrán dirigirse ejecutivamente contra los comuneros con el argumento de que son los verdaderos deudores, por lo que no podrán embargar sus bienes propios, ni siquiera con carácter subsidiario, y ello aun cuando los mismos formen parte del propio régimen de propiedad horizontal (pisos o locales), pues no existe afección legal alguna de los mismos para responder de las deudas de la comunidad.

a) *Mecanismos de defensa de los comuneros*

En el caso de que llegaren a embargarse bienes propios de los copropietarios a causa de deudas comunitarias, los perjudicados podrán interesar el

(17) Cfr. SALVADOR ULLÁN, L., «Aspectos en la ejecución de sentencias condenatorias en las comunidades de propietarios», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Ejecución de sentencias civiles*, Ed. CGPJ, Madrid, 1992, pág. 137.

alzamiento de la traba utilizando los mecanismos de oposición propios de las partes, por haber pasado a ostentar la cualidad de *ejecutados de facto* a causa de haberse extendido a ellos erróneamente la responsabilidad contenida en el título ejecutivo. *A sensu contrario*, en modo alguno podrá prosperar la interposición de una tercería de dominio, pues dicha tercería tan sólo tendría razón de ser si se hubieran embargado bienes de los comuneros creyendo erróneamente que pertenecían a la comunidad de propietarios (18), pero no si la *ratio* de la traba se debe a haberse estimado que los mismos se hallan afectos al pago de la deuda.

En estos supuestos consideramos que los propietarios de los bienes embargados podrán recurrir en reposición contra la resolución que acuerde el embargo y, si este recurso fuere desestimado, no vemos inconveniente alguno en que puedan interponer recurso de apelación amparándose en los artículos 562 y 563 de la LEC; pues, por un lado, el embargo de sus bienes supone una infracción de un precepto legal (el art. 544.2) y, por otro lado, es un acto que vulnera el contenido del título ejecutivo, pues si en la sentencia tan sólo figura como condenada la comunidad de propietarios, el embargo de bienes propios de los comuneros conlleva una extralimitación subjetiva del título, por lo que los perjudicados podrán servirse de los medios de impugnación establecidos en dichos preceptos, los cuales en tanto *lex specialis* resultarán de aplicación preferente.

Por consiguiente, si el embargo se ha decretado en el auto despachando ejecución o en una providencia de mejora de embargo, no será de aplicación el régimen de irrecurribilidad previsto en los artículos 551.2 y 612 de la LEC para dichas resoluciones ni tampoco será aplicable el artículo 454 de la LEC que prohíbe el ulterior recurso contra el auto que resuelve la reposición, pues dichas normas en tanto *lex generalis* deben ceder ante lo dispuesto con carácter específico en los artículos 562 y 563 de la LEC para la impugnación de infracciones de normas legales o de actos contradictorios con el título ejecutivo respectivamente.

Por lo demás, si la traba se hubiera practicado en un acta de embargo por la Comisión Judicial o por el correspondiente Servicio Común, no habiendo resolución contra la que recurrir, se podrá denunciar dicha infracción por medio de un escrito dirigido al Juzgado. No obstante, en el caso menos

(18) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La tercería de dominio*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1980, pág. 218 y sigs.

SOLCHAGA LOITEGUI, J., *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 285.

ARIAS LOZANO, D., *El recurso de casación en ejecución de sentencia civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, pág. 84.

ACHÓN BRUNÉN, M. J., *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 195 y sigs.

frecuente de que no sólo se hayan embargado bienes propios de los comuneros sino que se haya despachado ejecución contra ellos por deudas de la comunidad podrán oponerse por defectos procesales alegando su falta de legitimación (art. 559.1.1.º de la LEC).

De todos modos, y sin perjuicio de lo antedicho, en la práctica forense y por aplicación del artículo 38.3 de la LH, no siempre va a ser necesaria una actuación procesal de los copropietarios para lograr el alzamiento del embargo sobre sus respectivos pisos o locales. De hecho, la propia DGRN (19), aun con anterioridad a la vigencia del artículo 544.2 de la LEC, ha venido denegando sistemáticamente la práctica de la oportuna anotación preventiva de embargo sobre los pisos o locales de los comuneros por deudas de la comunidad con el argumento de que la traba no es consecuencia de una obligación que personalmente pueda exigirse al titular registral, sino de una obligación que tiene la comunidad de propietarios de la que forma parte, por lo que si los copropietarios no han intervenido como parte en las actuaciones judiciales que dieron lugar a la traba sino a través de los órganos colectivos, no procede la anotación preventiva de embargo sobre sus bienes privativos, pues para ello sería necesario que su intervención como parte en el proceso constara en el mandamiento enviado al Registrador. El principio de tracto sucesivo exige para inscribir cualquier acto, bien que éste sea otorgado por el titular registral, bien que sea dictado por la autoridad en el correspondiente juicio o expediente en el que haya tenido intervención personal y directa el titular registral —y en los casos procedentes el cónyuge— impidiéndose que sufra en el Registro las consecuencias de una indefensión procesal (20).

(19) RRDGRN de 27 de junio de 1986 (RAJ 3845), 30 de junio de 1986 (RAJ 3846), 7 de julio de 1986 (RAJ 4928), 5 de septiembre de 1988 (RAJ 6998), 5 de febrero de 1992 (RAJ 1526), 24 de agosto de 1993 (RAJ 7123), 7 de abril de 2000 (RAJ 2498).

(20) «La resolución de la cuestión que se plantea en este recurso debe tener en cuenta intereses encontrados. De una parte, parece que cualquier sentencia de condena dictada contra la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal y en procedimiento en el que esta comunidad haya estado representada debe poder ser efectiva, como obligación común, sobre los distintos pisos o locales, sin necesidad de que el acreedor de la comunidad haya entablado su acción de reclamación frente a todos y cada uno de los dueños. De otra, el derecho a la tutela judicial parece exigir que una sentencia dictada en procedimiento que no haya sido seguido personalmente contra el que es titular del *derecho singular y exclusivo de propiedad* sobre cada apartamento o local no pueda hacerse efectiva directamente en bienes que pertenecen exclusivamente a su esfera privativa y en la que ningún poder de disposición tienen los órganos colectivos que representaron a la comunidad en el pleito» (RDGRN de 24 de agosto de 1993, RAJ 7123 y de 7 de abril de 2000, RAJ 2498).

3. INALIENABILIDAD DE LOS ELEMENTOS COMUNES

El régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la inseparabilidad entre el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre la parte privativa y la cotitularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes (21), de modo que no es posible ostentar la cualidad de comunero sin ser propietario individual, pues la copropiedad se basa en dos premisas: titularidad privada y elementos comunes, por lo que si sólo existieran estos últimos igualmente podría haber cuota pero la comunidad no estaría sujeta a la ley de propiedad horizontal (22).

La esencia de este tipo de copropiedad radica en la indivisibilidad e inseparabilidad de los elementos comunes, no procediendo la enajenación de estos últimos sino junto con la parte privativa de la que son anejo inseparable, por lo que resulta inviable que los elementos comunes sean enajenados o gravados por separado.

En consecuencia, y dado que los elementos comunes se encuentran sustraídos del tráfico jurídico por su carácter de inalienables (art. 396.2 del CC) (23), tampoco pueden ser objeto de embargo de manera autónoma e independiente, ya que si un tercero los adquiriera en la enajenación forzosa podría causar un grave trastorno a la comunidad en tanto que los elementos comunes son, por definición, aquellos que se encuentran afectos al adecuado uso y disfrute de los pisos o locales, sin perjuicio de que no todos lo sean en la misma medida, pues hay elementos comunes por naturaleza o esenciales y elementos accidentales o por destino, pudiendo incluso existir elementos comunes de utilización privativa (24).

(21) Son elementos comunes aquellas partes del edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal que siendo necesarios para el adecuado uso y disfrute de los diversos pisos y locales del mismo, pertenecen, en proporción a sus respectivas cuotas, a todos los propietarios de dichos elementos privativos, siendo inseparables de ellos a la vez que no susceptibles de división (cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M., *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, 3.ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1993, pág. 350).

(22) «Los elementos comunes en la propiedad horizontal», en *Revista Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 242, diciembre de 2003, pág. 20.

(23) Artículo 396.2 del Código Civil: «Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable».

(24) La determinación de elemento común o privativo en principio debe estar fijada en el título ejecutivo, sin perjuicio de que en caso de duda haya que comprobar la superficie de los pisos y locales, pues pueden existir elementos comunes de uso privativo (v.gr., terraza del ático), de cuya conservación habrá de responder la comunidad salvo que el deterioro sea consecuencia de una utilización negligente por el propietario beneficiado o que el problema provenga de los materiales de superficie (cfr. «Elementos comunes de utilización privativa», en *Revista Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 234, marzo de 2003, págs. 19 a 21).

Ab initio, y con independencia de su distinto carácter, se ha de defender que a tenor de lo previsto en el artículo 605 de la LEC, los elementos comunes de las comunidades en régimen de propiedad horizontal, en tanto elementos inalienables son, en todo caso, bienes absolutamente inembargables, pues aun teniendo carácter patrimonial propio son accesorios o dependientes de otros, de manera que no pueden ser objeto de transmisión independiente sino junto con los elementos privativos.

El embargo de un ascensor o de una piscina no es teóricamente posible, si bien en la práctica forense no faltan supuestos en que se procede a su traba y de hecho hemos podido encontrar alguna sentencia en que, para extrañeza nuestra, ni siquiera se pone en tela de juicio su posible embargabilidad sino que se discuten cuestiones que dan por hecho la misma (valga como ejemplo la STS de 29 de junio de 1995, RAJ 6761, referente a una tercería de dominio interpuesta para alzar el embargo de un ascensor).

Lo cierto es que en la práctica forense pueden encontrarse irregularidades de este tipo que, por paradójico que resulte, incluso consiguen alcanzar el fin perseguido, logrando que la comunidad abone la cantidad reclamada ante un infundado temor de que pueda paralizarse el servicio de ascensor o de que se retire el aparato, por lo que a nuestro juicio, y dada la efectividad de dicha medida, podría resultar conveniente *de lege ferenda* que el legislador se replantea la posible embargabilidad de ciertos elementos comunes de las comunidades de propietarios, esto es, de los accidentales o por destino, pues dicha previsión legislativa podría constituir un importante instrumento de presión a favor de los acreedores de estas comunidades que con la legislación actual no es atrevido afirmar que se encuentran en una situación de desamparo.

No obstante, y sin perjuicio de lo antedicho, *de lege data* no sólo el artículo 396.2 del Código Civil veda dicha posibilidad sino que en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 de la LEC el embargo de tales bienes es nulo de pleno derecho, al ser contrario a normas imperativas y recaer sobre bienes que se encuentran fuera del tráfico jurídico.

Por consiguiente, cuando dicha eventualidad sea apreciada por el Juez habrá de declarar la nulidad del embargo, previa audiencia de las partes, a tenor de lo dispuesto con carácter general en los artículos 227.2 de la LEC y 240.2 de la LOPJ. No obstante, la comunidad ejecutada o, si ésta no lo hiciera, cualquier comunero —aun cuando no sea parte en el procedimiento— podrán poner en conocimiento del órgano judicial dicha circunstancia, incluso por una *mera comparecencia*, y éste deberá atender sus pretensiones en coherencia con el régimen propio de la nulidad absoluta cuya apreciación no requiere instancia formal de parte sino simple conocimiento del órgano judicial.

De todos modos, si el embargo se hubiera realizado por la Comisión Judicial o por el correspondiente Servicio Común, no vemos inconveniente alguno en que se pueda alegar la inembargabilidad en la propia diligencia de

embargo, sin perjuicio de que si el ejecutado estuviere personado resulte más oportuno que presente un escrito alegando dicha infracción legal (art. 562.1 3.º de la LEC).

Por lo demás, en el caso de que el embargo se hubiera decretado en una resolución judicial, se podrá interponer *recurso de reposición* contra la misma, pues aunque en principio el auto despachando ejecución o una providencia de mejora de embargo son irrecurribles a tenor de lo establecido en los artículos 551.2 y 612.1 *in fine* de la LEC, dichos preceptos —tal y como hemos comentado *supra*— constituyen *lex generalis* cuyo contenido debe ceder ante lo dispuesto con carácter específico en el artículo 562 que permite recurrir las resoluciones que infrinjan normas legales en el curso de la ejecución. Contra la resolución que dicte el Juez resolviendo sobre este particular, no resulta pacífico si procede *recurso de apelación*, pues el apartado 2.º del artículo 562.1 tan sólo lo permite cuando la ley lo disponga expresamente y en este caso no se establece nada al respecto, si bien, por razones de justicia, debería admitirse cuando el recurso de reposición fuera desestimado en aras de no causar indefensión al ejecutado (25).

El *dies ad quem* para hacer valer esta nulidad, que se puede denunciar por una simple comparecencia, no se encuentra previsto expresamente por la ley, aunque resulta conveniente que se alegue con anterioridad a la enajenación forzosa del bien embargado, sin perjuicio de que el adquirente no se pueda amparar en la protección que el derecho dispensa a los terceros de buena fe en tanto que el vicio de nulidad afecta a su propio título de adquisición y no al de su transmitente.

II. MODOS DE HACER EFECTIVA UNA EJECUCIÓN DIRIGIDA CONTRA UNA COMUNIDAD EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Las dificultades antedichas y la insatisfactoria regulación de esta materia, no debe convertirse en un obstáculo para que los acreedores de las comunidades en régimen de propiedad horizontal logren la plena efectividad de su derecho reconocido en un título ejecutivo.

(25) Cfr. VEGAS TORRES, J., «Comentario al artículo 609», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 1064. En opinión de este autor, el ejecutado sólo podrá recurrir en reposición al no estar previsto por la ley la interposición en este caso de recurso de apelación.

En sentido contrario se pronuncia: CACHÓN CADENAS, J. M., «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, T. III, 2001, págs. 352, 353. Este profesor considera que debería admitirse la interposición de un recurso de apelación tras la reposición aun cuando reconoce que no viene expresamente previsto en la ley.

La función de la jurisdicción no sólo se circunscribe a «decir el derecho» sino que también ha de actuar una situación jurídica, es decir, ha de obtener la conformidad de lo que es con lo que, según el derecho, debe ser (26); por consiguiente, y en aras de que las ejecuciones contra las comunidades de propietarios devengan realmente efectivas, vamos a analizar en líneas posteriores los mecanismos que pueden resultar más eficaces para que el acreedor de estas comunidades consiga la completa satisfacción de sus pretensiones.

1. LOCALIZACIÓN DE BIENES EMBARGABLES DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS

El hecho de que los elementos comunes de las comunidades en régimen de propiedad horizontal resulten inembargables, no empece para que existan otros bienes o derechos de su titularidad que puedan ser objeto de embargo aunque el conocimiento de su existencia pueda exigir una cierta labor de investigación.

Ab initio, recae sobre el ejecutante la carga de averiguar bienes y derechos embargables de la comunidad ejecutada, si bien en esta ardua tarea se encuentra coadyuvado por el órgano judicial, el cual va a poner a su disposición su propio *imperium*, ya que el deber de colaboración en la ejecución de lo resuelto establecido en el artículo 118 de la CE y de manera más específica en el artículo 17.1 de la LOPJ, también vincula a los propios órganos judiciales que han de actuar en cuanto medios instrumentales para dar efectividad a las sentencias firmes (27). De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha declarado contrario al artículo 24 de la CE la negativa judicial de librar oficios en búsqueda de información sobre el patrimonio del ejecutado (28).

A estos efectos, tanto la LPL como la LEC contemplan mecanismos de averiguación de bienes y derechos embargables, los cuales se proyectan en un doble sentido: la colaboración del deudor y la de terceros ajenos a la ejecución.

(26) Cfr. CARNELUTTI, F., *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Traducción de Jaime Guasp. Ed. Bosch, Barcelona, 1942, pág. 159.

(27) STC de 18/1997, de 10 de febrero.

(28) STC de 79/1996, de 20 de mayo: «En efecto, de las actuaciones remitidas por el órgano de instancia y del contenido de los distintos escritos alegatorios presentados por el recurrente y por el Ministerio Fiscal, resulta evidente que en el presente caso el órgano judicial de instancia al denegar las solicitudes que ante la infructuosidad de la diligencia de embargo y la situación de insolvencia declarada por el propio ejecutado, se limitaban a instar del órgano judicial el libramiento de diversos oficios que habfan de dirigirse a la correspondiente Delegación de Hacienda y a determinadas entidades financieras, con el fin de que la primera remitiera la declaración de la renta presentada por el deudor ejecutado y las segundas informaran sobre el estado de las cuentas corrientes o depósitos que dicho deudor pudiera tener abiertas en las mismas, ha enervado la ejecución de su propio requerimiento de apremio y, por consiguiente, ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución».

a) *Requerimiento de manifestación de bienes a la comunidad ejecutada*

La Ley de Procedimiento Laboral ha sido la pionera en incorporar en nuestro ordenamiento procesal el requerimiento de manifestación de bienes, actualmente regulado en su artículo 247, y que asimismo ha tenido su reflejo en el artículo 589 de la vigente LEC, dándose así cumplimiento a las viejas expectativas de la doctrina (29) que venía clamando desde antaño por la introducción del «juramento de manifestación» como un deber del ejecutado.

La regulación del requerimiento de manifestación de bienes en los artículos 247 de la LPL y 589 de la LEC aunque pareja no es idéntica en ambos preceptos; así, tan sólo el primero establece expresamente a quien incumbe la obligación de manifestar bienes y derechos embargables cuando los requeridos sean personas jurídicas, comunidades de bienes o grupos sin personalidad, estableciendo para este último caso que se realizará «a quienes aparezcan como sus organizadores, directores o gestores», por lo que en el caso que nos ocupa y partiendo de la base de que el Presidente de la comunidad de propietarios es quien la representa en juicio y fuera de él en los asuntos que le afectan (art. 13.3 de la LPH), ha de entenderse que dicho requerimiento se deberá practicar por medio del mismo, sin perjuicio de que a nuestro juicio —y aunque no sea un criterio unánimemente aceptado (30)— si la comunidad de propietarios estuviere personada en el procedimiento por medio de Procurador, dicho requerimiento podrá verificarse por medio de dicho profesional, ya que no siendo subsumible el presente caso en el artículo 28.4 de la LEC (31), consideramos aplicable la regla general del artículo 153 de dicho texto legal en donde se establece que el Procurador firmará los requerimientos de todas clases que deban hacerse a sus poderdantes incluso los que

(29) Cfr. MONTERO AROCA, J., «Perfeccionamiento del sistema de ejecución singular», en *X Reunión de profesores de Derecho Procesal de universidades españolas. El sistema de recursos perfeccionamiento del Derecho de ejecución singular*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1977, pág. 73.

(30) Cfr. BERROCAL JAIME, A., «Las medidas para la localización de bienes en el proceso de ejecución», en *SeptinNet Revista Enjuiciamiento Civil*, núm. 38, febrero de 2004, pág. 23. En opinión de este autor, el requerimiento de manifestación de bienes no puede realizarse por medio de Procurador, dado que requiere la intervención personal del ejecutado.

Por nuestra parte, no compartimos dicha opinión, máxime teniendo en cuenta que al deudor se le confiere un plazo para que proceda a evacuar dicho requerimiento, por lo que no existe inconveniente alguno en que sea su Procurador quien le dé cuenta de dicha obligación, pudiendo también el ejecutado cumplir dicho requerimiento presentando un escrito por medio de su Procurador.

(31) Artículo 28.4 de la LEC: «Se exceptúan de lo establecido en los apartados anteriores (en donde se hace referencia a la recepción por el Procurador de los actos de comunicación) los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona».

tengan por objeto alguna actuación que éste deba realizar personalmente. En estos casos habrá de reputarse válido el apoderamiento efectuado a favor de un Procurador por un determinado Presidente aun cuando la persona física de éste haya cambiado ulteriormente (32).

En cuanto al contenido del requerimiento, éste se contraerá a la obligación de realizar *manifestación de bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la obligación*, si bien su contenido no coincide propiamente en el caso de que nos hallemos en una ejecución civil que laboral, pues aunque en el caso que nos ocupa esta última resulte menos habitual, nada exime a una comunidad de propietarios de encontrarse involucrada en un procedimiento ante la jurisdicción social a causa, por ejemplo, de su situación de empresario frente al conserje o portero.

En este caso el artículo 247 de la LPL reputa necesario que en la manifestación de bienes se concreten las *personas que ostenten derechos de cualquier naturaleza sobre los mismos y, de estar sujetos a otro proceso, los extremos de éste que pueden interesar a la ejecución, así como, si están gravados con cargas reales, el importe del crédito garantizado y, en su caso, la parte pendiente de pago*. Sin embargo, el artículo 589 de la LEC, en diferentes términos, exige la expresión de las *cargas y gravámenes y, en el caso de inmuebles, preceptúa la necesidad de hacer constar si están ocupados, por qué personas y con qué título*. Además, este último precepto establece como consecuencia desfavorable del incumplimiento por parte del ejecutado la imposición de multas coercitivas y la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal, cuando menos por desobediencia grave, sanciones que son obviadas por la legislación laboral aunque la imposición de multas coercitivas pudiera entenderse operante por aplicación del artículo 239 de la LPL que, en aras de obtener el cumplimiento de las obligaciones impuestas en una resolución judicial, prevé dicha posibilidad con carácter general (33).

La imposición de dichas sanciones merece una especial reflexión, habida cuenta el elenco de problemas que en la praxis se suscitan que incluso vienen a agravarse en el caso de que la parte ejecutada sea una comunidad en régimen de propiedad horizontal.

Así, en primer lugar, si el requerimiento se efectúa con el Presidente de la comunidad, procede plantearse si las sanciones por incumplimiento debe-

(32) SSTS de 16 de julio de 1990 (RAJ 5882), 19 de noviembre de 1993 (RAJ 9154), 8 de julio de 2003 (RAJ 4612).

(33) Cfr. BARRIO CALLE, M. A., «La ejecución forzosa de condenas dinerarias: incidencia de la LEC 2000 en la Ley de Procedimiento Laboral», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, II, 2001, pág. 156.

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., «La ejecución dineraria laboral tras la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», en *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, núm. 68. Cuarto Trimestre de 2002, pág. 232.

rán imponerse a éste o a la comunidad, pues, en puridad, quien está infringiendo el deber de colaboración no es propiamente dicha entidad sin personalidad sino la persona física que la representa. Además, en caso de incurrir en el tipo penal de desobediencia grave, el artículo 556 del Código Penal castiga dicho delito con prisión, sanción que difícilmente podrá ser cumplida por una comunidad de propietarios. No obstante, el legislador ha obviado esta serie de consideraciones, haciendo recaer en todo caso dichas sanciones *en el ejecutado*, siendo que a nuestro juicio hubiere sido más coherente y eficaz su imposición *al responsable directo de dicho incumplimiento* de modo análogo a lo establecido en la LJCA para el caso de falta de remisión del expediente administrativo al órgano judicial en el plazo concedido al efecto, pues en este supuesto el artículo 48 de dicho texto legal prevé la imposición de una multa que no recae propiamente en la Administración demandada sino en la autoridad o empleado responsable del incumplimiento. De todos modos, en caso de que el Presidente no atienda el requerimiento de manifestación de bienes y ello suponga la imposición de una multa a la comunidad, cabe plantearse la posibilidad de que el resto de copropietarios le exija responsabilidad por haber causado un daño a los intereses generales, aunque en modo alguno prosperará la citada reclamación cuando los demás comuneros tampoco se hubieran mostrado proclives a satisfacer las pretensiones del ejecutante.

Asimismo, y en segundo lugar, huelga decir que la ley resulta imprecisa en cuanto a las sanciones a imponer.

Por un lado, en cuando a las multas coercitivas, omite establecer unos parámetros máximo y mínimo (34), lo que sería deseable en aras de evitar que en supuestos análogos existan notables divergencias en la cuantía de dichas multas en función del órgano judicial que esté tramitando el procedimiento, problema que especialmente se plantea en el orden civil, pues en el ámbito laboral el artículo 239 de la LPL al menos señala que la cuantía de la multa no podrá superar por día de atraso la prevista para las multas en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas.

Por lo demás, los criterios establecidos por el artículo 589.3 de la LEC para la fijación del importe de las multas (*cantidad por la que se haya despachado ejecución, resistencia a la presentación de la relación de bienes y la capacidad económica del ejecutado*) y en el artículo 239 de la LPL (*finalidad, resistencia al cumplimiento y capacidad económica del requerido*), no siempre resultan de fácil ponderación, constituyendo conceptos jurídicos indeterminados subordi-

(34) Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «Notas sobre la regulación del embargo en el Anteproyecto de LEC», en *Presente y futuro del proceso civil*. AA.VV., dirigido por PICÓ I JUNOY, Barcelona, 1998, pág. 514, y en «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 340.

JIMENO BULNES, M., «Aspectos generales de la ejecución forzosa: aportaciones del nuevo Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *La Ley*, T. I, 1999, pág. 1740.

nados a la subjetividad del juzgador. De hecho, respecto a la capacidad económica de la comunidad ejecutada, procede cuestionarse si deberá tenerse en cuenta la posible suntuosidad de sus elementos comunes o, en tanto que dichos elementos resultan inalienables, deberá atenderse únicamente a su activo embargable, lo que tampoco será de fácil conocimiento, dado que si se efectuó el requerimiento de manifestación de bienes fue precisamente para averiguarlo.

Por otro lado, y en lo que respecta a las sanciones penales, se ha criticado (35) su expresa mención en el artículo 589 de la LEC, ya que las mismas deben ser la *última ratio* y desterrada la prisión por deudas como una de las más importantes conquistas de la civilización, no puede pretenderse su implantación por cauces más o menos velados. Además, la previsión de la responsabilidad penal del ejecutado «cuando menos por desobediencia grave», suscita la cuestión de si podrán aplicarse otros tipos penales como el delito de estafa del artículo 248 del Código Penal o incluso el tipo especial del artículo 251, pronunciándose en este sentido algún autor (36).

Asimismo, el artículo 589 tampoco prevé si las multas coercitivas se deberán ingresar en el Erario Público o si su importe se cobrará por el ejecutante, si bien en aras de que no se produzca un enriquecimiento injusto de éste, lo más oportuno es entender que las mismas serán transferidas al Tesoro Público, ya que su origen no deriva de la relación obligacional que une al acreedor y a la comunidad deudora, sino que su causa radica en el incumplimiento por la parte ejecutada de un requerimiento judicial, siendo además dicha tesis la que se deduce de una interpretación analógica de lo dispuesto en los artículos 711.2 de la LEC y 239 de la LPL. No obstante, esta solución suscita a su vez la cuestión de si la exacción de la multa tendrá carácter preferente al crédito del ejecutante o si en todo caso éste cobrará en primer lugar, no existiendo unanimidad doctrinal al respecto, pues mientras hay quien opina que por razones de justicia el ejecutante debe gozar de preferen-

(35) Cfr. HERNÁNDEZ MARTÍN, T., «Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*. AA.VV., dirigidos por FONT SERRA. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 180, 181.

No obstante, hay quien interpreta el adverbio «también» utilizado en el artículo 589.3 referido a las multas coercitivas, en el sentido de que la imposición de dichas multas debe proceder de forma simultánea al inicio de la vía penal: cfr. BERROCAL JAIME, A., «Las medidas para la localización de bienes en el proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 26.

Por nuestra parte, no compartimos dicha interpretación, ya que estimamos que la vía penal procederá en caso de desobediencia reiterada y una vez intentado el cumplimiento mediante la imposición de las correspondientes multas coercitivas.

(36) Cfr. ALMENAR BELENGUER, M., «La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes. Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo», en *Estudios de Derecho Judicial*, 31, Ed. CGPJ, Madrid, 2000, págs. 234, 235, y en «La ejecución dineraria y la vía de apremio». Ponentes: ANTÓN GARIJO, J. I. y ALMENAR BELENGUER, M. Coordinador: SANCHO GARGALLO, I., *1 Jornadas sobre la ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*. Conclusiones, Madrid, abril de 2001, pág. 385.

cia, quedando supeditada la multa a la previa y completa satisfacción del crédito del ejecutante, así como al pago de los intereses y las costas de la ejecución (37), desde otro punto de vista se mantiene que la Hacienda Pública goza de prelación para el cobro del importe de la multa impuesta (38). En nuestra opinión, en el caso de que el patrimonio del ejecutado no sea suficiente para hacer frente a la cantidad reclamada por el ejecutante y a la multa impuesta por el órgano judicial (lo que será habitual cuando la parte ejecutada sea una comunidad de propietarios), resulta preferible que previamente se proceda al pago de lo debido al ejecutante, pues si en primer lugar se destinan los bienes del ejecutado al pago de la multa, el ejecutante resultará perjudicado por partida doble: por un lado, por no haber obtenido una información fidedigna del deudor en relación a los bienes de su propiedad y, en segundo lugar, por tener que supeditar el cobro de su crédito al pago de otra obligación que no sólo ha surgido con posterioridad a dicho crédito sino que, paradójicamente, ha nacido como consecuencia del mismo. Si la *voluntas legislatoris* al prever el requerimiento de manifestación de bienes ha sido coadyuvar al ejecutante en la localización de bienes embargables, no se puede entender que la multa impuesta al ejecutado por desobedecer dicho requerimiento goce de preferencia sobre el crédito del actor, pues se estaría consiguiendo justamente el efecto contrario, es decir, lejos de ayudar al ejecutante, perjudicarlo. Asimismo, consideramos que la multa impuesta al deudor debe pagarse en último lugar por analogía con lo que dispone el artículo 126 del Código Penal para la imputación de los pagos del penado o responsable civil subsidiario (39). De hecho, algún autor (40) opina que si se consignara el cobro de la multa coercitiva previamente al pago de la obligación objeto de la ejecución principal, en virtud de lo previsto en el artículo 589.3 *in fine* de la LEC, podría condonarse dicha multa acordando la inmediata traba de la referida cantidad para su entrega al ejecutante.

Finalmente, procede reseñar que existe una absoluta orfandad legal respecto del procedimiento para la imposición de dichas multas aunque es obvio que para evitar indefensión resultará lógico oír previamente a la comunidad

(37) Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», *op. cit.*, pág. 340.

(38) Cfr. ALMENAR BELENGUER, M., «La ejecución dineraria: disposiciones generales. El requerimiento de pago. El embargo de bienes. Requisitos y efectos. El aseguramiento del embargo», *op. cit.*, págs. 237, 238, y en «La ejecución dineraria y la vía de apremio». Ponentes: ANTÓN GARIJO, J. I. y ALMENAR BELENGUER, M. Coordinador: SANCHO GARGALLO, I., *op. cit.*, págs. 386, 387.

(39) Cfr. ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «La localización de bienes embargables del ejecutado», en *La Ley*, T. VII, 2002, pág. 1665.

(40) Cfr. SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., «El embargo y los terceros ocupantes», en *La ejecución provisional, la ejecución de títulos extrajudiciales y la ejecución de sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 158.

ejecutada, sin que a ello sea óbice que no esté personada en las actuaciones, no pudiendo condicionarse dicha audiencia a que se persone en legal forma.

La ley también silencia el procedimiento para sustanciar dicha audiencia aunque parte de la doctrina (41) entiende que deberá seguirse el trámite de los incidentes celebrándose una comparecencia en la que se oirá a ambas partes que podrán alegar y probar lo que a su derecho convenga.

No obstante, a nuestro juicio, teniendo en cuenta que raramente se practicará actividad probatoria, consideramos suficiente con que el ejecutado esgrima sus alegaciones por escrito, decidiendo finalmente el órgano judicial sobre la imposición de la multa por medio de providencia, la cual servirá como título ejecutivo para su exacción por la vía de apremio, iniciándose un nuevo proceso de ejecución que deberá sustanciarse en pieza separada al no coincidir la parte ejecutante con la de la ejecución principal (dado que la multa deberá ingresarse en el Tesoro Público), por lo que tampoco reputamos necesario que dicho procedimiento principie por demanda, pues aunque ello suponga una excepción al artículo 549 de la LEC hay que tener en cuenta que la demanda es un acto de parte y en este caso el procedimiento se instará de oficio.

Por lo demás, en tanto que la exacción de la multa se sigue en un proceso de ejecución independiente, que se funda en otro título ejecutivo, procede entender que en caso de que la ejecución principal tuviera el carácter de provisional, si la sentencia ejecutada fuera revocada la multa no ha de verse afectada por la revocación puesto que se debió a una desobediencia del deudor (42).

La verdad es que habida cuenta los problemas que en la praxis suscita la sustanciación de este *sui generis* proceso de ejecución que tiene como objeto el cobro de la multa coercitiva y que discurre paralelamente a la ejecución principal, a nuestro juicio no resulta pesimista vaticinar que con el tiempo los apremios coercitivos quedarán relegados a una mera fórmula de estilo.

(41) Cfr. BERROCAL JAIME, A., «Las medidas para la localización de bienes en el proceso de ejecución», *op. cit.*, pág. 26.

RÍOS SALMERÓN, B., «Obligaciones de hacer: las multas coercitivas (análisis del art. 239 de la LPL)», en *Puntos críticos en ejecución de sentencias. recurribilidad de las resoluciones judiciales: Especial Referencia a la suplicación*, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 335.

(42) Cfr. CATALÁ COMAS, Ch., *Ejecución de sentencias de hacer y no hacer*, Ed. J. M. Bosch, 1998, pág. 418.

ALONSO RODRÍGUEZ, M. A., «Ejecución provisional de la sentencia. Efectos de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente», en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales, II. Ejecución de sentencias civiles. Garantías procesales de los derechos fundamentales en el Orden Penal. XX años de la Constitución de 1978: su influencia en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal Español*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999, págs. 277, 278.

b) *Colaboración de terceros en la investigación de bienes*

Otro de los mecanismos de averiguación de bienes y derechos embargables de las comunidades en régimen de propiedad horizontal es el requerimiento de colaboración a terceros, entendiéndose como tales no sólo a organismos públicos, entidades financieras o similares sino también a los propios copropietarios de la comunidad, al Administrador e incluso a su Presidente, los cuales, a menos que figuren como deudores en el título ejecutivo, ostentan el carácter de terceros en el proceso de ejecución, ya que la ley tampoco autoriza una extensión de la responsabilidad respecto a los mismos, por lo que no se pueden subsumir en el concepto de parte que predica el artículo 538 de la LEC.

No obstante, su vinculación con la comunidad les permite disponer de una información fidedigna acerca de sus bienes y derechos, por lo que el requerimiento a los mismos puede resultar mucho más eficaz que la petición de manifestación de bienes a la parte ejecutada, ya que los efectos negativos del incumplimiento recaen directamente sobre ellos, pudiendo ver comprometido su propio patrimonio a causa de la multa que pudiere imponérselos. Así, si el Presidente es requerido como representante de la comunidad para que manifieste bienes embargables, en caso de incumplir el requerimiento la multa recaerá sobre la comunidad ejecutada, mientras que si es requerido *nomine proprio* para que colabore con el órgano judicial en la localización de bienes, la multa afectará directamente a su patrimonio, siendo éste un genuino supuesto en que la ejecución despachada contra una comunidad en régimen de propiedad horizontal puede afectar al patrimonio de sus comuneros, al poder iniciarse contra ellos la vía de apremio si no satisficieran la multa impuesta, sin perjuicio de que esta ejecución tenga su origen en un título ejecutivo distinto del que ha servido de base a la ejecución dirigida contra la comunidad, pues no resulta ocioso recordar que el título ejecutivo que legitimará al órgano judicial a reclamarles coactivamente la multa coercitiva será la providencia por la que se haya impuesto la misma.

En consecuencia, la colaboración de los terceros reviste mayores garantías de éxito para el ejecutante en aras de localizar bienes embargables aunque, en contrapartida, está sometida a mayores condicionantes, pues el artículo 590 de la LEC, a diferencia de lo prescrito en el artículo 248 de la LPL, condiciona el requerimiento a terceros a que *el ejecutante no pudiere designar bienes del ejecutado ni pudiera obtener dicha información por sí ni por medio de su Procurador*, exigencias legales que en la práctica forense tampoco constituyen un obstáculo insalvable, pues son interpretadas *lato sensu*, reputando suficiente con que el acreedor manifieste simplemente que carece de dicha información y que le resulta difícil obtenerla, flexibilización de los términos legales que incluso puede provocar un desmedido abuso por parte

de algunos ejecutantes que sobrecargan desmesuradamente a los órganos judiciales interesando el libramiento de todo tipo de despachos.

No obstante, a diferencia de lo previsto en la ejecución laboral donde el órgano judicial puede actuar de oficio (art. 248 de la LPL) (43), la interpretación del artículo 590 de la LEC no se puede forzar hasta el extremo de atribuir a los órganos judiciales civiles la potestad de actuar *motu proprio* para la investigación de bienes del deudor, pues la carga de averiguar bienes del ejecutado continúa recayendo en el acreedor, sin perjuicio de que se haya defendido la procedencia de incluir en las costas de la ejecución los desembolsos que el ejecutante efectúe para averiguar bienes del ejecutado cuando se hubieran intentado sin éxito las medidas de averiguación previstas en la Ley (44).

2. EL EMBARGO DE BIENES DE LAS COMUNIDADES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El embargo de bienes y derechos de las comunidades de propietarios reviste una importancia de primer orden en el proceso de ejecución en aras de iniciar la vía de apremio y de conseguir la plena efectividad del derecho reconocido a favor del acreedor en un título ejecutivo, por lo que una vez examinados los mecanismos de averiguación patrimonial, procede determinar los bienes y derechos que siendo titularidad de estas comunidades pueden ser objeto de embargo.

a) *Dinero o cuentas corrientes a nombre de la Comunidad*

En primer lugar, lo más sencillo será proceder a la traba del dinero que se encuentre en poder de los órganos colectivos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal o en una entidad bancaria a su nombre, si bien en este último caso conviene recordar que el embargo de depósitos y saldos bancarios es el único supuesto en que la LEC permite un embargo genérico *siempre que se determine por medio de auto una cantidad como límite máximo* (art. 588.2), previsión legal que merece una doble reflexión:

(43) Sobre este particular: cfr. MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., «La ejecución dineraria laboral tras la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000», *op. cit.*, pág. 232 y sigs.

(44) Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «Apuntes sobre la regulación del embargo en el Borrador de Anteproyecto de Enjuiciamiento Civil», en *RVDPA*, vol. 10, núm. 1, 1998, pág. 4, y en «Notas sobre la regulación del embargo en el Anteproyecto de LEC», *op. cit.*, pág. 515.

- Por una parte, del tenor de la ley no se puede deducir que sea preceptivo dictar un auto para proceder al embargo de depósitos y saldos bancarios, pues pudiendo practicarse la traba en un acta o en una providencia de mejora de embargo, lo que se reputa necesario es que exista un auto que predetermine la cantidad máxima por la que se actúa, sin que a nuestro juicio exista impedimento para que este auto sea el mismo por el que se despachó ejecución, pues a menos que ulteriormente haya disminuido la deuda (por pago parcial, estimación en parte de la oposición a la ejecución, enajenación forzosa de bienes, etc.), el auto despachando ejecución será el que, con base en el título ejecutivo, determinará de manera más precisa la cantidad exacta por la que se procede.
- Por otro lado, el embargo genérico contemplado en el párrafo segundo del artículo 588 de la LEC tampoco puede interpretarse *lato sensu*, pues no supone una *patente de corso* para acordar indiscriminadamente la traba «de saldos y depósitos en entidades de crédito», sino que al menos debe especificarse el nombre de las concretas entidades bancarias, aunque no sea necesario reseñar la numeración o datos identificativos de las cuentas (45).

b) *Embargabilidad del fondo de reserva*

El fondo de reserva constituye una novedad introducida en la LPH por la reforma de 6 de abril de 1999 [art. 9.1.f)], cuyo importe no puede ser inferior al 5 por 100 del último presupuesto ordinario, siendo su constitución una exigencia que afecta al interés general, sin perjuicio de que se exima de dicha obligación a las agrupaciones de comunidades a las que se refiere el artículo 24 de la LPH.

Dicho fondo va destinado a obras de conservación y reparación, por lo que procede cuestionarse su posible embargabilidad, ya que dichas obras son, *stricto sensu*, las que tienen por objeto el mantenimiento del edificio en las debidas condiciones estructurales de estanqueidad, habitabilidad y seguridad, así como de salubridad y ornato (46).

(45) Cfr. CACHÓN CADENAS, M. J., «La ejecución dineraria: disposiciones generales y embargo de bienes», *op. cit.*, 2001, pág. 335.

(46) Cfr. DORREGO DE CARLOS, A., y ÁLVAREZ ROSAS, B., Ed. Praxis, S. A., Barcelona, 1999, pág. 98. Para estos autores el concepto ha de interpretarse con un mínimo de rigor, debiendo excluirse los siguientes gastos: los que no resulten imputables a los elementos comunes de la finca así como los destinados a introducir nuevas instalaciones, servicios o mejoras en el inmueble tanto si no fueran exigibles como si se tratase de interés general o de infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación u otros suministros energéticos colectivos que sí resultan exigibles a todos los copropietarios.

A estos efectos, procede diferenciar los siguientes supuestos:

- Por un lado, *si el origen de la deuda de la comunidad son obras de conservación y reparación de la finca*, no cabe duda de que se puede proceder a su embargo porque si dicho fondo pudo haberse destinado de forma voluntaria al abono de ese débito, por idéntica razón podrá trabarse en la ejecución forzosa si la comunidad ha incumplido sus obligaciones.
- Por el contrario, en modo alguno podrá embargarse la cantidad que haya entregado cada comunero al fondo de reserva para *resarcir deudas propias* de éste, pues dicho fondo es propiedad de la comunidad y no de cada copropietario, por lo que el vendedor de un elemento privativo no ostenta ningún derecho a que se le devuelva la cantidad aportada al fondo y a que en su lugar se exija ese importe al comprador (47).
- Por otro lado, *cuando el débito no provenga de obras de conservación y reparación de la finca*, la cuestión se torna más complicada aunque en nuestra opinión no existe obstáculo alguno para que el fondo de reserva sea objeto de embargo, máxime teniendo en cuenta que la más autorizada doctrina (48) entiende que la finalidad de dicho fondo es cubrir cuestiones extraordinarias ajenas al presupuesto ordinario del inmueble, y ¿qué cuestión es más ajena al presupuesto ordinario que un proceso de ejecución dirigido contra la comunidad? Además, aun cuando el fondo se destine a un objeto distinto de la finalidad que, *stricto sensu*, le es propia, dicha eventualidad no producirá su desaparición, ya que para cubrir su importe habrá de realizarse una nueva derrama entre los comuneros, pues aunque bien es cierto que el incumplimiento de la obligación legal de constituir el fondo de reserva conlleva sanción alguna, cualquier comunero podrá impugnar judicialmente, con garantías de éxito, la decisión adoptada en este sentido por la Junta [art. 18.1.a) de la LPH].

El embargo del fondo de reserva constituye una importante garantía para el acreedor, dado el escaso activo embargable de las comunidades de propietarios, por lo que a nuestro juicio, *de lege ferenda* y en aras de solventar la problemática que suscita la ejecución contra este tipo de comunidades, *pudiera resultar oportuno que legalmente se previera la necesidad de constituir un*

(47) Véase: «Venta de piso o local, ¿ha de devolverse el fondo de reserva al vendedor y exigirse al comprador?», en Encuesta en *Revista Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 239, septiembre de 2003, págs. 7 y sigs.

(48) Cfr. LOSCERTALES FUERTES, D., *Propiedad horizontal. Comunidades y Urbanizaciones*, 6.^a edición, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2004, pág. 134.

fondo de reserva específico que tuviera por objeto garantizar las obligaciones en que pudieran incurrir las comunidades en régimen de propiedad horizontal o, al menos, que la LPH exigiera que un porcentaje mínimo del actual fondo de reserva estuviera destinado a dicho objeto.

La verdad es que con la normativa vigente incluso sería posible que una comunidad de propietarios acordara la creación de un fondo con esta finalidad, pues, como ha venido reconociendo la doctrina (49), resulta válido todo acuerdo de la Junta en virtud del cual se prevea la constitución de un *fondo de reserva voluntario*, además del fondo de reserva previsto expresamente por la ley. A nuestro juicio, la generalización de dicha práctica podría coadyuvar a la agilización y eficacia de los procesos de ejecución dirigidos contra este tipo de comunidades, si bien no resulta ingenuo suponer que esta medida en modo alguno tendrá relevancia práctica si no llega a positivizarse normativamente, por lo que desde estas líneas hacemos un llamamiento al legislador en este sentido.

c) *El embargo de cuotas abonadas regularmente por los comuneros*

Las cuotas futuras que deben abonar regularmente los copropietarios por gastos comunitarios [art. 9.1.e) de la LPH], también pueden ser objeto de embargo en tanto que constituyen un crédito a favor de la comunidad. A tales efectos, el ejecutante podrá interesar del Juzgado el requerimiento al Presidente o Administrador bajo apercibimiento de desobediencia para que en lo sucesivo todas las cuotas abonadas por los copropietarios se ingresen en la cuenta del Juzgado.

El embargo de todos los ingresos que la comunidad recibe de los copropietarios para el desenvolvimiento de sus actividades, nos suscita la cuestión de si no sería conveniente que, al igual que cuando se embargan salarios, se dejara libre de traba una cierta cantidad para el pago de servicios esenciales (luz, calefacción, etc.), el abono del sueldo del portero o de los honorarios del Administrador o para la realización de obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble, así como de obras de accesibilidad a favor de ciertas personas minusválidas o mayores de setenta años que habiendo sido aprobadas por la Junta incluso hayan sido ya contratadas o iniciadas y que deberán ser paralizadas en caso de embargarse los fondos de la comunidad destinados a tal fin.

(49) Cfr. FUENTES LOJO, J. V., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2004, pág. 187.

En el mismo sentido se pronuncia: *Revista Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 228, septiembre de 2002, pág. 61.

La verdad es que aunque la más autorizada doctrina (50) aboga por la absoluta embargabilidad de las cuotas abonadas por los copropietarios a la comunidad, a nuestro juicio resultaría conveniente que la ley declarara inembargable un cierto porcentaje para hacer frente a dichas necesidades inaplazables, pues si bien pudiera pensarse que siempre podrán aprobarse por la Junta nuevas derramas para sufragar dichos gastos prioritarios, hay que tener en cuenta que el importe de estas derramas también puede ser objeto de embargo hasta el momento en que la comunidad se ponga al corriente de lo que por principal, intereses y costas se le reclame judicialmente, por lo que si bien dicha medida podrá constituir un importante instrumento de presión por parte del ejecutante, en contrapartida perjudicará a ciertas personas (v.gr., minusválidos o ancianos) que por su posición minoritaria, no tendrán un peso específico dentro de la Junta para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de la comunidad, por lo que indirectamente se estará transgrediendo el artículo 10.2 de la LPH —en su redacción dada por la Ley 5/2003, de 2 de diciembre— que impone como un deber de la comunidad la realización de obras de accesibilidad a favor de estas personas si fueran solicitadas por los propietarios en cuyas viviendas vivan y siempre que su importe no exceda de tres mensualidades ordinarias de gatos comunes.

En suma, estimamos que *de lege ferenda* resultaría muy conveniente que al igual que se contempla en el artículo 607 de la LEC respecto a los salarios, se fijara legalmente un porcentaje mínimo inembargable para cubrir los gastos esenciales y necesarios para la subsistencia digna de la comunidad y para la realización de obras necesarias e indispensables.

Por lo demás, otro problema que se plantea respecto al embargo de cuotas comunitarias es la existencia de copropietarios morosos en el caso de que la comunidad adopte una actitud de absoluta pasividad no entablando contra ellos acción judicial alguna para su reclamación.

En puridad, si el acreedor de la comunidad no tiene otro medio de cobrar lo que ésta le deba, podrá ejercitar por vía subrogatoria (art. 1.111 del CC) la oportuna reclamación judicial contra los copropietarios morosos, si bien dicha acción no va a estar exenta de problemas.

Así, en el caso de que se pretenda ventilar dicha pretensión por el juicio monitorio (art. 21 de la LPH y 812 y sigs. de la LEC), existe el inconveniente de que a tenor de lo previsto en el apartado segundo del artículo 21 de la LPH para la admisión de la petición se requiere la presentación de la *certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda por quien actúe como Secretario de la misma con el visto bueno del Presidente*, no

(50) Cfr. FUENTES LOJO, J. M., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal. Apéndice de la obra después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva LEC de 7 de enero de 2000*, J. M. Bosch, Editor, Barcelona, 2004, pág. 68.

bastando una mera certificación del acuerdo sino que debe detallarse la cuantía y el origen de lo adeudado por el propietario o propietarios morosos expresando los periodos a los que corresponden sus débitos.

Lo cierto es que el documento exigido para iniciar el juicio monitorio del artículo 21 de la LPH, por la forma y solemnidad en que debe ser adoptado, en principio supera con creces el requisito de apariencia que ha de revestir una deuda para ser reclamada por medio de este tipo de juicio (51), lo que agrava todavía más la situación del acreedor de la comunidad que pretenda ejercitar en vía subrogatoria la reclamación de las cuotas impagadas, pues difícilmente podrá obtener dicho documento sin la colaboración de los comuneros, máxime teniendo en cuenta que resulta imprescindible que se convoque Junta, ordinaria o extraordinaria, en cuyo orden del día figure la reclamación a uno o varios propietarios de cantidades debidas en concepto de gastos comunitarios, siendo necesario para que dicho acuerdo sea válidamente adoptado que en primera convocatoria se apruebe por la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación; y, en segunda convocatoria, por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, la mitad del valor de las cuotas de los presentes, negándose el derecho al voto a los copropietarios que en el momento de iniciarse la Junta no se encuentren al corriente en el pago de todas las deudas vencidas con la comunidad y no hubieren impugnado judicialmente las mismas (52) o procedido a su consignación judicial o notarial (art. 15.2 de la LPH) (53), siendo necesario que en la convocatoria de la Junta figure una relación de morosos con la advertencia de que, de seguir en esa situación, no podrán votar (16.2 de la LPH) (54).

(51) Cfr. CORREA DELCASSO, J. P., «El proceso monitorio de la nueva Ley de Propiedad Horizontal: Indicaciones prácticas de aplicación en aras a salvaguardar su constitucionalidad parcial», en *La Ley*, T. 2, 1999, pág. 2008, y en «Presente y futuro de la reclamación de deudas comunitarias: propuesta de solución a las reivindicaciones de los administradores de fincas» en *RCDI*, núm. 656. Año LXXVI, enero-febrero de 2000, pág. 184.

(52) A tenor de lo previsto en el artículo 18.2 *in fine* de la LPH, sólo podrá impugnarse por el propietario que no esté al corriente de pago los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de cuotas de participación a que se refiere el artículo 9.

(53) En el caso de que un copropietario sea dueño de más de un piso o local, se plantea la cuestión de si ha de ser privado del voto respecto a todos los inmuebles de su propiedad. A estos efectos, cfr. «Privación del derecho de voto de todas las propiedades de un moroso», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 225, mayo de 2002, págs. 39 y 40. El criterio de esta revista es que, sin perjuicio de que el propietario múltiple sólo tenga un voto numérico para formar mayorías, en tanto que la privación de derechos ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, únicamente se le podrá privar del voto en relación a la cuota aplicable al piso o local donde la deuda exista, pero no en cuanto al resto, donde podrá emitir su voto numérico en relación a la suma de las cuotas de los demás.

(54) En el caso de que en la convocatoria de la Junta no se contuviere relación de morosos, resulta discutible si en la Junta se podrá privar del voto a los propietarios que

El escollo que para el acreedor supone conseguir el documento que le permita interponer por vía subrogatoria un juicio monitorio puede salvarse acudiendo al juicio declarativo que corresponda por razón de la cuantía sin que en dicho caso quepa acoger la excepción de inadecuación de procedimiento, pues el juicio monitorio es tan solo una opción más ventajosa para el justiciable pero en ningún caso un trámite preceptivo para la reclamación de cierto tipo de deudas (55).

A estos efectos, incluso puede suceder que todos los copropietarios tengan la condición de morosos por haber decidido no pagar las cuotas comunitarias para frustrar el embargo judicial trabado contra la comunidad. En estos casos, a nuestro juicio procederá la imposición de multas coercitivas periódicas a los que no colaboren con el órgano judicial (art. 591 de la LEC y 239.2 de la LPL), pudiendo incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad cuando persistan en su actitud perturbadora.

d) *La problemática de los bienes desafectados*

Los elementos comunes por destino o adscripción voluntaria al servicio común son susceptibles de desafectación (56), perdiendo su naturaleza de elemento común y, por consiguiente, su carácter de bien inembargable e inalienable con independencia del todo al que pertenecen, lo que lleva aparejada la asignación de una cuota al nuevo elemento privativo con la consiguiente redistribución de los porcentajes de los demás pisos y locales (salvo que no se cree otro elemento privativo dentro de la finca), por lo que dichas rectificaciones deberán figurar de manera clara en el acta de la Junta en aras de ser elevadas a escritura pública para su ulterior constancia registral.

No obstante, aunque la desafectación despoja al elemento común objeto de la misma de dicho carácter y, por consiguiente, de su inalienabilidad, no constituye un remedio a favor del ejecutante para conseguir su embargo, ya que en modo alguno el acreedor va a poder por sí o con la colaboración del

no estén al corriente de pago: cfr. *Encuesta Jurídica de la Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 232, enero de 2003, pág. 6 y sigs. En esta encuesta la doctrina se muestra dividida, si bien la tesis de la *Revista Sepín* es considerar que no puede ser privado del derecho al voto el moroso que no figure como tal en la convocatoria de la Junta: cfr. «La privación del derecho de voto a los morosos», en *Revista Jurídica Sepín. Propiedad Horizontal*, núm. 193-B, junio de 1999, pág. 30.

(55) SAP de Palencia, Sección Única, de 10 de septiembre de 2002.

(56) No todos los elementos comunes pueden ser objeto de desafectación por razones de imposibilidad física (cimientos, estructura del inmueble) o jurídica (patio de luces, ascensor cuando la ley lo impone, etc.), por ello con respecto a estos elementos, cualquier acuerdo para desafectarlos, aun tomado por unanimidad, sería nulo en virtud del artículo 6.3 del Código Civil (cfr. VENTURA-TRAVERSEZ HERNÁNDEZ, A., *Derecho de propiedad horizontal*, 5.^a edición, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 133. Nota núm. 218).

órgano judicial conseguir la desafectación de un elemento comunitario (57), pues dicha competencia se encuentra atribuida con carácter exclusivo a la Junta de Propietarios que debe acordarlo por unanimidad, sin perjuicio de que ésta pueda adquirirse con los votos presuntos de algunos propietarios o incluso con el voto en contra de un disidente en el caso de que haya prosperado la acción para obtener la sustitución de la unanimidad por vía judicial en el llamado juicio de equidad (STS de 13 de marzo de 2003, *RAJ* 2579).

Por lo demás, es preciso reseñar que la mera autorización de la Junta de propietarios para el uso particular exclusivo de un elemento común no se puede reputar desafectación del mismo y, por tanto, dicho elemento no perderá su carácter de inalienable, sin perjuicio de la posibilidad de que un comunero pueda adquirir por usucapión algún elemento común no inscrito en el Registro de la Propiedad (58), en cuyo caso dicha eventualidad lo revestirá del carácter de embargable, pudiendo ser objeto de traba en un proceso de ejecución dirigido contra el comunero, sin que la comunidad pueda exigir su devolución dentro o fuera de la ejecución, quedándole, en su caso, expedita la posibilidad de constituir una servidumbre pagando la oportuna indemnización. No obstante, en tanto que dicho bien ha adquirido el carácter de elemento privativo, tampoco podrá ser objeto de traba en un juicio dirigido contra la comunidad cuando tan sólo ésta aparezca como deudora en el título ejecutivo (art. 544.2 de la LEC).

Un supuesto paradigmático de desafectación es el de la vivienda del portero (59), lo que obliga a diferenciar una doble acepción del término «portería»: por un lado, *habitáculo o garita donde el portero cumple sus funciones* y, por otro lado, *piso que la comunidad pone a disposición del portero para vivienda*, distinción que reviste especial trascendencia práctica en tanto que para acordar la supresión del servicio de portería tan sólo es necesario el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación (art. 17.1 de la LPH) al ser un mero acto de administración, mientras que para la desafectación de la vivienda destinada a portería no puede prescindirse de la regla de la unanimidad (60),

(57) Sin previa desafectación, un elemento común, aunque lo sea por destino y no por naturaleza, no puede transmitirse como si fuera privativo ni, por consiguiente, embargarse y ello aun cuando haya un propietario único en el edificio (SAP Oviedo, Sección 4.ª, de 23 de abril de 2002).

(58) Cfr. STS de 25 de marzo de 2004 (sp/sent/56612), SAP de Navarra, Sección 1.ª, de 9 de mayo de 2003; SAP de Murcia, Sección 2.ª, de 21 de enero de 2004; SAP de Palencia, Sección 1.ª, de 6 de febrero de 2004.

(59) RRDGRN de 13 de junio de 1998 (*RAJ* 1089), 28 de febrero de 2000 (*RAJ* 1089).

(60) Cfr. ESTRADA ALONSO, E., *La Ley de Propiedad Horizontal. Doctrina y jurisprudencia*. Coordinador: J. C. CABAÑAS GARCÍA. VVAA., Ed. Trivium, Madrid, 1999, pág. 210.

sin perjuicio de que incluso pueda admitirse la enajenación de una parte de la misma siempre que las habitaciones afectadas tengan una salida independiente de forma que puedan considerarse como un nuevo departamento, pues en otro caso dicho acto será nulo (61).

Por lo demás, en relación a los problemas que suscita la desafectación de un elemento común, procede cuestionarse la repercusión que puede tener el hecho de que todos o algunos de los pisos o locales propiedad de los comuneros se encuentren gravados con una hipoteca, ya que la desafectación supone la reducción en unas centésimas de la cuota de dichos pisos o locales a favor del elemento desafectado, al cual se le asigna un coeficiente, por lo que no es de extrañar que algunos Registradores se negaran en un principio a hacer constar registralmente dicha modificación del título considerando que suponía una menor garantía para el acreedor. No obstante, la DGRN puso fin a lo que a nuestro juicio era un desafortunado criterio, adoptando una solución híbrida que, por nuestra parte, resulta demasiado formalista, pues si bien ha considerado innecesario para la desafectación y venta de un elemento común el consentimiento del acreedor con garantía hipotecaria sobre un piso o local, ha estimado que *la hipoteca ha de gravar el elemento desafectado en proporción a la cuota equivalente a la que corresponde al piso o local hipotecado sobre los elementos, pertenencias y servicios comunes*. La DGRN fundamenta su proceder en el hecho de que en el régimen de propiedad horizontal existe un único derecho de propiedad con objeto complejo: el piso o local y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, por lo que para que los acreedores no sufran la merma jurídica de su derecho por la desafectación de un elemento común y consiguiente reducción de la cuota sobre el elemento privativo hipotecado, considera necesario que dicho gravamen continúe afectando a los dos nuevos elementos en que se descompone la cuota sobre el que pesaba (62). En consecuencia, los embargos posteriores que puedan recaer sobre el inmueble desafectado nacerán supeditados a una carga hipotecaria, si bien dicho escollo no afectará a los acreedores de la comunidad, pues en modo alguno podrán embargar dichos elementos comunes desafectados.

La repercusión que la desafectación de un elemento común puede ostentar en el acreedor comunitario obliga a considerar el destino que puede darse al bien desafectado:

FUENTES LOJO, J. V., *Novísima suma de la Propiedad Horizontal*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2000, pág. 316.

ENJO MALLOU, C., «La alteración de elementos y servicios comunes en el régimen de propiedad horizontal: conflictos judiciales», *op. cit.*, pág. 32.

(61) Cfr. FUENTES LOJO, J. V., *Novísima suma de la Propiedad Horizontal*, T. II, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1998, pág. 1309.

(62) RDGN de 13 de junio de 1998 (RAJ 5231), 28 de febrero de 2000 (RAJ 1089), 4 de junio de 2003 (RAJ 4221).

1. Si la comunidad ha procedido a la enajenación del elemento común desafectado podrá trabarse el dinero obtenido siempre que haya pasado a engrosar los fondos comunes, lo que lamentablemente no ocurre en todos los casos, pues en ocasiones se viene admitiendo (63) su reparto en todo o en parte entre los comuneros en proporción a su coeficiente, lo que constituye una opción harto desafortunada (64) que perjudica sobremanera al acreedor que no podrá proceder al embargo del dinero obtenido (art. 544.2 de la LEC) a causa de haberse confundido con el patrimonio privativo de los comuneros, resultando criticable que el precio de la venta de un elemento común desafectado se torne de titularidad privativa al repartirse entre los comuneros, pues en principio la naturaleza común o privativa debería seguir el carácter del precio al igual que ocurre en la sociedad de gananciales donde el carácter privativo o ganancial del precio sigue el carácter del bien que se vende. En todo caso, en modo alguno podrá el acreedor embargar el elemento común desafectado enajenado a un tercero, pues de lo contrario dicho adquirente podrá interponer la correspondiente tercería de dominio interesando el alzamiento de la traba.

2. Por lo demás, también puede ocurrir que un elemento común previamente desafectado *se adjudique pro indiviso a todos los propietarios*, sin que registralmente dicha exigencia constituya un requisito *sine qua non* cuando se pretenda su enajenación a un tercero. En este caso los propios copropietarios lo adquirirán, constituyendo una comunidad romana, no resultando pacífico si resulta posible su traba en una ejecución dirigida contra la comunidad en régimen de propiedad horizontal. A este respecto, algunos autores mantienen una opinión favorable (65), si bien por nuestra parte no suscribimos dicha opiniones doctrinales porque si en el título ejecutivo figura como responsable una comunidad en régimen de propiedad horizontal contravendría lo establecido en el título —por extralimitación subjetiva de lo dispuesto en el mismo— dirigir la ejecución contra otra comunidad que no hubiera sido condenada. Además, si bien es cierto que la citada comunidad romana en un principio se ha podido constituir por todos los copropietarios del edificio en régimen de propiedad horizontal, posteriormente la identidad de partícipes entre estas dos comunidades puede no coincidir, ya que un copropietario ha podido enajenar su piso o local sin que haya traído como consecuencia inexo-

(63) SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 31 de octubre de 2003.

(64) Cfr. «Comentario de la SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 31 de octubre de 2003», en *Revista Sepín Net. Propiedad Horizontal*, núm. 243, enero de 2004, pág. 35.

(65) Cfr. SALVADOR ULLÁN, L., «Aspectos en la ejecución de sentencias condenatorias en las comunidades de propietarios», *op. cit.*, págs. 130, 131.

MARTÍN BERNAL, J. M., «La ejecución de sentencias en materia de arrendamientos urbanos y de propiedad horizontal», en *Ejecución de sentencias civiles y penales. Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaría*, Eurolex, Madrid, 1994, pág. 115.

rable la enajenación conjunta de su parte en la comunidad romana, pues ambas comunidades son completamente independientes (66).

e) *Frutos y rentas de los bienes comunes*

Asimismo, y siguiendo con los bienes y derechos embargables de las comunidades en régimen de propiedad horizontal, también podrán trabarse los frutos o rentas que produzcan los bienes comunes (67), así v.gr., nada impedirá la traba de lo que la comunidad perciba por un anuncio luminoso o por una antena de telefonía instalados en la terraza del ático del inmueble (68), pues con independencia de que dichos bienes sean inalienables, no existe inconveniente alguno en la traba de sus rendimientos tal y como se viene a reconocer implícitamente en el artículo 17.1.^a de la LPH que reputa necesario para el arrendamiento de elementos comunes que no tengan asignado un uso específico, el voto favorable de las tres quintas partes del total de propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, así como el consentimiento del propietario directamente afectado. No obstante, si por las características de la instalación el arrendatario pudiera alterar la estructura del edificio, será necesario la unanimidad de todos los propietarios (69).

(66) En la RDGRN de 5 de septiembre de 1988 (RAJ 6998) se contempla el siguiente supuesto:

En ejecución de una sentencia que condenaba a la comunidad de vecinos «Zona Oriental de Dunas de Odiel de Mazagón», se pretendió embargar un solar y un lugar denominado «Dunas de Odiel», pertenecientes *pro indiviso* a los miembros de la misma comunidad condenada.

Presentado mandamiento de embargo ante el Registrador de la Propiedad, fue calificado con la siguiente nota: «Devuelto hoy el precedente mandamiento, se deniega la anotación preventiva de embargo ordenada en el mismo, por el defecto insubsanable de no haberse dirigido la demanda contra los titulares registrales de la finca embargada y sí contra una comunidad de propietarios que por carecer de personalidad jurídica no tiene en sí titularidad dominical sobre dicha finca (arts. 20.1 y 38.3 de la LH)».

Interpuesto recurso contra esta calificación, tanto el Presidente de la Audiencia como posteriormente la DGRN confirmaron la nota del Registrador.

(67) En la SAP de Soria, Sección Única, de 4 de junio de 2003, se considera nulo el contrato de arrendamiento realizado por el Presidente sin previo acuerdo de la Junta de Propietarios. Decisión que resulta criticable, pues si el Presidente celebra un contrato de arrendamiento podrá tener responsabilidad ante la comunidad pero no debe afectar al tercero siempre que haya actuado de buena fe (véase comentario de la citada sentencia en *SepínNet Revista. Propiedad Horizontal*, enero de 2004, núm. 243, pág. 34).

(68) En el caso de que existan varias subcomunidades de propietarios, si una sola de ellas procede al arrendamiento de la cubierta general sin consentimiento de las demás subcomunidades, el arrendamiento debe reputarse nulo (SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 4 de diciembre de 2003).

(69) SAP de Huesca, Sección Única, de 4 de diciembre de 2002.

Para el embargo de un elemento común no es necesaria su previa desafectación; sino que, por el contrario, no podrán embargarse por deudas de la comunidad las rentas que provengan del arrendamiento de un elemento común que haya sido desafectado y adjudicado *pro indiviso* a los copropietarios, pues el mismo ya no pertenece a la comunidad en régimen de propiedad horizontal sino a los propios comuneros proindiviso, no existiendo coincidencia entre la parte ejecutada y los propietarios del bien, los cuales deberán computar dichas rentas en su haber —y no en el de la comunidad en régimen de propiedad horizontal— por lo que incluso habrán de declarar esos ingresos con arreglo al coeficiente que a cada uno le corresponda en su declaración de IRPF.

3. REQUERIMIENTO AL PRESIDENTE PARA QUE CONVOQUE LA JUNTA AL OBJETO DE REPARTIR LA DEUDA

Finalmente, en el caso de que la comunidad adolezca de bienes o derechos embargables o cuando los trabados se reputen insuficientes para cubrir la cuantía reclamada, procede preguntarse qué actitud puede adoptar el ejecutante para conseguir la plena satisfacción de su derecho, ya que la responsabilidad de los comuneros no se puede reputar directa sino que sus relaciones con el acreedor han de desenvolverse a través de los órganos comunitarios.

En esta tesitura, puede resultar oportuno que el ejecutante interese del órgano judicial que se requiera al Presidente de la comunidad con objeto de que convoque la Junta de copropietarios en aras de repartir la cantidad debida en proporción a la cuota de cada comunero o a lo especialmente establecido (70), ya que el órgano judicial no puede convocar *motu proprio* la Junta, pues a tenor de lo previsto en el artículo 16 de la LPH será necesario la voluntad del Presidente o de la cuarta parte de los propietarios o un número de éstos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación.

Dicho requerimiento podrá practicarse con apercibimiento de multas coercitivas y, en último extremo, de incurrir en delito de desobediencia, si bien los apercibimientos tan sólo operarán respecto al hecho de convocar la Junta pero no en cuanto a la exigencia de que se llegue a un acuerdo en la misma, por lo que la falta de voluntad de los comuneros puede frustrar los intereses del acreedor sin que éste pueda hacer nada para evitarlo.

Si en la Junta se acordara repartir la deuda entre los copropietarios, las obligaciones exigidas a la comunidad pasarán a vincular a los mismos, pues en caso de incumplimiento podrán serles reclamadas judicialmente, en un

(70) Frente a terceros, sólo tienen efectos las modificaciones en el título inscritas en el Registro de la Propiedad, por lo que no afectarán a los terceros adquirentes de la finca los acuerdos aprobados en Junta, aun por unanimidad, si no tienen constancia tabular, pudiendo exigir el cumplimiento del sistema que figura en el Registro.

juicio monitorio que la comunidad puede entablar contra ellos (art. 21 de la LPH y 812 y sigs. de la LEC), sin que el ejercicio de dicha acción en vía subrogatoria constituya una opción atractiva para el acreedor, pues —tal y como hemos analizado *supra*— puede encontrarse con serias dificultades para su ejercicio, al necesitar la colaboración de los comuneros para conseguir la *certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda por quien actúa como Secretario con el visto bueno del Presidente*, lo que puede frustrar sus expectativas, sin perjuicio de poder ejercitar en vía subrogatoria dicha reclamación por el juicio declarativo que corresponda, lo que dilatará todavía más la satisfacción de su derecho.

III. CONCLUSIONES

La ejecución forzosa contra las comunidades en régimen de propiedad horizontal constituye una ardua cuestión que afecta al propio *derecho a la ejecución* comprendido en el artículo 24 de la CE, ya que a pesar de la diversidad de personas y de bienes que componen estas comunidades, sus elementos comunes resultan inalienables y los privativos tampoco pueden ser objeto de embargo cuando en el título ejecutivo los copropietarios no figuren como responsables.

Además, el artículo 22 de la LPH que es un artículo concebido para regular *ad hoc* esta cuestión, no sólo resulta ineficaz, sino que en nuestra opinión viene a vulnerar principios tan esenciales en derecho procesal como el de *nulla executio sine titulo* al permitir la subrogación del acreedor de la comunidad en las acciones contra los copropietarios morosos sin el ejercicio de una previa acción declarativa de condena frente a éstos, sino ejercitando la acción ejecutiva derivada de una sentencia dictada frente a la comunidad, exigiéndoles una obligación distinta de la contenida en el fallo, ya que en el mismo no se condena a los comuneros al pago de los gastos comunes que pudieran adeudar a la comunidad sino que se condena a ésta en base a una responsabilidad distinta.

La necesidad de reforma de esta materia constituye un imperativo insoslayable al que ha de atender nuestro legislador en coherencia con los postulados europeos de lucha contra la morosidad que en el tema que nos ocupa deberían tener reflejo en la regulación de una serie de medidas que permitan a los acreedores de las comunidades en régimen de propiedad horizontal cobrar sin complicaciones los débitos que éstas les adeuden.

En esta tesitura, el presente artículo realiza una serie de aportaciones *de lege ferenda* cuyo objeto obedece al afán de su autor de hallar soluciones útiles para solventar el complicado problema de la ejecución forzosa contra las comunidades de propietarios y que esperamos que, lejos de quedar en

meras elucubraciones doctrinales, encuentren eco en el legislador y se proyecten en la práctica forense.

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL

Las comunidades en régimen de propiedad horizontal están constituidas por una pluralidad de elementos comunes y privativos; no obstante, y a pesar de lo que en principio pudiera parecer, la ejecución contra este tipo de comunidades constituye una cuestión ciertamente conflictiva, habida cuenta que ni los elementos comunes resultan embargables dado su carácter de inalienables, ni los elementos privativos pueden ser objeto de traba cuando los copropietarios, individualmente considerados, no figuren como responsables en el título ejecutivo.

El presente artículo se centra en analizar los mecanismos de defensa de los copropietarios cuando se embarguen sus bienes propios, así como los instrumentos procesales de que dispone el acreedor para ejecutar forzosamente una sentencia de condena recaída contra una comunidad en régimen de propiedad horizontal, analizando los medios de localización e investigación de bienes y determinando qué derechos y enseres de dichas comunidades pueden ser objeto de traba.

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY

There is quite a number of jointly owned and privately owned elements in a tenants' association in a building under a horizontal property scheme; nevertheless, despite first appearances, foreclosure against a tenants' association is actually a question ridden with conflicts, whereas the jointly owned elements cannot be attached, given their inalienable nature, and the privately owned elements cannot be seized when the co-owners, considered individually, are not listed as the liable parties in the enforcement order.

This article centres on analysing the mechanisms of defence that joint owners have when their own property falls under attachment and the procedural instruments available to lenders for the forced execution of sentences finding against tenants' associations in buildings under horizontal property schemes, analysing the means of locating and investigating assets and determining what rights and fixtures of such tenants' associations can be seized.

(Trabajo recibido el 05-05-05 y aceptado para su publicación el 24-05-06)

Alteración del dato registral de la superficie de las fincas (*)

por
MARGARITA HERRERO OVIEDO
Doctora en Derecho

SUMARIO

1. LA CABIDA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS.
2. NATURALEZA DE LA RECTIFICACIÓN:
 - a) SUPUESTOS EXCEPCIONALES.
 - b) ¿Y LOS DEFECTOS DE CABIDA?
3. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE:
 - a) ANTECEDENTES.
 - b) ACTUALES PROCEDIMIENTOS DE RECTIFICACIÓN:
Delimitación de casos.
Incidencia de la resolución judicial anulatoria.
 - c) VALORACIÓN FINAL.

La rectificación de la superficie que consta en el folio registral de cada finca es una operación que se efectúa con cierta habitualidad en el Registro de la Propiedad ya que es relativamente frecuente que la cabida que figura en el Registro no coincida con la que el predio posee en la realidad. Las causas de esta divergencia pueden estribar en la comisión de errores de medición o en el intento de encubrir una invasión de las tierras colindantes,

(*) Este estudio ha obtenido el Premio de Estudios Jurídicos Cátedra Bienvenido Oliver de Derecho Registral de la Universidad de Córdoba, segunda edición, Curso 2004/2005.

pero sin duda alguna la raíz profunda de este «mal» está en la falta de interés que desde la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 demostró el legislador en lograr que los fundos aparecieran exactamente descritos en los libros registrales (1), y de ahí que no se tomaran hasta tiempos recientes las medidas suficientes (2) para garantizar que la identificación física de las fincas que constase en el Registro coincidiera plenamente con la realidad.

Cuando existían «desajustes» entre superficie real y superficie registralmente consignada, el legislador en lugar de diseñar un medio específico para proceder a concordar ambas superficies, se sirvió del procedimiento previsto para la inmatriculación de las fincas, dando muestra con ello de la confusión reinante en la época en torno a cuál era el concepto de inmatriculación (3) y su diferenciación con otros supuestos. Sin embargo, desde nuestro punto de vista supone un error la utilización de los medios de inmatriculación para proceder a la rectificación de la cabida, pues la registración de los excesos de cabida no implica operación inmatriculatoria alguna.

1. LA CABIDA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS

La cabida de las fincas no constituye por sí solo un dato netamente individualizador de los predios (4), pero esta inaptitud de la extensión para configurar y determinar la unidad fundiaria, no significa que no tenga importancia (5), todo lo contrario, se trata de una característica de la finca que,

(1) Para que el Registro no sea una «estatua con pies de barro», como dijo CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, 1969, pág. 591, es necesario que las fincas sobre las que recaen los derechos inscribibles aparezcan perfectamente descritas.

(2) Eran los propios interesados los que realizaban la descripción de la finca sin necesidad de acreditar la veracidad de sus declaraciones, por lo que la certeza de estas descripciones resultaba cuestionable.

(3) Concepto que, en cambio estaba claramente delimitado en el sistema registral alemán, sistema por el que la doctrina española llegó a sentir auténtica devoción.

(4) La STS de 9 de noviembre de 1949 (*RJA 1244/1949*), mantiene que «la *medida superficial* de un inmueble es sólo un dato secundario de identificación, para la cual, conocida su naturaleza y situación, bastan los linderos, únicos datos exigidos al efecto», (en el mismo sentido, vid. la STS de 16 de octubre de 1998, *RJA 7438/1998*). SERRANO y SERRANO, I., *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo*, Talleres Tipográficos «Cuesta», Valladolid, 1934, pág. 129, aduce que «la superficie (...) no individualiza la finca», lo que es cierto, si se toma únicamente el dato superficial, pero esta certeza se pierde cuando la cabida se tiene en cuenta junto con otros datos que ayudan, en conjunto, a una individualización de la finca.

(5) BERAUD, F. y LEZÓN FERNÁNDEZ, M., *Tratado de Derecho Inmobiliario*. Tomo I. Instituto Reus, 1925, págs. 271-272, destacan que «los preceptos positivos no conceden la importancia capital que merece este elemento tan necesario en la descripción del

junto con otras, incide directamente sobre su valor (y consiguiente tributación) (6) y que, en el ámbito agrario, tiene fundamental importancia en orden al respeto a la legislación de unidades mínimas de cultivo y ejercicio de los retractos (7).

Sin embargo, la extensión superficial de las fincas no siempre ha sido un requisito de constancia obligatoria en los libros del Registro de la Propiedad. Así la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, preveía que se consignasen las «cabidas (...) en la misma forma que se exprese en el instrumento (8)», de donde parece deducirse que no existía obligatoriedad alguna respecto a esta circunstancia. Posteriormente, en nuestra primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 (art. 9 LH y el correspondiente art. 25.4.º RH), la constancia en el asiento de la extensión únicamente se exigía en el caso de que la misma apareciese en el título inscribible (y se permitía que tal constancia se hiciera «con las mismas denominaciones» que se utilizasen en el título) (9). Idéntico carácter facultativo se mantuvo en la Ley de Reforma

inmueble, y que representa la extensión material del mismo, sobre el cual recaen todos los derechos que se adquieren, modifican o extinguen, imponiéndose la determinación de la medida como una exigencia forzosa del principio de especialidad», y más adelante, *ibídem*, pág. 275, añaden que el conocimiento de la extensión «ha de influir en el ánimo del adquirente para celebrar el contrato, imponiendo su omisión el retraimiento que siempre representa dificultades para la circulación de la propiedad con menoscabo del crédito territorial, que fue el ideal perseguido por los preclaros autores de esa ley tan profundamente innovadora». CONCEIRO DEL RÍO, J., *La inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad. Su regulación actual*. Ed. Dijusa, 2000, pág. 94, señala que «la cabida constituye una de las circunstancias descriptivas de mayor importancia (...) constituye la magnitud del soporte de los derechos que pertenecen al titular, en los casos de discordancia entre el Registro y la realidad jurídica». URIARTE BERASATEGUI, J., «Catastro y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 344-345, enero-febrero de 1957, pág. 20, mantiene que la cabida «no es un dato físico o estadístico, sino determinativo, jurídicamente, del espacio físico del dominio o finca, concretado a un trozo señalado de la corteza terrestre, dato imprescindible (...) la determinación de cabidas es idea netamente jurídica, en cuanto hace referencia al dominio, encarnación de la finca». Como señala la RDGRN de 14 de enero de 1921 (GARCÍA GIL, M. y GARCÍA GIL, F. J., *Jurisprudencia registral, civil, mercantil e hipotecaria*, Librería Bosch, 1989, pág. 365), la medida superficial puede llegar a constituir un dato fundamental de manera que su variación dé lugar a la nulidad del contrato.

(6) No en vano, ROCA SASTRE, R., «La inscripción de los excesos de cabida», en *La Notaría*, 1944, pág. 101, señala como causa de estos «errores» en la constancia de la superficie «la tendencia dirigida a ocultar la riqueza en vistas a la imposición fiscal».

(7) CORRAL DUEÑAS, F., *La finca y sus modificaciones*. Ed. Lex Nova, 2002, págs. 319-320, apuntala el tema al decir: «tiene su importancia no sólo en cuanto a lo referente a la posibilidad de dividir, sino también teniendo en cuenta que en las operaciones estructurales del suelo con procedimientos de constatación oficial y las mayores exigencias catastrales se aproxima cada vez más a la idea de que el principio de legitimación comprenderá también estos datos físicos».

(8) *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. Tomo I. Ed. Castalia, 1994, pág. 51.

(9) La RDGRN de 18 de noviembre de 1863, tras declarar que no es requisito indispensable para la inscripción, permite su constancia de un modo «aproximado» (ROCA-

Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 (arts. 9 LH y 25 RH, este último continuaba aceptando el uso de las medidas del país) (10) y en la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 (art. 9.2.º LH y art. 61 RH) (11). No obstante, la publicación de la Ley de 8 de julio de 1892, de Pesas y Medidas (12), supuso algún cambio en la materia, al disponer en su artículo 8 la obligatoriedad del uso del sistema métrico decimal «en los actos y documentos de todas las dependencias del Estado, de la provincia y del Municipio (...), así como en los contratos públicos y privados», y de ahí que el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 debiera instaurar la obligación (13) de que el dato superficial se expresase con arreglo al sistema métrico decimal (14) sin perjuicio de que también fuera posible hacer constar su equivalencia en las medidas del país (pese a ello, la registración de la extensión continuaba siendo facultativa) (15).

SASTRE y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 162), en igual sentido se declara la RDGRN de 17 de mayo de 1880 (ROCA-SASTRE y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, págs. 1109 y sigs.).

(10) Vid. RDGRN de 20 de enero de 1893 (ROCA-SASTRE R. M.ª y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo IV, págs. 864 y sigs.).

(11) Si bien, la RDGRN de 18 de octubre de 1911 (ROCA SASTRE, R. M.ª y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo IV, págs. 728 y sigs.) parece dar a entender que era obligatoria la constancia de la extensión, al declarar: «Considerando que la medida superficial de las fincas *debe* ser expresada en los documentos inscribibles por el sistema métrico decimal, cuyo uso es obligatorio, siendo potestativo que los interesados consignen la equivalencia con las medidas antiguas, si lo creen conveniente, y sin perjuicio de que el Registrador pueda calificar sobre las diferencias de cabida». Y es que la Instrucción de 9 de noviembre de 1874, del Ministerio de Gracia y Justicia, sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro (*Colección Legislativa de España*, 2.º semestre de 1874, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia) en su artículo 9 especificaba que el Notario *procuraría* que en las escrituras públicas no se omitiese ni expresase con inexactitud «la medida superficial en las rústicas, y en las urbanas siempre que constare en los documentos presentados o lo manifiesten las partes».

(12) Gaceta de Madrid de 9 de julio de 1892.

(13) Ya las RRDGRN de 12 de mayo de 1898, 31 de mayo de 1901 y de 31 de enero de 1905 (ROCA SASTRE, R. M.ª y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo III, págs. 366, 807 y 1175) exigieron la utilización del sistema métrico decimal en la escritura. Además, el artículo 13 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874 sobre la Manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro (Ed. Oficial. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1874, págs. 109 y sigs.) exigía la plasmación de esta equivalencia. Sin embargo, la RDGRN de 14 de mayo de 1895 (ROCA SASTRE, R. M.ª y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo II, págs. 1135 y sigs.) no requirió el empleo de este sistema a pesar de la vigencia tanto de la Ley de Pesas y Medidas como de la Instrucción.

(14) GARCÍA GARCÍA, J. M. y MUÑOZ CARIÑANOS, F., «Identificación de fincas rústicas», en *RCDI*, núm. 505, noviembre-diciembre de 1974, pág. 1346, aplauden esta medida, «pues la referencia exclusiva a las medidas del país no constituye un lenguaje universal, sino demasiado regionalista, insuficiente para las necesidades del tráfico jurídico a escala nacional e incluso internacional».

(15) CAMPUZANO y HORMA, F., *Principios generales de Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Instituto Reus, 1925, pág. 343, consideraba que era «circunstancia que

La situación se mantuvo en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (y su correspondiente Reglamento) y no será hasta la promulgación de la reforma del vigente Reglamento Hipotecario por el Decreto 393/1959, de 17 de marzo (art. 51, regla 4.^a), cuando la cabida de las fincas deba ser obligatoriamente expresada en el asiento registral que se practique. Y es que la Ley Hipotecaria en vigor, de forma inexplicable continúa manteniendo el carácter facultativo de la constancia de este importante dato (16).

El hecho de que la extensión de las fincas no se haya exigido obligatoriamente hasta tiempos tan recientes encuentra explicación en la circunstancia de que en el siglo XIX los medios técnicos eran escasos y no era fácil llevar a cabo una correcta medición de las fincas, lo que hacía que en la mayoría de los casos la cabida no constase en los títulos referidos a la propiedad inmobiliaria y de ahí que, si se quería promover la inscripción registral, era necesario no impedir su práctica por la falta de este dato en los títulos inscribibles. A ello hay que añadir la tradicional despreocupación de nuestro legislador hipotecario por una correcta identificación física de los predios, identificación que incluye, como es natural, la constancia de la cabida (17).

debía considerarse como obligatoria». Vid. RRDGRN de 31 de diciembre de 1931 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 226 y sigs.) y de 9 de febrero de 1943 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VIII, págs. 244 y sigs.).

(16) GARCÍA GARCÍA, J. M. y MUÑOZ CARIÑANOS, F., *Identificación...*, *op. cit.*, pág. 1345, creen que «el Reglamento ha procedido con pleno acierto, a pesar del artículo 9 LH (...) puede compatibilizarse la “rigidez” del Reglamento con la “benevolencia” de la ley (...) el Reglamento no contraría a la ley (...) queda completada la ley, mejor que contrariada». SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Instituto Editorial Reus, 1945, pág. 449, considera «absurdo» que no se exija su constancia en el artículo 9 LH. Incluso los propios Registradores pedían ya la obligatoriedad de la cabida: «son muchos los Registradores que proclaman la necesidad de que se haga obligatoria la determinación de la medida superficial o área de las fincas, y no falta quien proponga, para fijarla con exactitud, procedimientos topográficos» (*Anuario de la DGRN, año 1905*, pág. 66, Memorias de los Registradores de la provincia de Barcelona).

(17) NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D., «Algunas consideraciones a propósito del modificado artículo 298 RH», en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pág. 2114, señala además que «el Registro de la Propiedad no garantiza las circunstancias físicas de la finca, ni siquiera su existencia física real (...) Por eso a la inscripción de la superficie se le ha dado en la Ley poca importancia». Pero como dice MORALES MORENO, A. M., *Publicidad registral y datos de hecho*, Colección Magenta, núm. 1, CER, pág. 207, «que la cabida no sea objeto de publicidad registral no significa que no deba someterse a control la exactitud de la que se pretenda hacer constar en el Registro». Muestra de esta línea de despreocupación por la identificación física de las fincas es la RDGRN de 21 de mayo de 1881 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, págs. 1225 y sigs.), donde se permite la inscripción de un documento en el que la extensión superficial se expresa así: «X yugadas, o lo que fuere».

2. NATURALEZA DE LA RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE

Con la expresión «exceso de cabida» (18) se alude a aquellos casos en los que la superficie que aparece consignada en el folio registral no se corresponde con la que verdaderamente posee la finca.

El artículo 200 LH hace referencia a la posibilidad de «hacer constar en el Registro la mayor cabida de las fincas ya inscritas», y el artículo 201 LH, que trata del expediente de dominio, en su regla 2.^a, letra *b*) alude a «extensión que se trate de rectificar»; los artículos 287 y 288 RH, reguladores del expediente de dominio y del acta de notoriedad, respectivamente, manejan igualmente los vocablos constancia e inscripción para referirse a la mayor cabida; por último, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que ha incidido directamente sobre algunos aspectos de la materia hipotecaria, acoge el término de rectificación o modificación de excesos de cabida; como se observa, en ninguno de los anteriores preceptos se utiliza la palabra inmatriculación para referirse a la registración de los excesos de cabida; sin embargo, en otros preceptos del Reglamento Hipotecario cambian los términos, y así el artículo 298.3, párr. 1.^o utiliza la expresión «inmatriculación de excesos de cabida» (19).

(18) Nos adherimos a la opinión de aquellos autores que critican esta expresión, es el caso de SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho hipotecario*. Tomo II, Instituto Editorial Reus, 1955, pág. 259, para quien «esta terminología es totalmente inexacta y sólo se puede aceptar en sentido figurado», y prefiere hablar de «rectificación de la extensión», SAPENA, J., «La registración de la mayor cabida en las fincas por medio de título público de adquisición complementado por acta de notoriedad», en *RCDI*, núm. 283, diciembre de 1951, pág. 911; SANTA PINTER, J. J., «Reflexiones hipotecarias», en *RCDI*, núm. 420-421, mayo-junio de 1963, pág. 364; ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario. Dinámica registral*, Tomo V. Ed. Bosch, 1997, pág. 51; CORRAL DUEÑAS, F., *La finca...*, *op.cit.*, pág. 320, se expresa templadamente al decir que «no siempre es exacta la expresión “exceso de cabida” que da la impresión de que se añade algo a la finca, cuando en realidad sólo se trata de una mera rectificación numérica del dato descriptivo de la medida superficial»; para CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida*. Colección Magenta, núm. 5, CER, 2001, pág. 215, nota 41, «el término “exceso” es contradictorio con el de “cabida”, puesto que lo que excede es lo que no cabe». Aunque no compartimos esta última opinión, ya que en este caso la «cabida» no se refiere a si cabe o no, sino que se utiliza como sinónimo de superficie (como «extensión superficial de un terreno o heredad» se define en el Diccionario de la Real Academia Española); no obstante, se trata de una expresión que ha alcanzado tal difusión que debe mantenerse en aras de una mayor accesibilidad al lenguaje jurídico. El último autor citado, en «Inmatriculación de fincas, inscripción de excesos de cabida y doble inmatriculación», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil*, CER, 1998, pág. 331, prefiere utilizar la expresión «mayor cabida» que ya emplea el artículo 200 LH.

(19) A pesar de que esta expresión ya se contemplaba en el artículo 46 de la hoy derogada Ley de Patrimonio del Estado (Texto Refundido aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril), fue introducida en el ámbito hipotecario por la jurisprudencialmente vupleada reforma del Reglamento Hipotecario que tuvo lugar por Real Decreto 1867/

Sin embargo, a pesar de la profusión de términos empleados en la legislación, la doctrina se muestra de acuerdo en señalar que la constancia registral de los excesos de cabida no es un supuesto de inmatriculación (20).

Estamos plenamente conformes con la anterior afirmación, pero para argumentar esta postura estimamos esclarecedor tomar como punto de partida una delimitación exacta del fenómeno de la inmatriculación para después poder señalar cuáles son sus diferencias con las operaciones de rectificación de superficie.

Desde nuestro punto de vista son dos las acepciones que pueden ofrecerse de la inmatriculación.

Así, en un sentido formal, hace referencia a un asiento registral que recoge la entrada en los libros registrales de la finca y que conlleva la apertura de un folio registral (21); por otra parte, desde una perspectiva sustantiva, puede hablarse de operación con virtualidad inmatriculadora en aquellos casos en los que el Registro tiene noticia de la existencia de una *nueva* finca reflejándola en sus libros (sin que este acto deba venir ineludiblemente acompañado de la apertura de folio registral) y describiéndola según los datos que se aporten.

Por tanto, si se tiene en cuenta que el objeto de la inmatriculación es la finca una vez que ha ingresado en el Registro en cuanto nueva unidad registral, cualquier cambio en sus datos descriptivos, que no conlleve la modificación de sus linderos (y con ello la transformación en una finca nueva), no implicará otra cosa que una mera rectificación a fin de hacer concordar realidad y estado registral.

Cuando se habla de «exceso de cabida» se está haciendo referencia a supuestos en los que la modificación de superficie que tiene lugar es puramente «formal», es decir, no se añade superficie alguna a la finca, simplemente se corrige un dato registral (la extensión) erróneo. La registración de los excesos de cabida no implica alteración alguna de los linderos del predio, no hay una modificación de la finca en la realidad, no hay más que la correc-

1998, de 4 de septiembre, cuya Exposición de Motivos ya se refiere a la «materia atinente a la inmatriculación de fincas y excesos de cabida» (*Legislación Hipotecaria*, Ed. McGraw Hill, 2001, pág. 163).

En los párrafos 2.º, 3.º y 4.º de ese mismo artículo 298.3 RH se alude a la inscripción de los excesos de cabida.

(20) Si bien hay excepciones: VENTURA TRAVESET y GONZÁLEZ, A., «Temas de inmatriculación. Especialidades de la inmatriculación», en *RCDI*, núm. 226, marzo de 1947, págs. 156 y 157, contempla el supuesto de los excesos de cabida como un «caso de inmatriculación especial». RICA Y ARENAL, R. DE LA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Tomo II, Publicaciones del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1949, pág. 363, al estudiar estas hipótesis habla de «inmatriculación de excesos de cabida».

(21) Su caracterización como asiento registral independiente no obsta para que en España se practique de forma simultánea a la primera inscripción de dominio (art. 7 LH).

ción de un error. Únicamente en aquellos casos en los que la finca resulte transformada en la realidad (dando lugar con ello al nacimiento de una nueva finca) será posible hablar de inmatriculación.

Si la rectificación de superficie lleva aparejada una modificación de los linderos del predio, entonces se estará alterando un dato sustancial de la finca y ésta se transformará en una nueva finca que encontrará reflejo registral a través de una operación con virtualidad inmatriculadora (22). Sin embargo, como veremos, estas circunstancias sólo concurrirán en unos casos muy específicos para los cuales, en sentido estricto, debería reservarse la expresión «exceso de cabida».

Se puede decir que son fundamentalmente (23) los linderos (24) los que individualizan la finca haciéndola única e inconfundible (25). El objetivo

(22) De ahí que CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 217, afirme que la materia de la rectificación de superficie «debería conectarse siempre con la mayor o menor precisión en la definición de los linderos». Para ver la relación entre linderos y superficie, vid. la RDGRN de 8 de julio de 1878 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, págs. 837 y sigs.), que manifestaba que la diferencia de cabida y linderos observada por el Registrador entre el folio registral y lo que aparecía en los documentos inscribibles, no era bastante para negar la identidad de la finca (vid. también, la RDGRN de 18 de septiembre de 1880, ROCA-SASTRE y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 1153). Igualmente se muestra contraria a la importancia de los linderos la STS 10 de diciembre de 1960 (RJA 4095/1960). Sin embargo, la RDGRN de 21 de junio de 1910 (ROCA-SASTRE R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo IV, págs. 575 y sigs.) reconoce que, si bien la medida superficial generalmente no es requisito esencial para la inscripción, se impone la necesidad de tal requisito si no se determinan correctamente los linderos de la finca.

(23) Los artículos 9 LH y 51 RH exigen la constancia registral de otra serie de datos que, en conjunto, dan cumplimiento al importante principio de especialidad que hoy en día se proyecta sobre todos los elementos del acto inscribible (en este caso sobre el objeto del derecho: la finca); la importancia de este principio es justificada por MANZANO SOLANO, A., *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, Vol. II. Centro de Estudio Registrales, 1994, pág. 405, afirmando que «para que la publicidad registral produzca el efecto de seguridad jurídica pretendido, resulta indispensable precisar o determinar, sin ninguna duda, los elementos integrantes de la relación jurídico-material que van a ser objeto de la misma».

(24) La STS 10 de diciembre de 1960 (RJA 4095/1960) mantiene que «la línea poligonal es la esencial y lo demás accesorio o coadyuvante de su valor o identificación, como resulta también del artículo 9 de la Ley, que estima indispensable consignar los linderos y sólo la extensión cuando consta en el título»; la STS de 5 de febrero de 1999 (RJA 749/1999), a los efectos del cumplimiento del requisito de la identificación de la finca para el ejercicio de la acción reivindicatoria, señala que es necesario fijar «con la debida precisión su *cabida*, situación y *linderos*...». PINTÓ RUIZ, J., *Identificación...*, *op. cit.*, pág. 783, nota 21, realza la importancia de los linderos destacando que es «determinante del objeto del derecho y, por tanto, del mismo derecho: individualización jurídica; y determinante de la extensión espacial del derecho, es decir, del derecho», y sobre esta base critica la doctrina del Tribunal Supremo que se refiere al mismo como un «dato de mero hecho».

(25) Esta finalidad no siempre se logra debido a las dificultades que conlleva toda individualización, vid., al respecto, el artículo de GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la individualización de inmuebles», en *ADC*, 1965, págs. 853 y sigs.; y prueba de ello son

principal de los linderos es la delimitación de la finca respecto al resto de predios circundantes (26). Se podría decir que, a efectos jurídicos, finca es todo aquello que esté dentro de dichos linderos (27). No en vano la RDGRN de 20 de agosto de 1863 (28) declara que «en la propiedad rústica en que sólo consta la cabida, si no hay lindes, no hay heredad, no hay especificación de finca (...) al designarse las lindes se crea la entidad inmueble» (29).

los numerosos supuestos de doble inmatriculación que llegan a los Tribunales debido a una defectuosa identificación de las fincas.

(26) GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1468 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIX, artículos 1.445-1.541. Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Edersa. 1991, pág. 227, opina que «los confines o linderos de una finca son prueba de la individualización ya realizada y, al propio tiempo, medio de identificación de la finca». GARCÍA GARCÍA, J. M., «La finca como base del sistema inmobiliario», en *RCDI*, núm. 625, 1994, pág. 2489, en la misma línea, declara que los linderos «son importantísimos para la delimitación de la finca, pues, por un lado, sirven para concretar la situación de la finca, y por otro, delimitan el perímetro de la misma, al marcar la línea poligonal o delimitación de su contorno». No obstante, hay que reconocer las limitaciones identificadoras de los linderos, y nos unimos, para ello, a las palabras de PINTÓ RUIZ, J., «Identificación y determinación de fincas y su publicación», en *RJC*, 1959, pág. 784: «una finca no queda determinada por su extensión y por sus linderos, pues para una extensión determinada pueden crearse infinitas figuras geométricas con cuatro lindes». También pone en tela de juicio la absoluta validez definitiva de los linderos, ÁLVAREZ CAPEROCHE, J. L., *Curso de derechos reales. Derecho de propiedad y posesión*. Ed. Civitas, 1986, pág. 65, al decir que «esta preeminencia de los lindes está lejos de ser dogmática, pues una merma en la cabida puede ser interpretada como un indicio de descripción indebida de los lindes».

(27) Sin embargo, la RDGRN de 18 de septiembre de 1880 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia registral*, Tomo I, Ed. Bosch, 1953, págs. 1153 y sigs.) señala que la circunstancia de los linderos, «aunque muy importante para la determinación de los inmuebles, no puede estimarse como única para este efecto, y debe prescindirse de ella en casos como el presente, en que las demás circunstancias de sitio, cabida, número de cepas, nombre del propietario y título de adquisición, resultan descritas del propio modo en la escritura», y en el mismo sentido, la STS de 2 de febrero de 1994 (*RJA* 857/1994) reconoce que «el artículo 1.471 no eleva a requisito sustancial aquella consignación (la de los linderos), sino que se limita a partir del presupuesto que normalmente se toma en la vida de los negocios para la identificación de inmuebles, no para establecer imperativamente que sea el único medio para este resultado». Vid. también la RDGRN de 9 de noviembre de 1934 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 567 y sigs.). En cambio, la STS de 29 de marzo de 1927 (*Jurisprudencia Civil*. Edición oficial del Ministerio de Justicia, 1927, págs. 530 y sigs.) declara que «la fisonomía de la finca la determina su naturaleza y sus linderos (...) integrando la finca, en primer lugar, su naturaleza y sus linderos, y sólo si se modifican éstos por el propietario es cuando la cabida marca y limita los derechos; en el caso contrario, hay que admitir también la teoría del cuerpo cierto».

(28) ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 121.

(29) La RDGRN de 15 de junio de 1892, ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 777, llega al extremo de no permitir la inscripción de un finca «interin no se determina el lindero que las separa de la porción segregada». También destaca la importancia de los linderos la RDGRN de 2 de julio de 1980 (*RJA* 2966/1980).

Por tanto, desde el momento en que se mantiene que la finca viene delimitada y unificada por sus linderos (30) y que el dato de la extensión no es más que un dato coadyuvante a la descripción de la finca (31), no es posible reconocer naturaleza inmatriculadora a la constancia registral de los excesos de cabida. No hay una entrada en el Registro de la Propiedad de una finca nueva, la finca sigue siendo la misma, no hay una transformación en su configuración esencial que haga que debamos hablar de la existencia de una nueva finca (no se añade nueva superficie); lo único que ha sucedido, es que, con la constancia registral del exceso de cabida, se ha rectificado un dato descriptivo disconforme con la realidad que hacía que existiera un desfase entre lo descrito por los libros y la finca verdaderamente existente. Así, como ya se ha dicho anteriormente, lo reconoce la mayor parte de la doctrina. SANZ FERNÁNDEZ (32) señala que no hay «inscripción o inmatriculación (...) porque la superficie ya estaba inscrita», de igual parecer son ALBALADEJO (33), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (34), CURIEL LORENTE (35), SAPENA (36), ALONSO

(30) Consecuencia de la importancia de los linderos es la teoría del cuerpo cierto, teoría cuya expresión positiva se encuentra en el artículo 1.471 del Código Civil conforme al cual las ventas de bienes inmuebles hechas por precio alzado, no darán lugar a un aumento o disminución del precio pactado aunque en la realidad la superficie existente sea distinta de la consignada en el contrato. Por ello, como señala la STS de 18 de julio de 2000 (*RJA* 6810/200), en los casos en que la compraventa se haya hecho sobre la base de un cuerpo cierto «en la posible contradicción o diferencia entre la cabida expresada y lo comprendido en los linderos, prevalece por ministerio de la ley, la extensión superficial real de todo aquello que abarque el perímetro de sus linderos». A esta teoría suelen referirse los autores para justificar que los excesos de cabida no son objeto de inmatriculación, así, SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 260, nota 13; ROCA SASTRE R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo V, pág. 46, y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Vol. VII, Ed. Aranzadi, 1984, pág. 144.

(31) La STS de 12 de marzo de 1948 (*RJA* 464/1948) se pronuncia de forma clara al señalar que «la fisonomía de la finca está determinada por su naturaleza y por el enclavamiento geográfico que marcan sus linderos, únicamente la cabida da y quita derechos cuando tales linderos se modifican o alteran por agregaciones o segregaciones de porciones ciertas y determinadas de la superficie y para complementar el razonamiento se debe asimismo tener presente que el exceso o defecto de cabida significa, en su sentido ideológico y literal, no la configuración de una finca nueva y distinta de aquella en que tal efecto se produce, sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión territorial delimitada de modo exclusivo por sus linderos, que constituyen el perímetro que determina e identifica la parte de la superficie terrestre objeto de consideración jurídica en cada caso». La STS de 15 de enero de 2001 (*RJA* 1311/2001) continúa la misma línea jurisprudencial al declarar que «la mayor o menor cabida de un inmueble no empece a su identidad, ya que tal medida es un dato secundario, si hay una perfecta identificación de la finca y de sus linderos».

(32) *Instituciones...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 260.

(33) *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Vol. II. Ed. Edisofer, 2004, pág. 877.

(34) *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Tomo II. CER, 2001, pág. 580.

(35) *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 218.

(36) *La registración...*, *op. cit.*, págs. 909-911.

CASADO (37), CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (38), MARTÍNEZ GARCÍA (39), HERNÁNDEZ GIL (40), GARCÍA GARCÍA (41), etc.

La Dirección General de los Registros y del Notariado es del mismo parecer y la Resolución de 12 de julio de 2003 (42), mantiene que «la registración de un exceso de cabida *stricto sensu* sólo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originariamente registrados» (43).

No faltan autores para quienes la constancia registral de los excesos de cabida sí tiene virtualidad inmatriculadora. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (44) mantienen que cabe hablar de inmatriculación «en sentido amplio, extendiéndola a todos los casos de modificación de entidades hipotecarias, incluso las meramente cualitativas», e incluyen entre éstas los excesos de cabida, pero más tarde (45) matizan esta postura diciendo que «no es correcto expresar que en la materia que se examina *se inmatriculan los excesos de cabida*, ni siquiera que éstos *se inscriben*, pues sólo se da aquí la circunstancia de que la ley, para hacer constar los excesos de cabida de fincas

(37) *El exceso de cabida (nuevo estudio sobre un tema viejo)*, Boletín del Colegio Nacional de Registradores, núm. 235, junio de 1987, pág.1253.

(38) *Comentarios...*, *op. cit.*, Vol. VII, pág. 144.

(39) «Relaciones Catastro-Registro», en *RCDI*, núm. 641 de 1997, pág.1402. Vid. también, SAAVEDRA MONTERO, E., *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Ed. Dykinson, 1999, pág. 20.

(40) *Introducción al Derecho Hipotecario*, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 116.

(41) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Los distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral», en *RCDI*, núm. 522, septiembre-octubre de 1977, pág. 957, quien, además, *ibidem*, pág. 961, nota 15, no ve «ningún inconveniente en hablar de “inscripción de excesos de cabida”, sin que haya que rasgarse las vestiduras y sin que haya que recurrir a la expresión “hacer constar” (pues lo que se hace constar en el Registro a través de un asiento de inscripción, se inscribe) ni a la idea de “inmatriculación”. Pero, en fin, se trata de una cuestión terminológica». Sin embargo, creemos que hay que mantener en lo posible la rigurosidad de los términos.

(42) *RJA* 6086/2003.

(43) Vid. también las Resoluciones de la DGRN de 11 de diciembre de 1928 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VI, pág. 737), de 31 de mayo de 1999 (*RJA* 4371/1999), de 2 de febrero de 2000 (*RJA* 357/2000), de 8 de abril de 2000 (*RJA* 2746/2000), de 17 de junio de 2002 (*RJA* 8910/2002), de 5 de noviembre de 2002 (*RJA* 443/2003), de 3 de febrero de 2003 (*RJA* 2603/2003), de 17 de mayo de 2003 (*RJA* 4479/2003), de 17 de febrero de 2005 (*RJA* 1917/2005), de 20 de abril de 2005 (*RJA* 5012/2005) y de 25 de mayo de 2005 (*RJA* 5492/2005).

(44) *Derecho Hipotecario...*, *op. cit.*, Tomo IV, 1997, pág. 525.

(45) ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario...*, *op. cit.*, Tomo V, pág. 51.

inmatriculadas, se vale, con el designio de evitar la excesiva proliferación de procedimientos de medios inmatriculadores»; MARTÍNEZ SANCHIZ (46) ve correcta la postura de ROCA SASTRE pues «SU consignación (del exceso de cabida) actualiza la descripción primitiva de la finca según el Registro». VALPUESTA FERNÁNDEZ (47) al referirse a los excesos de cabida como «supuestos en que la inmatriculación no coincide con la primera inscripción de la finca», parece que reconoce igualmente aptitud inmatriculadora a la constancia de estos excesos (48).

a) SUPUESTOS EXCEPCIONALES

Después de afirmar que la constancia registral de los excesos de cabida carece de sustancia inmatriculadora es necesario mostrar determinados casos (que se dan en raras ocasiones, pero que existen) para los que realmente se debería reservar la expresión «exceso de cabida», pues en ellos sí hay *realmente* un aumento de la superficie terrestre (con el consiguiente traslado de lindero) y, por tanto, sí que cabe hablar de un supuesto de inmatriculación.

Nos estamos refiriendo a los casos del aluvión y del abandono del cauce de un río (accesiones fluviales ambas) que se regulan dentro del capítulo dedicado al derecho de accesión (49) (arts. 353-383 CC). Se está ante hipótesis en las que, por efecto de la propia naturaleza, tiene lugar un lento (50) acrecimiento de las tierras de una parcela.

(46) *Comentario de la reforma hipotecaria (Real Decreto de 4 de septiembre de 1998)*, Colegios Notariales de España, 2000, pág. 124.

(47) *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Coord.: A. M. López y López y V. Montés Penadés. Ed. Tirant lo Blanch, 1994, pág. 854.

(48) PAU PEDRÓN, A., *Elementos...*, *op. cit.*, 2003, pág. 143, justifica la necesidad de la publicación de edictos únicamente cuando el exceso de cabida supera la quinta parte de la cabida inscrita diciendo que «son los únicos en los que se considera que existe inmatriculación», sin que sepamos si el autor comparte esta calificación del legislador o no.

(49) Para un estudio detallado de la figura, vid. ALONSO PÉREZ, M., «Artículos 353-383», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo V, Vol. 1.º, Dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990, págs. 274 y sigs. Díez PICAZO, L., «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *RCDI*, núm. 455, julio-agosto de 1966, pág. 840, apartándose de la tesis tradicional de que la accesión es un modo de adquirir la propiedad, mantiene que se trata de «una serie de fenómenos que comportan modificación o vicisitudes en la composición o composición de las cosas, y consiguientemente, en las relaciones jurídico-reales que se dan sobre ellas».

(50) De hecho, el propio artículo 366, regulador del aluvión, emplea la palabra «paulatinamente»; un río no abandona su cauce de forma súbita, sino que implica todo un lento proceso. Además, si fuera algo repentino, no habría adquisición de la propiedad por parte del propietario del fundo receptor y se estaría ante el fenómeno contemplado en el artículo 368 del Código Civil (*avulsio*).

Es el artículo 366 del Código Civil el que se encarga de reglamentar el supuesto conocido bajo la denominación de «aluvión»; la fuerza de los ríos provoca arrastre de materiales de los predios ribereños que, ya en el curso bajo de los ríos (generalmente en los lechos donde el río pierde fuerza), son depositados en las riberas de otras fincas. Por tanto, la finca que recibe los materiales ve incrementada su superficie (51), lo que supone correlativamente una extensión del derecho de propiedad a las nuevas unidades de cabida (52).

Realmente se verifica un cambio físico (53), tiene lugar una modificación en la configuración tanto física como jurídica de las fincas, y como consecuencia de ello en estos casos la constancia registral del cambio sí tiene carácter inmatriculador (54); y es que, aunque la finca ya había accedido al Registro de la Propiedad, con el fenómeno del aluvión la finca es distinta,

(51) Hay que tener en cuenta la observación de GAYOSO ARIAS, R., «Casos de accesión natural», en *RDP*, 1925, pág. 6: «para que haya aluvión provechoso al fundo marginal, hace falta que el terreno formado por aterramiento sobrepase la altura ordinaria—incluyendo avenidas no desusadas— del río o arroyo, pues, de no ser así, forma parte del cauce a título de ribera».

(52) Según GAYOSO ARIAS, R., *Casos...*, *op. cit.*, pág. 10, «la adquisición del aluvión no exige ocupación o toma de posesión, porque es modo distinto de aquella y puramente legal; hay, como al principio decíamos, una ocupación indirecta, por medio de la cosa que ya poseemos». Nos parece válida la explicación que del fenómeno da PINTÓ RUIZ, J., *Identificación...*, *op. cit.*, pág. 775, «es el caso de la avulsión (...) si la porción de terreno transportada y llevada a otro lugar, mantiene su identificación como es conocida y como el objeto del derecho dominical está determinado, subsiste el derecho de propiedad. Mas si así no ocurre (que es lo que sucede en los supuestos de aluvión), como no puede existir un derecho dominical sin objeto perfectamente determinado, precisamente por esto, y sin que ninguna otra razón pueda justificarlo, el derecho se extingue, desaparece el dominio».

(53) Aunque la RDGRN de 14 de marzo de 1876 (ROCA SASTRE R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 622) parece no dar demasiada importancia a este cambio, pues permitía constatar sin más comprobación el nuevo dato procedente de «accidentes naturales» en un nuevo asiento al amparo del artículo 28 del Reglamento Hipotecario de 1870, conforme al cual «cuando no resulten designadas de igual manera todas las circunstancias, solo se expresarán las que hayan variado».

(54) RICA y ARENAL, R. DE LA, «La unificación de fincas y sus problemas», en *RDP*, núm. 414, septiembre de 1951, pág. 671, por el contrario, da a entender que no hay alteración de la configuración fundiaria, ya que opina que «los supuestos de alteración de la entidad por incremento de su medida superficial, pues realmente se reduce a una correlación del Registro con la realidad física, y aunque, desde luego, representa una modificación cuantitativa de la finca, no altera su sustantividad de folio ni de número, es decir, su individualidad en el Registro». También mantiene esta opinión AURICCHIO, A., *La individuazione dei beni immobili*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1960, págs. 37-39, cuando dice: «parece claro que un hecho natural no puede por sí mismo cambiar la identidad de un inmueble (...) respecto al aluvión, la permanencia de la identidad del bien es una conclusión necesaria, porque aquí el carácter latente del fenómeno hace absurdo pensar que aquella identidad se renueva por cada pequeño fragmento de tierra que se añade».

ha perdido su identidad inicial (55), hay una nueva finca producto de la accesión fluvial; si el río causante del fenómeno servía de lindero a la finca, es cierto que éste continuará siendo tal (y por tanto, aparentemente no habrá modificación de linderos) (56), pero si bien en el plano práctico no se percibe, ha habido un desplazamiento del lindero (57) que hace que la finca sea distinta y es esta circunstancia la que dota a la registración de carácter inmatriculador (58).

Contrario sensu de lo que señala la ya mencionada RDGRN de 17 de junio de 2002 (59), hay una alteración de la realidad física exterior que hace que estemos ante un supuesto inmatriculador; y es que, como señala BLASCO GASCÓ (60), el aluvión no es sino un supuesto de agregación aunque natural y no artificial, y ya sea producto de la voluntad humana o de las fuerzas naturales, hay un aumento de la superficie cuya constancia registral posee carácter inmatriculador. No obstante, en lugar de proceder a la descripción de la nueva finca (incluyendo la superficie añadida), ante la ausencia de un procedimiento *ad hoc* para estos casos especialísimos y en aras de evitar fraudes, será necesario practicar la inmatriculación independiente del nuevo terreno (a través de un asiento inmatriculador que abra folio) para después realizar la operación de agregación a la finca en cuestión (61).

(55) Bien claro lo expone TENA MARTÍN, V. DE, «Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad», en *Información Jurídica*, 1952, pág. 655, al decir que, en los supuestos de accesión, se produce «un hecho evidente: el de la aparición de una cosa nueva, bien en la forma de producción de frutos, bien en el de la formación de un objeto distinto de los primitivos»; en cambio, para ROCA SASTRE, R., *La inscripción...*, *op. cit.*, pág. 116, con la accesión natural se incrementa una finca «continuando sustancialmente la misma a pesar de la mayor extensión alcanzada».

(56) A primera vista podría parecer que existe contradicción con la teoría del cuerpo cierto porque el lindero sigue siendo el mismo, pero en realidad, ha variado ya que se ha producido un desplazamiento del mismo.

Quizá se comprenda mejor teniendo presente el fenómeno del abandono del cauce de un río: en este caso, el lindero ya no será el río, sino la línea equidistante de los dos predios antiguamente ribereños.

(57) El artículo 53.8 y 10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1996), de forma novedosa prevé los medios de hacer constar una modificación de linderos.

(58) VENTURA TRAVESET y GONZÁLEZ, A., *Temas de inmatriculación. Especialidades...*, *op. cit.*, núm. 226, págs. 157 y 158, califica estos supuestos de accesión natural como «inmatriculación parcial».

(59) RJA 8910/2002.

(60) *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria*, Valencia, Ed. General del Derecho, 1994, pág. 48.

(61) Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, Tomo II, 2001, pág. 580, también mantiene que en todo caso será necesario efectuar la previa inmatriculación de la superficie añadida, para luego practicar la agregación. En nuestra opinión, el único medio de inmatriculación apto para ello será el expediente de dominio, ya que el titular registral carece de título idóneo que acredite el fenómeno de la accesión (y no podrá acudir al medio del art. 205 LH).

Todo lo dicho anteriormente es aplicable al fenómeno del abandono del cauce que se regula en el artículo 370 del Código Civil (62), conforme al cual el terreno abandonado «pertenece a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno». En este caso hay igualmente un incremento real del terreno de la finca que va acompañado (aquí claramente) de una modificación o desplazamiento de la línea que sirve de delimitación e individualización de las fincas (63) (en el caso de que el río sirviese de linde).

Por tanto, se puede decir que lo que la doctrina entiende normalmente bajo la expresión «exceso de cabida» (rectificación del dato de la superficie que consta en el Registro) carece de virtualidad inmatriculadora; sin embargo, aquellos casos señalados en los que sí existe incorporación de superficie (y para los que en rigor debería reservarse la denominación de «exceso de cabida») podrán ser calificados como inmatriculadores.

No obstante lo anterior, en la legislación hipotecaria se sigue utilizando la denominación inmatriculación para referirse a la constancia registral de los

(62) Casi la totalidad de la doctrina está de acuerdo en afirmar el carácter inmatriculador del reflejo registral de los fenómenos del aluvión y del abandono del cauce del río, así TENA MARTÍN, V. DE, *Proyecciones...*, *op. cit.*, pág. 659; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, Tomo II, 2001, pág. 580, nota 21; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios...*, *op. cit.*, Vol. VII, pág. 144; ROCA SASTRE, R. M.³, *Derecho Hipotecario...*, *op. cit.*, Tomo II, 1954, págs. 92 y 93, a pesar de su postura ambigua respecto a la naturaleza de los excesos de cabida, en relación con la accesión natural nos permite pensar que también lo conceptúa como un supuesto inmatriculador, parecer que se confirma si se acude a su artículo *La inscripción...*, *op. cit.*, pág. 124; parece estar en contra, GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre...*, *op. cit.*, pág. 863, para quien aunque «es cierto que se produce un aumento en la extensión de la finca ribereña, pero sin que parezca que exista un cambio en la individualidad del fundo beneficiado». Tampoco comparte nuestra opinión GARCÍA GARCÍA, J. M., *Los distintos medios...*, *op. cit.*, págs. 1040-1041: «la accesión natural no es estrictamente inmatriculación ni rectificación meramente numérica de la medida superficial. No es inmatriculación porque no lo concibo como un modo de adquirir, sino que (...) es una extensión de las facultades del dominio, que no implica un nuevo título adquisitivo distinto del que consta ya inscrito», pero ¿qué tiene que ver la novedad del título?, lo importante es que ingresa superficie nueva respecto de la que antes no constaba registralmente su existencia.

En relación a los medios a través de los cuales se puede dejar constancia de la producción del fenómeno de la accesión natural, CÁNOVAS COUTIÑO, G., «La accesión y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 295, diciembre de 1952, págs. 905 y 906, se pregunta: «¿Pero, realmente la accesión continua —y natural— puede reducirse —cual antes se expuso— frente al Registro a un simple problema de inmatriculación o, aún más concretamente, de “exceso de cabida”? (...) No se trata, pues, de contrastar, de acreditar una mayor cabida, sino de manifestar un hecho insólito, la creación jurídica acaecida».

(63) Este fenómeno es estudiado por las RRDGRN de 20 de julio (GARCÍA GIL, M. y GARCÍA GIL, F. J., *Jurisprudencia registral...*, *op. cit.*, pág. 382) y de 27 de septiembre de 1922 (GARCÍA GIL, M. y GARCÍA GIL, F. J., *Jurisprudencia registral...*, *op. cit.*, pág. 383), que permiten la inscripción del exceso de cabida mediante escritura de manifestación, extremo que es criticado por TENA MARTÍN, V. DE, *Proyecciones...*, *op. cit.*,

excesos de cabida (sin diferenciar según se esté ante fenómenos de accesión fluvial o no). En defensa de esta técnica se puede alegar que el legislador es consciente de que no se trata de supuestos inmatriculatorios, pero emplea el vocablo únicamente en aquellas hipótesis en que la constatación se logra, precisamente, a través de los medios típicamente inmatriculadores (64).

Los excesos de cabida son mirados con desconfianza por el legislador debido al peligro de que, en realidad, no se trate más que de encubrir verdaderas inmatriculaciones de terrenos ajenos al fondo (para cuya práctica no se cuenta con los medios necesarios) o apropiación de los terrenos colindantes (65). Y es que, como dice la RDGRN de 18 de mayo de 1916 (66), «si bien en todo momento es de desear la más perfecta concordancia entre los asientos del Registro y la realidad física de las fincas inscritas, debe llegarse a este resultado por los medios concedidos por la Ley y el Reglamento Hipotecario (...), sólo mediante los procedimientos adecuados para hacer constar la segregación, agrupación, alteración, creación y extinción de las entidades hipotecarias»; así, la propia DGRN en diversas resoluciones se hace igualmente eco de estos fines fraudulentos (67). Para evitar este empleo nocivo de la Ley, el legislador, en supuestos concretos exige que para la constancia registral de los excesos de cabida se acuda a los medios inmatriculadores en aras de lograr la máxima garantía posible, pero sin que con ello quiera significar (o al menos eso esperamos) que se está realmente ante casos de carácter inmatriculador.

págs. 660 y 661, porque entiende que se trata verdaderamente de un supuesto de extensión de superficie, esto es, de un exceso de cabida para cuya constancia se exige la concurrencia de los requisitos del artículo 298.5.º RH.

(64) Esta opinión la sustenta GARCÍA GARCÍA, J. M., *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Civitas, 2001, en la nota 43 del Reglamento Hipotecario.

(65) SAPENA, J., *La registración...*, *op. cit.*, pág. 910, recoge también este temor del legislador: «a juicio del legislador, la rectificación de la medida superficial entraña más peligro que la variación de alguno de los otros datos de hecho que contienen los asientos. De ahí el mayor rigorismo en cuanto a su acceso al Registro», y ALONSO CASADO, J., *El exceso...*, *op. cit.*, pág. 1251, reconoce que «es posible que el hecho de los «excesos de cabida» se deba en algún caso a picaresca jurídica para «encubrir» actos traslativos con los propietarios colindantes o para preparar una invasión de fincas —art. 385 CC— o para intentar «infringir» las normas urbanísticas, hoy preocupación del Centro Directivo respecto de los solares, o para dar margen a «fraudes» y perjuicios al Tesoro Público, o debida a aumento u ocupación de terrenos circunvecinos».

(66) ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo IV, pág. 1269.

(67) RDGRN de 8 de abril de 2000 (*RJA* 2746/2000): «fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca no encubre sino el intento de aplicar el folio de esta última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional».

b) ¿Y LOS DEFECTOS DE CABIDA?

Una posibilidad, no contemplada expresamente en la legislación hipotecaria, es aquélla consistente en la existencia de un «defecto de cabida», es decir, que la superficie que consta en la descripción registral de la finca es superior a la extensión real de la finca; en estos casos, la rectificación del dato ¿tiene virtualidad inmatriculadora?, ¿varía la identidad de la finca?

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (68) mantiene que el caso se englobaría dentro de la rectificación de los datos descriptivos de la finca (69), SAPENA (70) también contempla este caso y entiende que le es extensible el artículo 82 LH: «aplicando la regla “quien puede lo más puede lo menos”»; SANZ FERNÁNDEZ (71) opina que «la determinación de que la superficie es menor que la que constaba en el Registro, no equivale a una cancelación de derechos», y CURIEL LORENTE (72) señala que «bajo el prisma de la concordancia del Registro con la realidad, desde que se regula la rectificación de la superficie de las fincas inscritas, no debiera hacerse distinción entre la mayor o menor cabida. Tan discordante es una manifestación como la otra».

Respecto a este tema, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (73) entienden que «rectificar en menos la extensión de una finca no ofrece peligro para los terceros, y por eso basta para ello el consentimiento del titular inscrito», sin embargo, AMORÓS GUARDIOLA (74) avisa del peligro que también entrañan las reducciones de cabida, ya que «pueden encubrir parcelaciones ilegales, donde no hay licencia de segregación» (75).

Nuestra postura al respecto es la misma que la mantenida en relación a los excesos de cabida, esto es, normalmente se tratará de una mera rectificación de superficie, y sólo cuando se esté ante una desaparición de parte de la finca por efecto de las aguas fluviales (76), se tratará verdaderamen-

(68) *Derechos reales...*, op. cit., Tomo II, 2001, pág. 580.

(69) Aunque añade, *Derecho reales...*, op. cit., Tomo II, 2001, pág. 580, que «se corre el riesgo con ello de la desinmatriculación y que se constituya en un medio para eludir las formas en la transmisión de porciones colindantes».

(70) *La registración...*, op. cit., pág. 912.

(71) *Instituciones...*, op. cit., Tomo II, pág. 260.

(72) *Inmatriculación...*, op. cit., 2001, pág. 220.

(73) *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., 1977, pág. 86.

(74) *Los excesos...*, op. cit., pág. 1126. Este autor pone como ejemplo la RDGRN de 16 de marzo de 2001 (RJA 2183/2001).

(75) BARBONELL LLORENS, C., «Algunas reflexiones sobre las disposiciones que en materia registral ha establecido la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», en *Lunes 4,30*, núm. 205, primera quincena de febrero de 1997, pág. 18, señala que como «la ley no distingue entre excesos y minoraciones de cabida (...) será necesaria la certificación o el acta si se pretende realizar tanto una constatación de un exceso como de una minoración».

(76) Supuestos de aluvión (donde el propietario del fundo superior pierde superficie de su finca), de *avulsio* (porque, aunque el propietario mantiene la propiedad del terreno

te de una inmatriculación, puesto que en tales casos habrá una modificación de linderos (en ocasiones, apenas perceptible) que provocará que la finca pierda su identidad inicial y se configure, con la nueva cabida, como una finca diferente.

En definitiva, y como resumen de todo lo dicho anteriormente, al ser una mera corrección del dato de la superficie, el asiento utilizado para ello no tendrá carácter inmatriculador en ningún caso y consistirá en un simple asiento rectificador (77). En cambio, en los casos de accesión natural será ineludible el previo ingreso de la superficie en el Registro a través de su inmatriculación para proceder posteriormente a su agregación a la finca ya inmatriculada (78).

3. CONSTANCIA REGISTRAL DE LA RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE

a) ANTECEDENTES

Como consecuencia del carácter voluntario que durante largo tiempo ha tenido en el sistema español la consignación registral de la superficie de las fincas, la legislación hipotecaria no contemplaba procedimientos a través de los cuales llevar a cabo la corrección de la cabida en los supuestos en los que la que constase en el Registro fuese errónea (79).

Fue por ello la Dirección General de los Registros y del Notariado la que, a través de sus resoluciones (80), daba solución a los diversos casos

despojados, deberá procederse a su segregación de la finca primitiva que ha perdido terreno o de variación del cauce (art. 372 CC), donde el nuevo cauce que es ocupado por el río deja de pertenecer al propietario y se convierte en bien de dominio público.

(77) ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho Hipotecario...*, op. cit., Tomo II, 1954, pág. 93, nota 1, en el mismo sentido declara que «en puridad ni habría de hablarse de registrar el exceso de medida, pues debería quedar reducido a una simple rectificación de uno de los datos descriptivos de la finca inmatriculada, o sea de una de las características materiales o físicas con que figura una finca en el Registro», todo ello, después de asegurar que la constancia registral de los excesos de cabida sí tiene esencia inmatriculadora.

(78) Si la hipótesis consiste en que la finca perdió terreno como consecuencia de fenómenos naturales, lo más coherente sería proceder a la segregación de la parte perdida.

(79) Según CANO TELLO, C., *Manual de Derecho Hipotecario*, Ed. Civitas, 1992, pág. 176, se trata de una modificación cuantitativa; sin embargo, para HERNÁNDEZ GIL, F., *Introducción...*, op. cit., pág. 115, se está ante una modificación cualitativa, en cuanto que «la rectificación en más de la medida superficial no quiere decir que añadamos a la finca el trozo representado por la mayor cabida que se trata de registrar. No existe tal nuevo trozo».

(80) Vid. en concreto la RDGRN de 14 de marzo de 1876 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. de, *Jurisprudencia...*, op. cit., Tomo I, págs. 622 y sigs.) que fue la

que se le presentaban y empezó a decantar así una doctrina relativa a la corrección de la medida superficial de las fincas que posteriormente se plasmaría en los textos legales. El problema de la materia estribaba en que «aunque en el Registro aparezca inscrita a favor de la persona que transfiera o grave, podrá el artículo 20 ser obstáculo para que se inscriba en todo o en parte la correspondiente escritura, si en ella se concede a la finca más cabida de la que tiene según el Registro» (81). Así, si la diferencia era de poca entidad (82), no había de suponer ningún obstáculo para la práctica del asiento (83), pero en caso de ser importante la diferencia, el Registrador debía suspender la inscripción únicamente en lo relativo a ese exceso no acreditado (84). Para MORELL y TERRY (85): «la adquisición o legítima posesión del exceso de cabida ha de justificarse, o con los títulos en que

primera que abordó el tema de los excesos de cabida y que expresamente exigió, para la rectificación, «la justificación del dominio o de la posesión que prescribe el artículo 20 de la Ley (...) al menos mientras no se pruebe concluyentemente (...) un error involuntario por parte de los peritos o agrimensores encargados de la misma» (de la medición).

(81) GALINDO y DE VERA, L. y ESCOSURA y ESCOSURA, R. DE LA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, Tomo II, Imprenta de la Rifa «Escuelas Católicas», 1880, pág. 345. Vid. RRDGRN de 22 de noviembre de 1893 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo II, págs. 983 y sigs.), de 27 de octubre de 1894 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo II, págs. 1093 y sigs.) y de 28 de julio de 1932 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 291 y sigs.).

(82) El límite solía fijarse en la quinta parte de la cabida inscrita, pero la RDGRN de 4 de noviembre de 1935 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 699 y sigs.) otorgaba al Registrador cierta «libertad» en la valoración del caso: «circunstancia cuya apreciación por el Registrador se hará en cada caso con criterio relativamente discrecional, que debe ser respetado». De hecho en estos supuestos se acudía al artículo 28 del RH de 1869 (que sería después la regla 4.^a del art. 61.4 RH de 1915, y que, a su vez, en los posteriores Reglamentos se convertiría en el art. 51.4), que señalaba que «cuando no resultaren designadas de igual manera todas las circunstancias, sólo se expresarán las que hayan variado, y haciéndose simple referencia a las demás», para registrar estas pequeñas variaciones de cabida.

(83) RRDGRN de 8 de marzo de 1898 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo III, págs. 332 y sigs.), de 9 de noviembre de 1877 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo I, págs. 745 y sigs.).

(84) En palabras de GALINDO y DE VERA, L. y ESCOSURA y ESCOSURA, R. DE LA, *Comentarios...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 85, en esta materia quedaba «mucho a la discreción del Registrador que para negarse o no a inscribir no ha de desdeñar los antecedentes que le subministren el conocimiento de las personas, origen de la finca, tiempo que se posee y demás datos que fácilmente se adquieren a poco de servir un Registro». Vid. RDGRN de 7 de septiembre de 1880 (GALINDO y DE VERA, L. y ESCOSURA y ESCOSURA, R. DE LA, *Colección Oficial de leyes, Reales Decretos, Reales Órdenes, Circulares y Resoluciones, que se han dictado referentes al Registro de la Propiedad Inmueble y demás derechos reales*, 1880, págs. 465 y sigs.).

(85) *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Tomo II, Hijos de Reus Editores, 1917, pág.108.

conste, o por los medios supletorios establecidos en la Ley; informaciones de dominio o de posesión» (86).

El Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915 reguló por vez primera un trámite especial para la rectificación de las superficies que erróneamente constaran en los libros registrales. Efectivamente, en el artículo 504 se contemplaba la posibilidad de que «la medida de un inmueble consignada fuese menor que la realmente comprendida dentro de los linderos en la misma determinados» (87) y a efectos de su acreditación se remitía al expediente de posesión (con los requisitos añadidos de la audiencia del Ministerio Fiscal y de los propietarios colindantes) (88) y al expediente de dominio (89). Pero al regular estos procedimientos, ideados originariamente para inscribir la posesión y el dominio, no se introducía ninguna variación sustantiva para el caso en que se quisiera rectificar la superficie, con lo que se producían desajustes derivados de la distinta finalidad para la que los mismos fueron regulados.

Por tanto, esta rectificación de superficie (90) debía efectuarse de forma que, como ya llevaba años exigiendo la Dirección General, se justificase la adquisición de esa diferencia de superficie que quería hacerse constar registralmente (91); con la remisión a esos procedimientos (expedientes posesorio y de dominio) se estaba dando a entender que la rectificación de la superficie era considerada como un supuesto de excepción al principio de tracto sucesivo y, por ello, un supuesto de inmatriculación (92).

A pesar del tenor literal del precepto reglamentario (art. 504), la Dirección General de los Registros y del Notariado permitía también acudir al

(86) En este mismo sentido, la RDGRN de 30 de noviembre de 1910 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA y JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo IV, págs. 614 y sigs.).

(87) *Leyes Hipotecarias...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 883.

(88) Para ROCA SASTRE, R., *La inscripción...*, *op. cit.*, págs. 121-123, este llamamiento a los colindantes es «inoperante», ya que los supuestos de consignación de excesos de cabida son para ellos «actuaciones *res inter alios acta*».

(89) ROCA SASTRE, R., *La inscripción...*, *op. cit.*, pág. 125, estimaba que el artículo 504 no tenía alcance limitativo, «el mismo solo alude a los expedientes posesorios y de dominio debido a que forma parte del capítulo dedicado a estos expedientes».

(90) Únicamente se prestaba atención a las hipótesis en que la superficie inscrita fuese *menor* que la que realmente poseía la finca.

(91) No obstante, la RDGRN de 25 de julio de 1936 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 857 y sigs.) permitió sin más, la rectificación de la cabida, ya que «en ninguna de las inscripciones de la finca, todas a título lucrativo, aparece segregación alguna que altere la cabida con que se inscribió por la primera (...) se sufrió una equivocación en el título que se tuvo a la vista, sin otra trascendencia».

(92) CORRAL DUEÑAS, F., *La finca...*, *op. cit.*, pág. 320, en cambio, deduce del tenor literal del artículo 504, que «no se contemplaba un supuesto de entidad física o real que comportase una auténtica inmatriculación, sino sólo un exceso de cifra o medida numérica exclusivamente, por lo que quedaba claro que no existía variación alguna en el contorno físico de la finca, fijamente delimitado por sus linderos».

procedimiento regulado en el párrafo tercero (93) del artículo 20 (94), con el fin de obtener la rectificación, doctrina que no hace sino ratificar nuestra opinión según la cual estos supuestos eran vistos como hipótesis inmatriculatorias.

Por fin será en la Ley de 30 de diciembre de 1944, de Reforma Hipotecaria, donde se regulen legalmente los supuestos de exceso de cabida; su artículo 347, párrafo cuarto, establecía la posibilidad de rectificación de la superficie mediante la utilización del acta de notoriedad, del expediente de dominio o del título público de adquisición que se regulaba en el artículo 352 de la misma Ley, siendo estos procedimientos los que se mantienen en el artículo 200 de la vigente Ley Hipotecaria.

Antes de comenzar el análisis concreto de los medios de rectificación hay que tener en cuenta que en este tema confluyen circunstancias opuestas. Por un lado, es cierto que la medida superficial no es definitiva de la finca, siendo los linderos los que delimitan la finca y su extensión, de manera que, por tanto, cuál sea la superficie real, resulta indiferente; pero por otro lado, debe tenerse presente la precariedad con la que hoy en día apare-

(93) La RDGRN de 26 de junio de 1933 (*RJA* 227/1933) fue la primera al efecto y justificó la decisión señalando que «aunque la aplicación de esta excepción exija que la finca o el derecho no se hallen registrados a favor de otra persona, lo que ciertamente es de difícil determinación cuando se trata del exceso en una finca inscrita, dándose, sin embargo, en este caso, la circunstancia de que los linderos de la finca son fijos y de tal naturaleza que alejan la posibilidad de la existencia de terceros colindantes que pudieran ser perjudicados por la inscripción que se pretende, no debe quedar excluido el mismo de aquella excepción...». En el mismo sentido se pronuncian las Resoluciones de 20 de marzo de 1901 (*ibidem*, Tomo III, pág. 768), de 14 de marzo de 1944 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 445 y sigs.) y de 23 de mayo de 1994 (*RJA* 850/1944), si bien exigían para ello que «la finca inscrita aparezca contenida dentro de linderos ciertos, de tal suerte, que pueda ser indudablemente identificada, y siempre que sea, además, pequeña la discordancia entre el título cuya inscripción se pretende y el asiento registral» (vid. también las RRDGRN de 27 de junio de 1935 y de 11 de julio de 1936, ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo VII, págs. 649 y 848).

(94) La utilización de este medio inmatriculador para la rectificación de la superficie contaba con detractores, pero ROCA SASTRE, R., *La inscripción...*, *op. cit.*, pág. 126, neutraliza todos los argumentos esgrimidos en contra, si bien entiende, *ibidem*, pág. 127, que debe mantenerse un criterio limitativo de «los medios de inmatriculación aplicables a los excesos de cabida (...) mientras no entre en funciones un buen ordenamiento catastral». No obstante, años después, el mismo autor (*Derecho...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 95, nota 1), parece desdecirse cuando apunta que existe un «escollo» al querer aplicar el artículo 20 para registrar los excesos de cabida y la dificultad está en «la necesidad de hacer constar de modo fehaciente la anterior adquisición efectuada por quien transfiere en el título público (...) podrá afirmarse que en el título anterior del transmitente ya fue objeto de la transmisión el exceso de cabida, desde el momento que se enajenó todo lo comprendido dentro de los linderos de la finca, pero será difícil producir un documento que acredite fehacientemente la adquisición anterior de la mayor cabida, pues no pueden reputarse como si fueran dos fincas distintas la superficie registrada y la superficie de exceso».

cen delimitadas las fincas en el Registro, circunstancia ésta que convierte a la medida superficial en un dato básico en orden a la identificación de los fundos (95).

b) ACTUALES PROCEDIMIENTOS DE RECTIFICACIÓN

En el momento en que el titular registral detecta la existencia de un exceso de cabida podrá acudir a cualquiera de los medios previstos en el artículo 200 LH, precepto que hoy en día encuentra su desarrollo fundamentalmente en la norma destinada a la regulación de la inmatriculación de fincas por título público (a pesar de que en él se contemplan medios de rectificación distintos del título público): el artículo 298 RH.

Este precepto reglamentario, en su redacción originaria de 14 de febrero de 1947, preveía cuatro fórmulas para consignar la modificación de la extensión, pero dejaba bastante que desear en cuanto a claridad se refiere (96), pues no se señalaba qué documentos debían aportarse ni su contenido, ni si debían ser de carácter traslativo o declarativo, si era posible la rectificación de manera autónoma o la misma había de hacerse con ocasión de la toma de razón de un acto inscribible (97), etc.

Además, ni la Ley Hipotecaria ni su correspondiente Reglamento se plantearon la posibilidad de que la diferencia de cabida existente consistiera en que la superficie reflejada en el folio registral fuera superior a la que real-

(95) Como nos recuerda MADRID PARRA, A., «La cabida en la compraventa de bienes inmuebles», en *RCDI*, núm. 554, enero-febrero de 1983, pág. 60, «en el ámbito de la propiedad horizontal, la cabida de los inmuebles se refiere no sólo a la superficie, sino también al volumen (...) el volumen edificable aparece así como un dato que complementa la extensión planimétrica de la finca», volumen edificable que, por tanto, también, contribuye a una más perfecta identificación del inmueble.

(96) Según ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 103, «este precepto reglamentario merece dura crítica: por cuanto profundiza o acentúa el mal enfoque que viene padeciendo el problema de la registración de los excesos de cabida». Estas críticas continuarían años más tarde, ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo V, págs. 50 y sigs., utilizando para referirse al mismo, términos como «inexpresividad de la legislación hipotecaria», «nebulosa», «confusionismo», etc.

(97) La RDGRN de 16 de diciembre de 1983 (*RJA* 7039/1983), reconoce «que el Reglamento no determina con precisión si estas declaraciones de mayor cabida deben necesariamente realizarse en títulos que contengan otro acto inscribible, o si, independientemente de este medio, cabe además que puedan ingresar a través de un título en que exclusivamente se declara por el propietario la rectificación de la medida superficial de la finca». En esta misma Resolución, la Dirección General acepta, en un principio, la mera declaración unilateral para llevar a cabo la rectificación, pero más tarde apunta que el desarrollo posterior de la legislación urbanística impone una interpretación restrictiva del supuesto D del artículo 298.5 RH, evitando así «que por una simple declaración unilateral pueda ser aumentada sin limitación a través de sucesivas declaraciones la extensión de una parcela de suelo urbano y se pueda infringir la legislación urbanística».

mente constituye la realidad, es decir, los denominados defectos de cabida; fue la doctrina la que dio solución a estas hipótesis, tomando como punto de partida básico el hecho de que, en estos casos, no es posible causar perjuicio alguno a los propietarios colindantes (98). De ahí que, para la doctrina mayoritaria, la propia declaración del propietario de la finca servía para llevar a cabo la corrección (99).

La reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el Real Decreto 393/1959, de 17 de marzo, incidió levemente sobre la materia, pues la única modificación al respecto fue la relativa a la publicidad de la rectificación de superficie, ya que con esta reforma se contempla expresamente en el párrafo 6.º la necesidad de publicación de edictos en aquellos casos en los que la rectificación de superficie se llevase a cabo utilizando el título público.

Esta incompleta regulación de los excesos de cabida ha mejorado con la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (100), pues ha incluido cambios que facilitan la interpretación del artículo 298 RH y además, se introducen medios más sencillos de rectificación y más acordes con esta finalidad.

(98) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, Tomo II, 2001, pág. 580, nota 20, sí que ve posibles riesgos en estos supuestos: el riesgo de la desinmatriculación y el riesgo de que se constituya en un medio para eludir las formas en la transmisión de porciones a los colindantes, «Además en ello puede haber un fraude para acreedores legítimos». La RDGRN de 22 de febrero de 2003 (*RJA* 3942/2003) señala que la disminución de la cabida «puede traer consigo la desinscripción de una parcela con objeto de volverla a inmatricular, con infracción de las normas urbanísticas sobre división de fincas, o, incluso, puede encubrir una transmisión de terrenos entre fincas colindantes, con infracción de los sistemas de transmisión establecidos en la legislación». También se plantea una posible reducción de la cabida la RDGRN de 16 de marzo de 2001 (*RJA* 2183/2002).

(99) HERNÁNDEZ GIL, F., *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 116: «para hacer constar la menor cabida basta el consentimiento del titular inscrito», en los mismos términos se expresan LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, pág. 97; SAPENA, J., *La registración...*, *op. cit.*, pág. 912: «basta el consentimiento del titular inscrito (...) debe regirse por lo dispuesto en el artículo 82 LH, aplicando la regla “quien puede lo más puede lo menos”». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, Tomo II, 2001, pág. 580, nota 20, incluye este supuesto bajo las reglas de rectificación de datos descriptivos de la finca. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. y POZO CARRAS-COSA, P. DE, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Ed. Marcial Pons, 2000, pág. 110, de forma más cautelosa, declaran que, «si se inscribe un título traslativo donde consta la menor cabida de la finca inscrita, el Registrador hará constar la menor cabida, siempre que no existan terceros con derechos inscritos o anotados que puedan resultar perjudicados».

(100) En palabras de CORRAL DUEÑAS, F., *La finca...*, *op. cit.*, pág. 322, una de las causas de la reforma es que el artículo 205 LH se desarrollaba en el artículo 298.5.º con «una amplitud difícilmente admisible». No obstante, en relación a esta reforma de 1998 es necesario tener presente que una parte importante de la misma ha sido anulada por varias sentencias de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, siendo de destacar, por su incidencia sobre la materia a la que nos estamos refiriendo, la de 31 de enero de 2001 (*RJA* 1083/2001).

Esta nueva redacción de 1998 tiene su origen inmediato en la regulación que de la materia de los excesos de cabida se hizo en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 53.8 y 10) (101); según dicho artículo 53 (102) cabía distinguir varios supuestos (103):

- a) En primer lugar, para la «rectificación de la cabida» bastaba la certificación catastral gráfica y descriptiva de la finca, siempre que a pesar de las diferencias descriptivas existentes entre el documento catastral y el folio registral, fuera posible afirmar que efectivamente se trataba de la misma finca (en nuestra opinión la referencia que el inciso legal hace a los tipos de linderos únicamente tenía incidencia para los casos en que se pretendan modificar éstos, y no en los supuestos de registración de la cabida real de la finca).
- b) Para aquellos casos en los que la diferencia de superficie fuese inferior a una quinta parte de la cabida inscrita y no hubiese posibilidad de utilizar la certificación catastral descriptiva y gráfica (104), se

(101) La utilización de las leyes de acompañamiento para la modificación de diversidad de materias es una técnica totalmente reprobable. Díez PICAZO, L., «Constitución. Ley. Juez» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, 1985, pág. 11, se refiere a ellas como «una especie de *totum revolutum* en que se anuncia algo así como el anual edicto del pretor», y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas», en *Cuadernos Civitas*, 1999, pág. 77, hace responsables a estas «leyes de acompañamiento», junto con la desaparición de la exigencia de que todo proyecto de nueva disposición fuese acompañado de una tabla de vigencias, del agravamiento de la problemática codificadora de los últimos tiempos.

(102) Los apartados 1, 3, 4 y 11 de este artículo 53 (junto con los arts. 50-52, y 54-56) han sido derogados por la Disposición Derogatoria Única del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario de 5 de marzo de 2004, no obstante, se mantienen vigentes los demás apartados, entre ellos los que contemplan la rectificación de superficie.

(103) CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, págs. 227-228, llama la atención sobre el hecho de que en esta Ley no se trate la reducción de cabida ni la delimitación de linderos fijos o de tal naturaleza que no existe posibilidad de perjuicio a los colindantes. La primera objeción puede salvarse alegando que con la utilización de la expresión «rectificación de la cabida» se incluyen también las disminuciones o defectos de cabida. AMORÓS GUARDIOLA, M., *Los excesos...*, *op. cit.*, pág. 1126, opina que con la entrada en vigor de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, las reducciones de cabida sí son tenidas en cuenta, a pesar de que: «tras la citada ley que habla de modificaciones de cabida, el Reglamento Hipotecario vuelve atrás y se circunscribe exclusivamente a los excesos de cabida», opinión que no compartimos, basándonos en que la interpretación del artículo 298.3 RH debe hacerse a la luz de la Ley Hipotecaria y de la Ley 13/1996. La RDGRN de 16 de junio de 2003 (RJA 4650/2003), señala que «es cierto que la legislación hipotecaria se ocupa sólo de los excesos de cabida, pero también lo es que la legislación más moderna (cfr. art. 53 de la Ley 13/96) se refiere a la rectificación de cabida, y no sólo al exceso».

(104) La RDGRN de 22 de febrero de 2003 (RJA 3942/2003) mantiene que la certificación catastral gráfica y descriptiva no es necesaria en el supuesto concreto, dada la «pequeña entidad de la rectificación que se pretende y que el Registrador no plantea duda sobre la identidad de la finca».

permitía la utilización del informe o certificado del técnico competente (siendo necesario también, en este caso, que el Registrador no tuviera dudas acerca de la identidad de la finca) (105). Este medio supuso una auténtica novedad, pues era la primera vez que se permitía el empleo del simple informe para rectificar la cabida.

- c) Cualquiera que fuera la superficie a rectificar, se preveía el recurso al acta de notoriedad tramitada según la legislación hipotecaria (y no la notarial), exceptuándose el requisito de la aprobación judicial final de la misma, y a la cual debía acompañarse un plano de situación del predio a la misma escala que el que constase en el Catastro y un informe del técnico competente relativo a la superficie o linderos. Aunque este medio ya se preveía, la novedad radicaba en que ahora se le añadían más requisitos buscando una mayor seguridad (a la vez que se le liberaba de la aprobación judicial).

En cuanto a la valoración de la regulación hecha por esta Ley, hay que enjuiciar favorablemente el cambio de denominación que se lleva a efecto (si no en todo el precepto, sí en alguna ocasión) al referirse a la materia con la expresión de «rectificación de la cabida» o «modificación de superficie», pues con ello se permitía englobar bajo esta denominación distintas situaciones que pudieran darse (incluidas las disminuciones de superficie) y desde el punto de vista lingüístico resulta igualmente más correcta.

Da la impresión de que con esta Ley de 1996 pretendía facilitarse la rectificación de la superficie, pero la doble regulación existente sobre la materia (esta Ley de 30 de diciembre de 1996 y el art. 298 RH) provocaba ciertas distorsiones que era preciso eliminar, de ahí que con la reforma de 4 de septiembre de 1998 también se quisiera llevar a cabo una armonización de ambas normativas (106).

(105) La RDGRN de 16 de mayo de 2005 (*RJA* 5377/2005) manifiesta que aun tratándose de rectificaciones de superficie tan nimias, es necesario que el legislador no tenga dudas acerca de la identidad de la finca.

(106) Correctamente señala CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 1998, pág. 341, que el nuevo artículo 298.3 RH «no se limita a desarrollar, como en la inmatriculación de las fincas, el medio autorizado por el artículo 205 LH, sino que contempla todos los supuestos permitidos por el artículo 200 LH (...) y por la Ley 13/1996», y es que no debemos olvidar que esta última Ley se sitúa al mismo nivel que la Ley Hipotecaria, de ahí que deba tenerse en cuenta también a la hora de interpretar dicho precepto reglamentario. Pero MARTÍNEZ SANCHEZ, J. A., *Comentario a la reforma hipotecaria*, Colegios Notariales de España, pág. 126, concluye que la causa de «las burdas contradicciones en que incurre el punto tercero del artículo 298» está en que la Ley 13/1996 ha introducido un nuevo medio de inscribir los excesos que absorbe la inmatriculación por título público, afirmación con la que no estamos de acuerdo, pues lo que debe intentarse es lograr la mejor adaptación posible del Reglamento a lo dispuesto por dicha Ley.

La primera novedad (107) de la reforma de 1998 procede del cambio de estructuración formal que se da al artículo 298, de manera que, con la nueva redacción se dedica a la materia de la rectificación de superficie un apartado completo (el tercero), y en el mismo se hace mención, como instrumentos para modificar el dato de la superficie, no solamente al título público y demás medios a los que ya aludía la anterior redacción, sino también a aquellos otros recogidos en la Ley Hipotecaria (expediente de dominio y acta de notoriedad). En nuestra opinión, este cambio es laudable, pues ayuda a una mejor comprensión de la materia, pero si se hace referencia a otros medios distintos del título público, lo más adecuado hubiera sido dedicar un precepto independiente a la regulación de los «excesos de cabida» que los deslindara del fenómeno inmatriculador y agrupara en un mismo artículo los diferentes medios existentes.

En el apartado tercero del artículo 298 se intenta llevar a cabo una distribución de la materia que permita un mejor entendimiento de la misma (108). Para ello el redactor elaboró una especie de «escala» o gradación de los excesos y para diferenciarlos acudió a distintos vocablos: inmatriculación (109) (art. 298.3, párr. 1.º), inscripción (art. 298.3, párr. 2.º) y rectificación de superficie (art. 298.3, párr. 4.º). Parece como si a medida que va haciendo uso de las distintas expresiones el Reglamento Hipotecario fuese descendiendo de casos en los que la diferencia de cabida es mayor, a supuestos en los que la misma es menos significativa. Si bien esta técnica puede, en principio, ayudar a una mejor comprensión de las distintas hipótesis e instrumentos posibles, a la larga no es beneficiosa, pues en ella se prescinde del rigor terminológico que debe presidir el lenguaje jurídico (y así, no puede hablarse de inmatriculación

(107) MORALES MORENO, A. M., *Publicidad...*, *op. cit.*, pág. 210, resalta el hecho de que haya desaparecido de la vigente regulación de los excesos de cabida la referencia a «los linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de perjudicar a terceros colindantes», pero entiende que, a pesar de esta desaparición, esta circunstancia deberá tenerse en cuenta «pues, seguramente, sólo en estos casos será en los que el Registrador no ha de tener dudas sobre la identidad de la finca», opinión ésta que nos parece un tanto rigurosa si se tiene en cuenta que es posible que también en otros casos el Registrador pueda declarar acreditada la identidad de la finca.

(108) MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 122, detecta la existencia de una novedad de carácter formal en el nuevo texto reglamentario que se refleja en el folio registral: «del texto del artículo reglamentario desaparece la frase inicial, igualmente referida a los excesos, acerca de la falta de necesidad de previa inscripción, lo que no deja de ser sintomático de cara al futuro para aquellos casos en los que la petición vaya unida a un título traslativo: en vez de reflejarse en el cuerpo de la inscripción expresiva de la transmisión, parece seguirse de la norma que habrá dos inscripciones».

(109) CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 218, señala que «ha primado en la legislación un cierta querencia al concepto de inmatriculación», y SAPENA, J., *La registración...*, *op. cit.*, pág. 911, se muestra partidario de que esta rectificación de la superficie no esté sujeta «al rigorismo de la inmatriculación», ya que hay que «buscar las mayores facilidades para lograr en este punto la perfecta adecuación entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral».

cuando no hay verdadera inmatriculación, ni de inscripción, cuando hay una mera rectificación de un dato descriptivo) (110).

Delimitación de casos

INMATRICULACIÓN DE LOS EXCESOS DE CABIDA (111). Para que sea posible el empleo de este instrumento no se exige ningún requisito en relación a la dimensión de la diferencia de superficie, de manera que será posible acudir a él en cualquier caso. Como ya se ha visto, la posibilidad de utilizar el título público de adquisición ya se preveía con carácter general desde el Reglamento Hipotecario de 1947, pero ahora se trata de dar una redacción más comprensible a esta regulación, pues la versión primitiva era bastante simple e incompleta.

Se especifica que será necesario un título traslativo (112) y que el documento fehaciente referido a la adquisición previa lo que debe acreditar es que el transmitente adquirió la finca con la mayor cabida que hoy se pretende registrar (113); teniendo presente que lo que se exige es acreditar

(110) También MORALES MORENO, A. M., *Publicidad...*, *op. cit.*, pág. 212, sostiene que la utilización de vocablos distintos «no es más que una utilización poco rigurosa de diferentes términos para expresar una misma idea». Y destaca, *ibidem*, pág. 212, los diversos criterios utilizados al respecto, ya que si bien «un criterio presente en esa regulación es el que atiende a la importancia o magnitud de la cabida (...) hay otros procedimientos de aplicación general, que no tienen en cuenta la magnitud del exceso». De «distinción ilógica» la califica MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 123.

(111) Éste es el único supuesto del que se puede decir que es desarrollo del artículo 205 LH, pues los demás (inscripción y rectificación de excesos de cabida) emplean medios que no tienen nada que ver con el título público del citado precepto legal.

(112) Para MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 123, es válido también el empleo de un título declarativo, por ejemplo, una escritura pública en la que se declare el exceso coincidentemente con la certificación catastral. No estimamos correcta esta opinión, ya que la remisión al apartado 1 del artículo 298 hace que deba tomarse la interpretación efectuada respecto de la inmatriculación de fincas por título público, donde se exigía un título traslativo. También rechaza la tesis de MARTÍNEZ SANCHIZ, CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 232. GONZÁLEZ MENESES-ROBLES, M., «Inmatriculación de fincas y acceso al Registro de excesos de cabida conforme a la nueva normativa», en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pág. 1920, hace una interpretación de esta posibilidad de «inmatriculación» tanto compleja: «conforme a este párrafo (se refiere al primero del art. 298.3 RH), *siempre será necesario que exista un título traslativo de la finca cuyo exceso de cabida se pretenda acceder al Registro y, además, este exceso no sólo debe reflejarse en dicho título traslativo, sino que el que aparezca en el mismo como transmitente o causante debe probar su titularidad sobre dicho exceso, ya que se dice "siempre que acredite en la forma prevista en el apartado primero la previa adquisición de la finca por el transmitente con la mayor cabida resultante"*».

(113) Según CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 232, «no será necesaria la presentación de la documentación complementaria si la nueva superficie

la mayor cabida de la finca, no entendemos (y criticamos) cómo a tal fin puede servir un documento que sólo es fehaciente respecto de la fecha (tal y como permite el art. 298 RH por remisión al art. 1.227 del Código Civil).

Al igual que respecto a la inmatriculación de fincas, será posible sustituir el documento fehaciente por el acta de notoriedad complementaria cuyo objeto será la acreditación de la notoriedad de que efectivamente existe una diferencia de superficie (114), pues es esta última circunstancia la que pretende hacer constar (se supone que el propietario ya era dueño de toda la cabida según la teoría del cuerpo cierto).

Además, será necesaria la expresión de la referencia catastral. No se señala en qué documento deberá venir expresada la misma, mas, en nuestra opinión, bastará con que venga reflejada en el título público «inmatriculador», ya que éste es el título inscribible y, dado que la exigencia de la constancia de la referencia catastral es relativamente moderna, resultaría demasiado riguroso requerir *también* su constancia en el documento fehaciente (pues el mismo puede, no siempre será así, poseer ya cierta antigüedad). La obligación de que se aporte la referencia catastral es una consecuencia más de la política iniciada en 1980 (115), y cuya última expresión legal ha sido la Ley del Catastro Inmobiliario de 5 de marzo de 2004 (116), dirigida a lograr una mayor colaboración entre la Oficina Catastral y el Registro de la Propiedad

ya resultara del Registro por haberse reflejado en una inscripción anterior, en la que se hubiera suspendido la inscripción del exceso de cabida». Del mismo parecer es AMORÓS GUARDIOLA, M., *Los excesos...*, *op. cit.*, pág. 1127.

(114) Finalmente, también admite este recurso al acta de notoriedad complementaria, CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 232, pero su objeto será «la declaración de que el transmitente es tenido por dueño de la finca, pero de la finca tal como ahora se pretende inscribir, es decir, con la nueva superficie»; no mantenía la misma opinión en otra obra anterior, *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 1998, pág. 343, donde alegaba en pro de su rechazo del acta complementaria que «no ha lugar a pedir la declaración de la notoriedad de un hecho (ser tenido por dueño) que el Registro presume (art. 38 LH); por otro lado, el acta de notoriedad habría de tener el objeto específico de acreditar la mayor cabida, por lo que estaríamos en el supuesto contemplado en el artículo 298.3, párr. 3.º RH». Pero no hay que olvidar que se está ante una presunción *iuris tantum* y que el objeto del acta complementaria es la acreditación de que esa mayor cabida *ya existía* cuando el transmitente adquirió la finca, además de que la tramitación del acta del párrafo tercero es diferente de la tramitación notarial que debe seguir el acta de que estamos tratando. AMORÓS GUARDIOLA, M., *Los excesos...*, *op. cit.*, pág. 1127, y NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D., *Algunas...*, *op. cit.*, pág. 2114, se muestran igualmente partidarios del uso del acta de notoriedad complementaria.

(115) Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, por el que se dispone la Coordinación del Catastro Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (BOE de 31 de mayo de 1980).

(116) En los artículos 38 y sigs. de esta Ley se regula la obligación de constancia de dicha referencia catastral en distintos tipos de documentos (administrativos, notariales, etc.), así como su constancia registral.

que redunde en beneficio de una mejor identificación de la finca que evite los problemas que esta carencia provoca.

Será necesario aportar también una certificación catastral gráfica y descriptiva de la finca que permita deducir que se trata de la misma finca y que está catastrada a nombre del inmatriculante o del transmitente (117).

Por último también es requisito indispensable, para notificar la operación a todos los posibles interesados, la publicación de edictos en las mismas condiciones previstas para el supuesto de inmatriculación de fincas.

Este primer caso de «inmatriculación» de excesos de cabida, según MORALES MORENO (118), ha perdido «virtualidad» al ser posible la utilización directa de la certificación catastral para la registración de la mayor cabida, sin necesidad de ningún otro documento (119).

INSCRIPCIÓN DE LOS EXCESOS DE CABIDA. Bajo esta expresión se prevén cuatro medios de constancia del exceso de cabida. Así, en primer lugar será válida la certificación catastral, que deberá permitir la perfecta identificación de la finca con la que ya está registrada, sin necesidad de título traslativo (120) (esta forma se preveía ya en el art. 53.8 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, pero ahora el redactor sí que señala expresamente que bastará esta simple certificación administrativa para llevar a cabo la corrección) (121). Para hacer uso de este primer medio no se exige que la superfi-

(117) Según MORALES MORENO, A. M., *Publicidad...*, *op. cit.*, pág. 216, con tal exigencia el Reglamento Hipotecario «desvirtúa» el artículo 200 LH, opinión que no compartimos por entender que los nuevos requisitos buscan dotar de una mayor eficacia al sistema registral y, a pesar de que no vengan exigidos por la Ley Hipotecaria, debido quizá a su novedad, tampoco están prohibidos, lo que permite su admisión. Ello no significa que el artículo 200 LH se desvirtúe, porque su espíritu continúa siendo el mismo, simplemente se rodea de más garantías, garantías que vienen impuestas por otra Ley (Ley 13/1996, de 30 de diciembre), que en este punto se sitúa *junto a* la misma Ley Hipotecaria.

(118) *Publicidad...*, *op. cit.*, págs. 216-217, pero justifica el mantenimiento del recurso al título público diciendo, *ibídem*, pág. 217, nota 115, que el procedimiento de la certificación catastral «exige que estén suficientemente desarrollados los trabajos de elaboración del Catastro y que el Registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca. Por eso es razonable mantener otros medios para hacer constar el exceso de cabida».

(119) Opinión no compartida por MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 122.

(120) CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 1998, pág. 329 ve, en la no exigencia de un título traslativo, una muestra del desbordamiento del Reglamento Hipotecario respecto de la Ley Hipotecaria.

(121) No obstante, GONZÁLEZ-MENESES ROBLES, M., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, pág. 1921, mantiene que la certificación catastral deberá venir en todo caso contenida en un título: si éste es declarativo no se requerirá que la finca en el Catastro esté a nombre del transmitente o adquirente, pero si es traslativo de dominio, la finca deberá estar catastrada a nombre del titular inscrito. Es de la misma opinión CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, pág. 237, aunque más adelante, *ibídem*, pág. 238, parece cambiar de postura al señalar que en estos casos no se requerirá «aportar un título traslativo, ni otro documento complementario que la propia certificación catastral»; este mismo autor, *ibídem*, pág. 238, añade que no será necesario que la finca figure catastrada a

cie a corregir sea de una magnitud determinada (122). Es fácilmente deducible que esta fórmula es una de las más sencillas, aunque pueden existir dificultades en el caso de que la finca registral no coincida exactamente con la parcela catastral que es objeto de la certificación (123). La facilidad de este medio sintoniza con la tendencia al mantenimiento de una relación de correspondencia entre el Catastro y el Registro de la Propiedad y con la necesidad de hacer viable la coincidencia de lo inscrito con la realidad. Se podría criticar que se dejase en manos de una institución puramente administrativa, cual es el Catastro, la decisión sobre la verdadera cabida de una finca, pero no se puede perder de vista que con la registración de un exceso de cabida, no se hace ninguna declaración con trascendencia jurídica, pues la finca será, en todo caso, la que se encuentra delimitada por los linderos señalados (aun siendo conscientes de la precariedad de la determinación de los límites) según se deduce de la teoría del cuerpo cierto. Por tanto, ante esta concurrencia de intereses contrapuestos debe primar en estos supuestos la necesidad de facilitar los medios para que el Registro sea fiel reflejo de la realidad.

nombre del titular registral, «por no tratarse de una inscripción de transmisión de dominio, sino de mera rectificación». CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios de sobre Derecho Hipotecario*. Tomo I. Ed. Marcial Pons, 2000, pág. 499, deduce que la certificación deberá venir acompañada por un título público del artículo 3 LH, pero éste no tendrá porqué ser transmisivo de dominio (en igual sentido, GARCÍA MÁZ, F. J., «Breves notas al Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, con especial consideración a las inmatriculaciones y a los excesos de cabida», en *RCDI*, núm. 655, 1999, pág. 2239, y BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J. T., «Inmatriculación de fincas e inscripción de excesos de cabida. Reforma del artículo 298 del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 41, octubre de 1998, pág. 2733). GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Civitas, 2004, pág. 579, nota 51, mantiene que sí es necesario un título público que acompañe a la certificación catastral. AMORÓS GUARDIOLA, M., *Los excesos...*, *op. cit.*, pág. 1127, apunta que bastaría, al ser ya la certificación un documento público administrativo, una instancia con las firmas legitimadas notarialmente o ante el Registrador. En nuestra opinión, dado el tenor literal del precepto (el párrafo termina diciendo: «sin necesidad de título traslativo»), creemos que basta por sí sola la certificación catastral, si bien, tampoco rechazamos el parecer de AMORÓS GUARDIOLA.

(122) Sin embargo, como señala la RDGRN de 18 de febrero de 2005 (*RJA* 2071/2005), es ineludible que las circunstancias concurrentes en el supuesto no lleven a dudar en torno a la identidad de la finca cuya extensión se pretende rectificar.

(123) GARCÍA MÁZ, F. J., *Breves notas...*, *op. cit.*, pág. 2239, ante el silencio del Reglamento estima que sería plenamente válida al fin de la inscripción del exceso la certificación catastral que hiciera referencia a personas distintas del transmitente o del adquirente, siempre que no existan dudas de la finca sobre la que está operando el exceso de cabida. Esta tesis encuentra apoyo en la doctrina de la DGRN, pues si bien en relación a un supuesto de *inmatriculación de finca*, las RRDGRN de 17 y 18 de febrero de 2004 (*RJA* 5496/2004 y 5497/2004) admiten la certificación catastral donde consta catastrada la finca a nombre de los vendedores del título previo.

Como segundo medio de «inscripción» de excesos de cabida, se contempla el informe o certificado de técnico competente, y aunque el Reglamento remite a la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, esta remisión es inútil, pues no añade nada nuevo al respecto. También aquí se especifica que no se requiere título traslativo que sirva de causa eficiente que permita realizar la rectificación, pero sin embargo, en aplicación del principio de titulación pública sí que es necesario que el propietario lleve a cabo en documento público una declaración donde deje constancia de la existencia del error en la superficie de la finca (124). Para que este medio pueda ser utilizado se requiere que la diferencia de superficie existente sea inferior a la quinta parte de la cabida inscrita (proporción tradicional en nuestra legislación hipotecaria dentro de los supuestos de rectificación de superficie) y que, de nuevo, el Registrador pueda deducir que se trata de la misma finca. No se especifica qué tipo de técnico será el competente (125).

La tercera posibilidad consiste en acudir, cualquiera que sea la diferencia de superficie, al expediente de dominio (126) (choca que esta opción se prevea en el art. 298 RH, que está destinado a desarrollar el art. 205 LH), cuyo fin será la acreditación de que la finca que aparece inscrita en el Registro tiene una cabida diferente (mayor o menor) a la que consta en el Registro (127), ya que

(124) Para CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 500, bastará en estos casos, dada la escasa entidad del exceso, el documento privado con firma notarialmente legitimada. Según AMORÓS GUARDIOLA, M., *Los excesos...*, *op. cit.*, pág. 1127, en este punto se creyó que el certificado, correspondientemente visado por su colegio profesional, era un título auténtico, de ahí que no se precise título traslativo.

(125) Según PAU PEDRÓN, A., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pág. 142, nota 75, es válida la certificación catastral, pues está emitida por un técnico competente. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código...*, *op. cit.*, 2004, pág. 579, nota 51, destaca que en este caso no se exige la aportación de plano alguno.

(126) RICA y ARENAL, R., *Comentarios...*, *op. cit.*, Parte 2.^a, pág. 330, señala que estos expedientes «tendrán escasa aplicación en la práctica, ya que la vigente legislación ofrece abundantes, económicos y fáciles medios para registrar esas diferencias de cabida». Vid. las RRDGRN de 11 de febrero de 1956 y de 19 de abril de 1972 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo IX, págs. 417 y 633).

(127) Para SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 263: «su fin será acreditar que una finca inscrita tiene mayor superficie que la que consta en el Registro»; según CORRAL DUEÑAS, F., *La finca...*, *op. cit.*, pág. 321, su objeto es «justificar que al adquirir la finca el titular que lo insta, ésta ya tenía la superficie que se quiere hacer constar en el Registro». Y es que hay que evitar ciertas confusiones como recalca BOLAS ALFONSO, J., «La concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral», en *Derecho Hipotecario*, CGPJ, noviembre de 1994, pág. 56: «la finalidad de este expediente no es acreditar la adquisición del dominio de la mayor cabida, sino acreditar que una finca inscrita tiene mayor superficie». También se une a esta opinión CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 500. De opinión contraria era ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo II, 1954, pág. 108, para quien su objeto era «justificar la adquisición del dominio del exceso de superficie, que se pretende registrar», pero en su obra posterior, ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo V, pág. 53, cambia de rumbo y declara que su objeto es «dejar justificado

cuando se realizó la adquisición se hizo respecto a *todo* lo que estaba dentro de los linderos (la adquisición ya está hecha, únicamente debe rectificarse, justificadamente, un dato). En sustancia se corresponde con el expediente previsto para la inmatriculación de fincas, efectuándose algunas modificaciones, lógicas, con el fin de adaptarlo a la distinta finalidad. Así, la certificación registral que se aporte deberá contener la última inscripción de dominio y la descripción de la finca (128) (art. 201 LH), y el último titular que conste en la misma deberá coincidir con la persona que solicita la rectificación (art. 287 RH) (129). Es de destacar que será el Juez que tramite el expediente el que deba decidir en exclusiva si la finca cuya superficie se pretende rectificar es la misma que la que consta inscrita, de forma que el Registrador en el momento de calificar el auto que puso fin al expediente de dominio no podrá ya entrar a comprobar esa identidad de fincas (130).

En último lugar, cabe acudir al acta de notoriedad (131) (el precepto habla de «acta de presencia y notoriedad»). En este punto sí que se ha producido un cambio importante desde que en la Ley de 30 de diciembre de 1944 se contempló el acta de notoriedad como título apto para hacer constar registralmente la existencia de un exceso de cabida (132). El cambio

que, *al adquirir la finca su actual dueño, ésta ya tenía la extensión real que se pretende hacer constar en el Registro*».

(128) Como señala MORALES MORENO, A. M., *Publicidad...*, *op. cit.*, pág. 220, «la descripción nos señala también un límite: la delimitación de la finca practicada a través del expediente, como medio de determinación de su cabida, *no podrá contradecir* la descripción que figura en el Registro de la Propiedad. En otro caso estaríamos traspasando los límites de lo que es el cometido de este procedimiento: asignar la verdadera cabida a una finca que ya se halla inscrita; no se daría la certeza en la identidad de la finca».

(129) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 469, se lamenta de que no se exija expresamente en la misma legislación una medición pericial o plano de la finca, aunque «es indudable que es uno de los medios de prueba más adecuados al expediente» y que, por tanto, este medio se utilizará.

(130) RDGRN de 28 de abril de 2005 (*RJA* 5582/2005).

(131) Su fin es «acreditar el hecho de que la finca tiene una extensión real superior a la obrante en el Registro, siempre que pueda comprobarse por notoriedad», CORRAL DUEÑAS, F., *La finca...*, *op. cit.*, pág. 322. De la misma opinión es SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 264. En otro sentido, ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo II, 1954, pág. 109, delimita su objeto en la acreditación de «la notoriedad del hecho de *ser reputado o considerado como dueño del exceso de cabida a registrar*»; sigue esta última postura, MORALES MORENO, A. M., *Publicidad...*, *op. cit.*, pág. 226; al igual que ya sucedió respecto al expediente de dominio, ROCA SASTRE en su obra posterior, ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo V, pág. 55, modifica su postura y reconoce como objeto del acta de notoriedad, la notoriedad de que cuando se adquirió la finca por el actual propietario ya tenía la cabida que hoy pretende hacerse constar.

(132) SANZ FERNÁNDEZ, A., «Actas de notoriedad para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido y la inscripción de excesos de cabida», en *RDN*, 1985, pág. 61, señaló respecto de la regulación de la época: «la crítica de la Ley ha de ser necesariamente desfavorable y extremadamente severa. La doble tramitación notarial y judicial supone (...)

fue introducido por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que, en su artículo 53.10, establecía una nueva tramitación de estas actas con aquel fin (133); como se ha visto, esta Ley instauraba un nuevo tipo de acta de notoriedad que seguiría la tramitación prevista en la legislación hipotecaria (art. 203 LH) con la importante excepción de que no sería necesaria la aprobación judicial final de la misma. Ante esta novedad la doctrina se preguntaba si, tras la promulgación de la Ley de 1996, el acta regulada en el artículo 203 LH debía entenderse derogada o si, por el contrario, convivían los dos tipos. En nuestra opinión, corroborada por la reforma reglamentaria de 4 de septiembre de 1998, cuando el acta se utilizara con el fin rectificador de la cabida a que nos estamos refiriendo, se emplearían los trámites previstos en dicho artículo 53.10, dejándose la tramitación del artículo 203 LH para aquellos casos en que las actas de notoriedad se dirigieran a la reanudación del tracto sucesivo interrumpido. Y es que la Ley de 30 de diciembre de 1996 es una norma idónea (*lex posterior*) para la modificación de la Ley Hipotecaria dado su mismo rango normativo (134).

Pero junto a la novedad de la desaparición del requisito de la aprobación judicial (135), también se han introducido otras novedades como es la necesi-

crear una figura híbrida (...) da lugar a una duplicidad de gastos y una complicación tal (...). Las actas de notoriedad debieron: o ser tramitadas sin aprobación judicial o ser rechazadas en absoluto. La fórmula legal intermedia ha dado lugar a la introducción de preceptos absurdos, prácticamente inaplicables»; y este último autor acaba señalando, *ibídem*, pág. 61, nota 72, que «cualquiera de los medios admitidos por la Ley de 1946 y el Reglamento de 1947 son de más sencilla aplicación».

(133) Según MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 128, en la Ley de 30 de diciembre de 1996 se prevé para los supuestos dudosos y es el Reglamento Hipotecario el que desmiente tal conclusión (según este autor el párrafo quinto del art. 298.3 RH está dedicado a desmentirla). Pero creemos que estas palabras proceden de una incorrecta interpretación del artículo 53.10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, pues la alusión a las dudas sobre la identidad de la finca hay que entenderla referida al supuesto en el que se pretenda llevar a cabo una modificación de los linderos de la finca, y no una rectificación de la superficie.

(134) CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 228, sostiene también esta opinión de que la Ley 13/1996 modificó la reglamentación del acta de notoriedad de la Ley Hipotecaria. Del mismo parecer son BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J. T., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, pág. 2733 (quien considera que la Ley de 1996 como ley posterior «ha venido a derogar en cuanto al exceso de cabida el acta del Reglamento Hipotecario») y CONCEIRO DEL RÍO, J., *La inmatriculación...*, *op. cit.*, pág. 98. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código...*, *op. cit.*, 2004, pág. 260, nota 23, entiende, en cambio, que el procedimiento del artículo 53.10 de la Ley 13/1996 «ha de interpretarse que es alternativo al del acta de notoriedad para acreditar excesos de cabida a que se refiere el presente artículo 203 (...), pues no se deroga el artículo 203 LH, sino que se da esa otra opción, en que se prescinde de la aprobación judicial».

(135) Según PAU PEDRÓN, A., *Elementos...*, *op. cit.*, 2003, pág. 143, sí que se requiere aprobación judicial porque, según este autor, para hacer constar los excesos de cabida, junto al acta regulada en el artículo 53.10 de la Ley 13/1996, continúa vigente la del artículo 203 LH; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, Tomo II, 2001,

dad de incorporar un plano de situación a la misma escala que el que consta en el Registro y un informe del técnico competente (de nuevo aparece aquí este misterioso personaje) sobre su medición, superficie y linderos (136).

Parece oportuno preguntarse por qué, tanto la Ley 13/1996 como el Reglamento Hipotecario, tras la reforma de 4 de septiembre de 1998, hablan del «acta de presencia y notoriedad», como si se tratase de una misma acta, cuando en el Reglamento Notarial se contemplan como dos tipos distintos de actas (arts. 199 y sigs. RN, para las actas de presencia, y arts. 209 y sigs. RN para las de notoriedad). En concreto, las actas de presencia están destinadas a recoger aquellos hechos que pueden ser percibidos directamente por el Notario («según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos») (137), de ahí que conforme su diverso objeto sea posible hablar de actas de remisión de documentos por correo, actas de notificación y requerimiento o actas de exhibición de cosas o documentos. En cambio, el fin de las actas de notoriedad es la «comprobación y fijación de hechos notorios». Si su finalidad es distinta, ¿por qué se equiparan en los preceptos destinados a regular la constatación de un exceso de cabida?, ¿puede deberse, una vez más, a una muestra de la falta del rigor jurídico con el que se redactan hoy en día las disposiciones normativas? En nuestra opinión, en primer lugar, esta circunstancia es ejemplo de la confusión terminológica en que está inmerso el legislador, pues carece de los conocimientos notariales necesarios para distinguir ambos tipos de instrumentos notariales (138). En segundo lugar, desde nuestro punto de vista, estamos ante la materialización de las dudas que asaltaron al legislador en el momento de redactar el artículo 53.10 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (el Reglamento Hipotecario no hizo más que seguir lo dispuesto en esta Ley); efectivamente, la constancia registral de un error de superficie, exigiría la comprobación *in situ* de la cabida real de la finca, para lo cual sería el mismo Notario, el que, mediante un *acta de presencia*, procedería a la medición de la finca (¿debe exigirse también al Notario que tenga conocimientos topográficos?). En cambio, tradicionalmente en estos casos de rectificación de superficie se acudía al acta de notoriedad mediante la cual el Notario pretendía cerciorarse de que efectivamente era un hecho notorio que la finca tenía una determinada cabida que no era la que constaba inscrita en el folio registral. En definitiva, al legislador no le «cuadraba» muy bien el

págs. 581-582, mantiene igualmente la subsistencia de los dos tipos de actas. Pero, aunque se opte por el mantenimiento de ambos tipos, la del artículo 203 LH, debido a su mayor complejidad, acabará «muriendo» por desuso.

(136) La RDGRN de 27 de enero de 2004 (*RJA* 1992/2004) impide la registración del exceso, pues la certificación catastral aportada no permite la perfecta identificación de la finca.

(137) Artículo 199, párr. 2.º RN.

(138) ¿Qué se puede esperar de un legislador que regula con la misma facilidad y en una misma Ley tanto materias económicas como sanitarias, como jurídicas?

hecho de que para la constatación de la existencia de un error en la registración de la extensión se acudiese a un acta de notoriedad (que era el instrumento público al que se acudía históricamente en la legislación hipotecaria), y por eso, para evitar la desaparición de la terminología tradicional, ideó el «híbrido» de las «actas de presencia y notoriedad», dando con ello entrada a la lógica (*su* lógica) de que para la comprobación de un hecho físico, cual es la cabida, debe acudirse al acta de presencia (y notoriedad) (139).

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE. El Reglamento reserva esta denominación para aquellos casos en los que la diferencia de superficie sea mínima, en concreto, cuando sea inferior a una vigésima parte (140) de la superficie inscrita (141); será válida la mera declaración del propietario de la finca contenida en escritura pública. Se trata de una novedad (142) introducida por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998 (143).

(139) Sin embargo, a pesar de que se cambie la denominación, no deja de ser un acta de notoriedad.

(140) La RDGRN de 17 de enero de 2005 (*RJA* 1107/2005) contempla la posibilidad de aplicar (si bien, finalmente, no lo hace), esta «rectificación de cabida» a un supuesto de segregación cuando el poder permite la segregación de un determinada cantidad de superficie y el apoderado segrega una cantidad *algo* superior a la fijada en el poder. La RDGRN de 23 de febrero de 2005 (*RJA* 1574/2005) admite la rectificación a través de la presentación de una escritura de división y de certificación de la junta de propietarios aprobando la división.

(141) BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J. T., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, pág. 2733, estima que la rebaja considerable de la superficie que se lleva a cabo en relación con la que figuraba en la letra D del número 5 del anterior texto (quinta parte de la cabida inscrita), «encaja con mayor credibilidad en el error de medición».

(142) CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 229, señala que en este supuesto se «tolera libremente» la rectificación de superficie y continúa diciendo, *ibidem*, pág. 240, que esta rectificación «debe realizarse con ocasión de la práctica de un asiento, por aplicación del artículo 51 RH y, por tanto, con el título correspondiente a ese asiento, pero no con un mero título declarativo de la diferencia». Precisamente, alegando esa tolerancia que existe, MORALES MORENO, A. M., *Publicidad...*, *op. cit.*, pág. 214, mantiene que «la cabida no puede ser objeto de verdadera publicidad registral». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, *op. cit.*, Tomo II, 2001, pág. 582, nota 24, se apoya en la jurisprudencia registral (RDGRN de 16 de diciembre de 1983) para abogar por la necesidad de un acto de transmisión en estos casos de simple rectificación de la superficie, aunque reconoce que esta exigencia «no da mayores garantías». Para CHICO Y ORTIZ, J. M.^a, *Estudios...*, *op. cit.*, Tomo I, pág. 500, puede hacerse constar en cualquier título traslativo o declarativo. Similar opinión mantienen AMORÓS GUARDIOLA, M., *Los excesos...*, *op. cit.*, pág. 1128, y NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D., *Algunas...*, *op. cit.*, pág. 2115.

(143) Para MORALES MORENO, A. M., *Publicidad...*, *op. cit.*, pág. 213, esta posibilidad no es sino el mismo supuesto previsto (para una diferencia de superficie mayor) en la letra D) del antiguo artículo 298 RH, regla 5.^a, posibilidad que había sido suprimida por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y que la reforma reglamentaria ha vuelto a reinstaurar. En nuestra opinión, tal supresión no tuvo lugar: es cierto que la Ley es apta para la derogación de un precepto reglamentario, pero estimamos que, en este punto (y a diferencia de lo dicho en relación a que el acta de notoriedad del artículo 53.10 de la Ley 13/1996 sustituye a la del art. 203 LH) no era esa la intención de la Ley, y el hecho de que

Como viene siendo habitual en la reglamentación de los excesos de cabida y como requisito común a todos los casos vistos, se exige que el Registrador no tenga duda fundada sobre la identidad de la finca (144), es decir, debe constarle claramente que aquella finca inscrita respecto de la cual se quiere llevar a efecto la rectificación de superficie, es la misma que la que se describe en los documentos aportados con el fin de reflejar la diferencia de extensión (145). Se trata de un requisito bastante lógico que, precisamente por ello, no tenía por qué venir expresamente recogido en el precepto reglamentario: el Registrador no puede llevar a cabo una modificación de la descripción de la finca resultante de documentos en los que la finca descrita es otra (146).

Pero como novedad, el redactor reglamentario introduce algunos ejemplos (147) de casos en los que al Registrador puede plantearle dudas la

la Ley de Acompañamiento no aludiera a esa posibilidad no significa que se derogara, pues se mantenía su vigencia en el propio Reglamento Hipotecario.

(144) Vid. RRDGRN de 3 de enero de 2005 (*RJA* 1177/2005), de 8 de octubre de 2005 (*BOE* de 18 de noviembre de 2005) y de 29 de abril de 2006 (*BOE* de 19 de junio de 2006).

(145) SALAZAR GARCÍA, J., «Excesos de cabida de las fincas en relación con el Registro de la Propiedad», en *La Ley*, 1981, pág. 864, mantiene «la mayor libertad de los Registradores en su calificación, cuando de inscribir excesos de cabida se trata, que en los demás documentos inscribibles, pudiendo tener en cuenta, junto a los documentos presentados y según las circunstancias concurrentes en el caso, *datos que puedan conocer extrarregistralmente como ciertos* (...) sin embargo, si la duda acerca de la identidad del predio (...) surge de la coincidencia en algunos detalles con otras fincas inscritas, la resolución de la duda escapa ya al ámbito de actuación del Registrador, correspondiendo al Juez de primera instancia...»

(146) ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo II, 1954, págs. 103-105, hace hincapié en que «aunque este precepto hable de “en todos los casos”, creemos que quiere referirse a todos los casos que el mismo indica, pero no cuando la mayor cabida se pretenda registrar a base de expediente de dominio o de acta de notoriedad. En estos dos casos, el problema de la identidad ya será apreciado por el Juez o por el Notario». Corroborra esta tesis la RDGRN de 10 de septiembre de 2003 (*RJA* 6273/2003). Sin embargo, en materia de inmatriculación de fincas, la RDGRN de 11 de febrero de 2004 (*RJA* 1800/2004) permite al Registrador denegar la inmatriculación de una finca mediante auto dictado en expediente de dominio, cuando éste crea que la finca ya está inmatriculada puesto que la calificación de los documentos judiciales sí puede extenderse a «la observancia de aquellos trámites establecidos para garantizar que el titular registral ha tenido en el procedimiento la intervención prevista en las normas para evitar su indefensión» (en este caso no se dio audiencia a la persona titular de la inscripción que provoca las dudas del Registrador). Estimamos más acorde con la realidad esta última línea señalada, puesto que el Registrador cuenta con los datos necesarios para poder determinar si la finca consta ya inmatriculada o no, sin que ello implique una usurpación de las funciones jurisdiccionales, y a pesar de que, en todo caso, los asientos estén bajo la salvaguarda de los Tribunales. La RDGRN de 6 de febrero de 1953 (ROCA SASTRE, R. M.^a y MOLINA JUYOL, J. DE, *Jurisprudencia...*, *op. cit.*, Tomo IX, págs. 196 y sigs.), en relación, precisamente, a un supuesto de exceso de cabida, permite al Registrador rechazar la inscripción de un documento judicial, por ser insuficiente para la registración del exceso de cabida.

(147) Para MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 128, estos ejemplos no resultan muy atinados y «el ejemplo de mayor solidez viene dado por la segregación

identidad de la finca: que la operación de rectificación ya se haya efectuado en otra u otras ocasiones, o que la finca en cuestión hubiese sido objeto de alguna modificación libraria (segregación, división o agrupación) y se hubiera expresado con exactitud la superficie. El primer criterio es aceptable, pues resultaría sospechoso que el error en la medición de la finca se produjera más de una vez; en cuanto al segundo criterio, debemos mostrar nuestras reservas, por cuanto la existencia del error de superficie pudiera perfectamente provenir de las fincas originarias, lo que no significaría que existiese un intento de fraude cuando se quisiera hacer constar tal error una vez llevada a cabo la modificación de la entidad registral (148).

Estos criterios son de carácter meramente ejemplificativo, ya que es posible que, debido a otras razones (149), el Registrador estime que puede tratarse de fincas diferentes. También creemos necesario señalar que, cuando el Registrador se encuentre en la tesitura de decidir si la finca reflejada en el título y la inmatriculada en el Registro coinciden, éste continúa teniendo libertad para tomar la decisión que considere más oportuna, y el hecho de que se dé alguno de los ejemplos que se enumeran en el artículo 298.3, párr. 5.º no le obliga a que necesariamente tenga que suspender la registración de la rectificación, pues es una decisión que sólo a él le corresponde tomar sopeando las peculiaridades del caso concreto.

ya que, ciertamente, se escinden los metros afectados, quedando para el resto los posibles excesos de cabida. Pero esto no quita que, en el caso concreto, la segregación se haya practicado como cuerpo cierto (...) o que, delimitada materialmente la porción segregada, se describa de forma inexacta en el título, éste sí, formal».

(148) No obstante, CUIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, op. cit., 2001, pág. 222, manifiesta que «en los casos de modificación hipotecaria se suele hacer una medición de la finca que se forma *ex novo*, por lo cual la manifestación de un exceso de cabida se ve con recelo». Este autor añade otros posibles criterios o indicios de falta de identidad como, por ejemplo, una diferencia de superficie desproporcionada, pero no ve correcto supeditar la inscripción del exceso al hecho de que no se modifiquen simultáneamente los linderos, teniendo en cuenta que la delimitación de la finca no se hace de forma absolutamente objetiva sino que la mayoría de los predios se encuentran delimitados con relación a los propietarios de las fincas colindantes (*ibídem*, pág. 223), pero, desde nuestro punto de vista, en tal caso sólo podrán utilizarse los medios de alteración de linderos previstos en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. CONCEIRO DEL RÍO, J., *La inmatriculación...*, op. cit., pág. 444, es igualmente contrario a la opinión de CUIEL LORENTE, y entiende que «ha de guardarse un respeto absoluto a los linderos», a no ser que se pretenda lograr la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral.

(149) Así, en la RDGRN de 9 de mayo de 1961 (*RJA* 2083/1961) las dudas procedían del hecho de que sobre la finca objeto del exceso habían tenido lugar distintas modificaciones librarias; en la RDGRN de 3 de enero de 2005 (*RJA* 1177/2005) se ve justificada la duda del Registrador, «dada la notable diferencia que supone el atribuir a la finca una cabida superior en más del triple a la inscrita sin justificar la adquisición de tal exceso por el transmitente». En la de 24 de junio de 2005 (*RJA* 5397/2005), las dudas en torno a la identidad procedían del hecho de que la documentación aportada no acreditaba suficientemente que hubiera existido un error de medida o se trataba de incluir terrenos de titularidad discutida.

Otra circunstancia que se suele señalar como común a todos los supuestos de registración de los excesos de cabida, aunque nosotros no compartimos esta opinión, es la necesidad de aportación de certificación catastral gráfica y descriptiva de la finca. Muestra de esta opinión generalizada de que esta aportación es requisito indispensable es la RDGRN de 22 de febrero de 2003, que declara que *es necesaria* dicha certificación (150). Para nosotros, sin embargo, la necesidad de aportación de la certificación catastral únicamente cabe predicarse respecto de la registración de excesos de cabida que se haya llevado a cabo mediante el título público de adquisición, es decir, lo que el artículo 298.3 RH denomina «inmatriculación de excesos de cabida».

Para mantener esta opinión nos apoyamos en el artículo 298.3 RH, que únicamente requiere la certificación catastral para la «inmatriculación» de excesos de cabida, pues en la regulación de los demás supuestos de registración de la superficie real de la finca no se hace en absoluto mención a este documento. ¿Por qué el Reglamento Hipotecario no recogió de forma general y común para todos los casos la necesidad de aportación de la certificación catastral?, pues sencillamente, porque no era esa la intención del legislador de 1996. La alusión a la certificación catastral del párrafo primero del artículo 53.8 de la Ley 13/1996, tiene por único fin señalar la posibilidad (utiliza el verbo «podrá») de que la rectificación de superficie tenga lugar basándose en dicha certificación, esto es, se limita a enumerar una posible forma de rectificación de la superficie, en ningún momento se está refiriendo a que la certificación deba ser un documento complementario a aportar en todo supuesto de rectificación (modalidad que se recoge en el art. 298.3, párr. 2.º RH).

El párrafo último del artículo 298.3 RH es sin duda el más criticable de la reforma (en nuestra opinión se está ante un auténtico caso de desarrollo *contra legem* de la Ley Hipotecaria) (151) por cuanto extiende (152) la suspensión de efectos del artículo 207 LH (a pesar del silencio de este precepto al respecto) a todas las rectificaciones de superficie. Quizá, efectuando una

(150) *RJA* 3942/2003. Sin embargo, la Dirección obvia tal exigencia en el caso concreto debido a la pequeña entidad de la superficie a rectificar y la falta de dudas en el Registrador sobre la identidad de la finca respecto de la cual se va a llevar a cabo la rectificación.

(151) También es de esta opinión MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 124, que ve una doble infracción: extensión indebida del artículo 207 LH y escisión en dos regulaciones distintas el inicio de la suspensión decretada, y más adelante, *ibidem*, pág. 127, declara que por diversas razones se evidencia «el desafuero de un reglamento que atrevidamente dispone cuándo, cómo y dónde se debe aplicar la ley». CONCEIRO DEL RÍO, J., *La inmatriculación...*, *op. cit.*, pág. 103 y sigs., intenta hacer una interpretación más acorde con la Ley Hipotecaria, pero reconoce «la redacción desafortunada del precepto y que la misma da escaso margen a tal interpretación».

(152) Literalmente el último párrafo del artículo 298.3 RH habla de «la inscripción», entonces, ¿para qué acudir en los párrafos anteriores a diferentes términos si después se van a emplear indistintamente?

interpretación muy forzada, cabría entender que cuando el artículo 207 LH habla de «inmatriculación» se refiere tanto a la inmatriculación de fincas como a la «inmatriculación» de excesos de cabida, pero es que este párrafo sexto del artículo 298.3 RH extiende la suspensión no sólo a los casos de inmatriculación, sino a *todos* los supuestos de rectificación de la superficie, lo que implica una violación frontal de la Ley Hipotecaria.

Incidencia de la resolución judicial anulatoria

La sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001 (153), da al traste con gran parte de la reforma reglamentaria llevada a cabo por el Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, siendo también la materia de los excesos de cabida alcanzada por el efecto «anulador» de dicha sentencia.

Se enjuicia la legalidad del párrafo último del artículo 298.3 RH en cuanto que extiende las limitaciones del artículo 207 LH a todos los supuestos de constancia registral de los excesos de cabida; el Tribunal anula dicho párrafo en base a que «no es ajustado a Derecho que un Reglamento amplíe las limitaciones impuestas por la Ley a otros supuestos no contemplados en ésta (...) la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria sólo es aplicable a las inmatriculaciones de excesos de cabida practicadas con arreglo al artículo 205 de la Ley Hipotecaria y no a las demás y, por consiguiente, el párrafo último del artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario no puede extender dicha limitación a las inscripciones de excesos de cabida practicadas conforme al apartado ocho del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, ni a las practicadas en virtud de expediente de dominio (art. 201 de la Ley Hipotecaria) o de acta de notoriedad...» (154). La justificación dada por el Alto Tribunal, en principio, parece lo suficientemente clarificadora, sin embargo, en nuestra opinión, es necesario comentar este extremo.

Ya hemos explicado que la utilización del término inmatriculación para referirse a la rectificación registral de la superficie no es correcta, puesto que se trata de supuestos en los que no hay inmatriculación, sino corrección de un dato descriptivo. No obstante, es posible admitir que se utilice el vocablo, por aquello de que, para la rectificación se acude al mismo procedimiento (título público) que el previsto para la inmatriculación de las *fincas*. Pero de esta circunstancia (identidad de medios) no se deriva el hecho de que deba también extenderse la suspensión de efectos del artículo 207 LH para la inmatriculación de fincas. La finalidad de esta suspensión es asegurarse de que la *inscripción del derecho* de propiedad (y no la inmatriculación de la

(153) *RJA* 1083/2001.

(154) Fundamento de Derecho 18.º

finca) se ha llevado a cabo legítimamente; con ocasión de la registración de excesos de cabida (por cualquier medio de los previstos) no tiene lugar la registración de ningún derecho (a diferencia de los supuestos de inmatriculación de fincas, donde, simultáneamente a la inmatriculación del predio, se lleva a cabo la inscripción del dominio); simplemente, insistimos, se rectifica un dato, no se adquiere un nuevo dominio sobre la superficie que se corrige (conforme a la teoría del cuerpo cierto, el derecho de dominio ya se extendía sobre toda la superficie comprendida dentro de los linderos). Por tanto, en las rectificaciones de superficie no hay peligro (si los linderos están correctamente delimitados y no se desplazan) de que el dominio sea inscrito de forma ilegítima (el peligro existió en un momento anterior: cuando se llevó a cabo la primera inscripción de dominio junto a la inmatriculación de la finca), de ahí que, en nuestra opinión, la suspensión de efectos no debiera predicarse respecto de ninguno de los procedimientos previstos (incluido el título público) para la rectificación de la superficie de la finca.

El Tribunal Supremo al señalar que la suspensión de efectos sólo es aplicable a la inmatriculación de excesos de cabida (155), está llevando a cabo una interpretación estrictamente literal del artículo 207 LH, olvidando la interpretación teleológica de las normas, pues la finalidad de la suspensión de efectos no está dirigida a las hipótesis de constancia registral de los excesos de cabida, sino únicamente a evitar que se cometan fraudes con motivo de la práctica de la *primera inscripción de dominio* que se efectúa de forma simultánea a la inmatriculación de la finca.

Con la anulación del párrafo último (156) del artículo 298.3 RH, y conforme a la tesis que mantenemos sobre el estado en que queda el Reglamen-

(155) MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., *Comentario...*, *op. cit.*, pág. 125, manifiesta: «Literalmente, la norma de carácter excepcional limita su ámbito a las “inscripciones de inmatriculación” de los dos artículos anteriores, inmatriculación de fincas por el artículo 205 o por la certificación del artículo 206 LH. No comprende, por tanto, la de los excesos de cabida conforme al artículo 200. La equiparación opera tan sólo en los medios, no en los efectos, y no puede ser de otra manera, la superficie de la finca queda fuera de la esfera protegida por el Registro (...). Por supuesto, importa que el Registro recoja la realidad física de la finca. Mas esto es una cuestión de medios, no de efectos. A poco que se medite, superponer sobre la realidad física una presunción legal de exactitud no favorece la concordancia, sino la inexactitud, lo que en el plano lógico se me antoja insostenible».

(156) Esta sentencia anulaba también los párrafos primero y segundo del artículo 298.4 RH (el Tribunal Supremo estimaba que la publicación de edictos debía ser anterior a la práctica de la inmatriculación). Esta anulación (que hacía «revivir» los párrafos 6.º y 7.º del art. 298 RH vigente antes de la reforma de 1998: «Las inscripciones practicadas en virtud de los documentos expresados...» y «Si no se presentare el edicto...») afecta a la materia de los excesos de cabida en cuanto que regulaban la necesidad de la publicación del edicto (y su forma de publicación) cuando la registración del exceso se llevase a cabo mediante el título público (inmatriculación de excesos de cabida). GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación...*, *op. cit.*, 2004, pág. 582, notas 55, 56 y 57, aboga también por la nueva vigencia de estos párrafos, si bien, no sólo en sustitución de los

to Hipotecario tras las diversas sentencias del Supremo que anulan la reforma (157) de 4 de septiembre de 1998, no es necesario retomar la vigencia de ningún párrafo de la redacción anterior a dicha reforma, puesto que el párrafo anulado carecía de equivalente en la legislación anterior (158).

c) VALORACIÓN FINAL

¿Qué valoración de la regulación existente (159) respecto a los denominados excesos de cabida podemos realizar?, ¿es correcta la utilización de los medios de inmatriculación (160) para la rectificación de la superficie de las fincas aun no siendo un supuesto inmatriculador? (161).

anulados párrafos 1.º y 2.º del reformado artículo 298.4, sino también en sustitución de la anulación del párrafo último del artículo 298.3 RH (reformado en 1998).

(157) El hecho de que el Tribunal Supremo anule parte de la reforma reglamentaria llevada a cabo en 1998 provoca un peligroso vacío normativo que es necesario cubrir, por ello estimamos que tiene lugar una «reviviscencia» (pero no en el sentido con que ésta se prevé en el art. 2.2 del Código Civil, porque con la sentencia no hay derogación de la reforma, sino nulidad) de los párrafos de la redacción reglamentaria anterior a la reforma de 1998 que fueron sustituidos por los párrafos que el Supremo anula. Pero esta vuelta al estado anterior a 1998 causa dificultades a la hora de armonizar dentro de un mismo precepto (como el art. 298 RH), párrafos procedentes del Reglamento modificado con otros cuya redacción procede de 1947 o de 1959. A lo anterior se une que parte del contenido de la redacción anterior es considerado por la doctrina (y por el propio Tribunal Supremo) como claramente ilegal. De ahí que estimemos que sea ineludible una intervención del legislador que ordene esta caótica situación del artículo 298 RH.

(158) Vid. CURIEL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 249.

(159) Es necesario mencionar que lo señalado hasta este punto no rige en los supuestos urbanísticos, es decir, en aquellos casos en los que, a consecuencia de la ejecución de un proyecto urbanístico se constate la existencia de un error de superficie en las fincas de origen, será el proyecto de equidistribución aprobado definitivamente por la Administración correspondiente el título apto para la corrección de la cabida en el Registro de la Propiedad sin necesidad de ningún requisito adicional (salvo que el proyecto fuere exclusivamente de elaboración privada, en cuyo caso deberá someterse al trámite ordinario de información pública previsto en la legislación urbanística para los proyectos de equidistribución). Todo ello se prevé en el artículo 8.1 del Real Decreto 1093/1994, de 4 de julio, por el se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

(160) A pesar de ser medio inmatriculador no es apta para la registración de los excesos de cabida la certificación administrativa. Vid. RRDGRN de 20 y 23 de noviembre de 1972 (*RJA* 4494/1972 y 4496/1972). Sin embargo, GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código...*, *op. cit.*, 2004, pág. 264, nota 37, mantiene que estas Resoluciones «han de considerarse superadas no sólo por la mayor amplitud de supuestos del párrafo 2.º del artículo 206, sino porque el exceso de cabida debe tener el mismo tratamiento que la inmatriculación de fincas»; no compartimos esta opinión, pues de haber querido el legislador dotar de eficacia rectificadora a la certificación administrativa lo hubiera especificado al añadir el párrafo segundo al artículo 206 LH, y además, la afirmación de que el exceso de cabida debe tener el mismo tratamiento que la inmatriculación, no nos parece, al menos, *a priori*, justificable.

(161) SAPENA, J., *La registración...*, *op. cit.*, pág. 911, mantiene que «tal rectificación no debe estar sujeta al rigorismo de la inmatriculación (...) y dentro de lo dictado por el

Es cierto que lo verdaderamente importante en la identificación de las fincas es una exacta determinación de los linderos, pero la precariedad con la que estos vienen fijados provoca que deba cuidarse también el dato de la extensión; por todo ello debe facilitarse al máximo la corrección de los errores en la extensión, exigiéndose, sin embargo, la aportación de documentos «fiables» (certificación catastral, informe de técnico competente, etc.) que den a la rectificación, cuando menos, un principio de veracidad.

Pero junto a esta necesidad de facilitar la concordancia con la realidad hay que tener en cuenta que las hipótesis de rectificación pueden encubrir un intento de fraude en detrimento de los propietarios colindantes (162), de ahí que sea oportuno establecer procedimientos que contengan las garantías suficientes.

Puede pensarse que los medios de inmatriculación cuentan ya con garantías suficientes, pero se trata de procedimientos en los que los peligros que pretenden neutralizarse no son precisamente los que pueden crearse con las rectificaciones de superficie (163). En nuestra opinión, lo más oportuno sería arbitrar un procedimiento especial *ad hoc* a través del cual pudieran evitarse los riesgos propios de la rectificación superficial. La operación debería ir precedida del deslinde de las fincas o habría de procurarse la concurrencia en la rectificación de los propietarios colindantes (164), de forma que así se

legislador, hemos de buscar mayores facilidades para lograr en este punto la perfecta adecuación entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral». GARCÍA GARCÍA, J. M., «Los distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral», en *RCDI*, núm. 522, septiembre-octubre de 1997, pág. 963, no ve inconveniente en recurrir a los medios de inmatriculación, pues si sirven para inmatricular una finca, serán idóneos también para llevar a cabo una mera rectificación de superficie.

(162) De ahí que la corrección de errores de superficie no pueda tener lugar a partir de la presentación de una mera escritura de rectificación de descripción, pues con ello podía estar encubriéndose «un intento de aplicar el folio registral a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional» (RDGRN de 18 de febrero de 2005, *RJA* 2071/2005). Vid. también la RDGRN de 17 de febrero de 2005 (*RJA* 1917/2005).

(163) ROCA SASTRE, R. M.^a, *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo II, 1954, pág. 92, no estaba en absoluto de acuerdo con la regulación existente, pues según él, «el criterio que debiera imperar aquí es el de que, mientras el Registrador no dudare de la *identidad* de la finca (...), habría él mismo de hacer constar en el Registro todo exceso de medida que por *rectificación* de la extensión superficial expresada en los libros (...) se pretendiere registrar», añadiendo, *ibidem*, pág. 94, «así como la extensión superficial es un dato registral tomado de la simple declaración o manifestación de los otorgantes del título (y que incluso puede faltar), del mismo modo su corrección o rectificación en mayor cabida (al igual que en el sentido de menor cabida) habría de poder hacerse constar en el Registro por medio de la propia declaración o manifestación del propietario de la finca inmatriculada». En una edición posterior, ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho...*, *op. cit.*, Tomo V, 1997, pág. 47, critican el exagerado número de medios existentes para «conseguir que la mayor cabida superficial tenga reflejo en el Registro, aparte de cierto confusiónismo existente en la determinación de estos medios».

(164) Similar previsión sí se contempla, en cambio, en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (*BOE* de 22 de noviembre de 2003), cuyo artículo 23.1 exige que

asegurara que, con la corrección de la cabida, no se va a producir ninguna usurpación de superficie ajena. Además, sería verdaderamente útil que, dado el alto grado de exactitud que hoy en día tienen las bases de datos del Catastro, la registración de la mayor o menor cabida se llevara a cabo en colaboración más estrecha con esta institución (si bien, hay que tener presente la posibilidad de que finca registral y parcela catastral son unidades que no siempre coinciden, circunstancia de la que pueden derivarse algunos problemas).

Es cierto que todas estas previsiones complicarían la rectificación, pero es el único modo de evitar que, bajo la forma de una simple rectificación, se realicen auténticos despojos.

En cuanto a la registración de los denominados defectos de cabida, postulamos que no se haga diferenciación alguna de manera que se utilicen los mismos medios que los previstos para la constancia registral de los excesos de cabida (165).

Respecto a la publicación del edicto (166), si en un principio puede parecer un requisito innecesario, pues únicamente se pretende la corrección de un error, sin que ello conlleve alteración de derecho alguno, sin embargo, el edicto es el único medio previsto para que los colindantes intervengan en la operación si detectan que la rectificación encubre una alteración de linderos en su perjuicio. Por todo ello, en nuestra opinión, y en defecto de otra forma para que los propietarios de las fincas limítrofes tengan conocimiento

cuando se pretenda la rectificación de la cabida de un monte o una finca colindante con un monte demanial, se requiera informe favorable de los titulares de dichos montes (o si fuera un monte catalogado, informe del órgano forestal correspondiente de la Comunidad Autónoma). En la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (BOE de 4 de noviembre de 2003), en el caso de que se obtenga la rectificación de la superficie de una finca colindante con otras pertenecientes a la Administración Pública, la comunicación a los órganos que corresponda será con posterioridad a la rectificación de la superficie.

(165) Vid. BARBONELL LLORENS, C., *Algunas reflexiones...*, *op. cit.*, pág. 18, y CUIREL LORENTE, F., *Inmatriculación...*, *op. cit.*, 2001, pág. 220, que señala que «bajo el prisma de la concordancia del Registro con la realidad (...) no debiera hacerse distinción entre la mayor o menor cabida. Tan discordante es una manifestación como la otra». Esta es la doctrina seguida por la DGRN en la Resolución de 16 de junio de 2003 (RJA 4650/2003) que señala que «la disminución de la cabida debe ser también justificada, pues de no ser así, se corre el peligro de la desinmatriculación, y puede ser un medio para eludir las formas —y sus garantías en la transmisión de porciones colindantes—, y además, en ello puede haber riesgo para terceros (acreedores y legitimarios) y fraude a la legislación del suelo y a la fiscal». Vid. también la RDGRN de 22 de febrero de 2003 (RJA 3942/2003).

(166) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código...*, *op. cit.*, 2004, pág. 579, nota 51, ve posible que en los casos de inscripción del exceso mediante certificación catastral o mediante informe de técnico competente, se exija la publicación de edictos, pues el inciso comienza con la expresión «del mismo modo»; con esta posibilidad el autor está imponiendo nuevos requisitos que dificultan la constancia del exceso y que se derivan de una interpretación demasiado «rebuscada» de la norma.

de la rectificación, debería extenderse la exigencia del edicto a los supuestos de «inmatriculación» y de «inscripción» de los excesos de cabida (167).

RESUMEN

SUPERFICIES REGISTRALES

Si bien es cierto que el dato de la superficie de las fincas carece, por sí solo, de capacidad individualizadora de las mismas, no lo es menos que en un Registro de la Propiedad como el español, donde la exactitud en la descripción de las fincas brilla por su ausencia, cualquier dato que contribuya a solventar este inconveniente debe ser bien recibido; y es en este punto donde una correcta consignación registral del dato de la superficie adquiere relevancia como elemento coadyuvante a la individualización de los predios.

Sin embargo, y a pesar de la importancia de la superficie, el legislador ha tardado en incorporar a la normativa hipotecaria mecanismos dirigidos a corregir un inexacto reflejo registral de aquel dato. Además, a este retraso en el acogimiento normativo de las fórmulas correctoras, hay que añadir que el diseño actual de los medios de modificación de la superficie reseñada en el folio registral arrastra el estigma de una originaria y errónea concepción de esta operación de alteración de la superficie fundiaria como inmatriculadora, lo que hace que hoy en día, quizá por mimetismo, en lugar de configurarse un procedimiento específico para la rectificación de superficie, se utilicen los cauces que tradicionalmente se han venido empleando para proceder a la inmatriculación de las fincas en el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT

REGISTERED AREAS

Although it is true that by itself a property area measurement is unable to individualise one property from another, it is no less true that in a property registration system such as Spain's, where accuracy in the description of properties is made conspicuous by its absence, any information that helps remedy this shortcoming must be well received; and it is here where correct entry of the area by the registrar is so important, as a coadjutant element in the individualization of tenements.

However, despite the importance of area, legislators have dragged their feet in equipping mortgage legislation with mechanisms designed to correct an inaccurate registered statement of this datum. In addition to the law's tardiness in incorporating corrective formulae, we must add the fact that the current design of the means for changing the area stated on a registration folio bears the stigma of an erroneous originating concept, one that sees the operation of altering land area as an operation of first registration. This means that nowadays, perhaps through mimicry, instead of there being a specific procedure configured for the rectification of area, the channels used are those that have been employed traditionally for the first registration of properties in the property registration system.

(167) Las «rectificaciones» de cabida tienen una importancia mínima y exigir en estas hipótesis la publicación de edictos sería una medida desproporcionada.

Esta «utilización analógica» de los medios de inmatriculación para llevar a cabo la alteración de la medida superficial que consta en el folio abierto a una finca, provoca desajustes y problemas prácticos que son objeto de estudio en este trabajo.

This «analogous use» of the means of first registration for altering a measurement of area stated on a property's folio causes hitches and practical problems that are the object of study in this paper.

(Trabajo recibido el 17-05-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)

La sucesión del cónyuge separado judicialmente o de hecho, tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio

por
MARÍA NÚÑEZ NÚÑEZ
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil. URJC

SUMARIO

- A) SEPARACIÓN JUDICIAL POR SENTENCIA FIRME.
- B) SEPARACIÓN DE HECHO.
- C) INCIDENCIA DE LA RECONCILIACIÓN EN LA SEPARACIÓN.

La reciente Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no sólo reconoce —como dice su Exposición de Motivos (párr. 11)— «mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge», lo que implica —según algún autor— (1) el reconocimiento de un nuevo derecho a todo contrayente: «el derecho a no estar casado» (y la consiguiente simplificación del procedimiento a seguir); sino que al hilo de la reforma se han modificado varios artículos del Código Civil, entre los que se encuentran el 834 y el 945.

(1) LLEONART TORÁN, J. A., «Realidad o ficción. Nuevo Derecho de Familia», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2005, núm. 3, pág. 168.

El artículo 834 ya resultaba alterado en el Proyecto de Ley por el que se modificaba el Código Civil en materia de separación y divorcio (*BOCG* de 30 de noviembre de 2004), pero no así el 945; por lo que si se hubiesen llegado a aprobar los términos del Proyecto —el cual no hacía mención al art. 945— no se habría alcanzado la ansiada igualdad en cuanto a los requisitos precisos para privar al cónyuge viudo de sus derechos legitimarios y *abintestato* (para ser «cónyuge sucesible» que dicen los franceses).

La Ley 15/2005 ha subsanado la falta de armonía de que adolecían tanto el Código Civil como el Proyecto citado respecto a los artículos mencionados, y establece las mismas exigencias para privar al cónyuge supérstite de los derechos anteriormente referidos.

Dice actualmente el artículo 834 del Código Civil que «*El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*». Y el 945 del mismo cuerpo legal que «*No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior (sucesión intestada del viudo) si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho*». En consecuencia, la sucesión legitimaria y *abintestato* del cónyuge (2) aparece condicionada en el Código Civil después de la Ley 15/2005, de 8 de julio, a dos exigencias: no encontrarse el supérstite (3) en el momento de la defunción de su consorte separado de éste por sentencia firme o de hecho.

A) SEPARACIÓN JUDICIAL POR SENTENCIA FIRME

Respecto a la primera exigencia, que el cónyuge sobreviviente no esté separado en virtud de sentencia firme, se escribió mucho por la doctrina anterior a la reforma del Código Civil introducida por la Ley 15/2005 al ponerla en relación con los requisitos exigidos por el recientemente modificado artículo 834 (4) para que el supérstite tuviera derecho a su cuota legal usufructuaria.

(2) A propósito del cónyuge viudo conviene tener presentes las palabras de ZABALO ESCUDERO, M.^a E. (*La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho Internacional Privado e Interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 56), relativas a que el problema de los derechos de uno de los cónyuges tras el fallecimiento de su consorte «traspasa el ámbito estrictamente sucesorio (...) y pone de relieve la dependencia que el derecho de sucesiones experimenta de otras materias conexas (...). Entre ellas, las más significativas son las pertenecientes al estatuto personal o relaciones de familia que suelen afectar a la posición jurídica o estatus de las personas llamadas a la sucesión».

(3) Dice NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D. («El orden de suceder *abintestato* y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», en *RDP*, septiembre de 1986, pág. 723) que es frecuente utilizar la expresión cónyuge viudo, pero el Código emplea «la de cónyuge sobreviviente, porque su derecho no está supeditado a que permanezca viudo».

(4) Hasta la Ley 15/2005 el artículo 834 del Código Civil decía que: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si

Según este último precepto, únicamente tenía derecho a legítima el cónyuge inocente de la separación, no el culpable de la misma (5), y si se aplicaba este criterio de la culpabilidad al antiguo artículo 945 (6), que omitía toda referencia al mismo, nos llevaba a excluir de la herencia *abintestato* solamente al cónyuge culpable de la separación legal, y no al inocente de la misma (7).

¿Fue un lapsus del legislador no armonizar los dos supuestos o hubo razones que justificaron un tratamiento diverso ante dos situaciones con ciertas analogías? Aisladamente, algún autor —como ÁLVAREZ-CAPEROCHE (8)— entendió que no existía razón para establecer un régimen más estricto de pérdida del llamamiento intestado que de pérdida de la cuota legitimaria, y al estar el cónyuge sobreviviente incurso en causa legal de separación debía perder tanto el derecho a la legítima como a la sucesión intestada. Pero la mayoría de la doctrina, atendiendo a razones diferentes, aceptó la tesis del Código de no aplicar el mismo tratamiento a ambos supuestos.

SCAEVOLA (9), refiriéndose al antiguo artículo 952 del Código Civil (10), se preguntaba si la omisión de la frase «o lo estuviere por culpa del difunto» que aparecía en el artículo 834, implicaba diversidad de criterio legal en el

concorre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

Actualmente, el artículo 834 ha quedado redactado del tenor siguiente: «*El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*».

(5) Sobre la exigencia de la culpabilidad del antiguo artículo 834 del Código Civil y las diversas opiniones vertidas al respecto, vid. LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, págs. 168 y sigs. En resumen, la autora entendía que el artículo 834 condicionaba la conservación de la legítima al hecho de que los cónyuges no estuvieran separados, o de estarlo, que fuera por culpa del difunto; luego, si estaban separados por culpa del sobreviviente o incluso por la culpa de ambos consortes, se perdía el derecho a la legítima. A ello debe añadirse que también se perdía si estaban separados judicialmente y ninguno de ellos era declarado culpable.

(6) Literalmente, hasta julio de 2005, el artículo 945 del Código Civil era del tenor siguiente: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

(7) A efectos interpretativos, no hay que olvidar que el artículo 834 fue redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, y no lo modificó la Ley 11/1981, que sí varió, en cambio, el artículo 945. De ahí que no sea de extrañar, al decir de LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Principios de Derecho Civil*, t. VII, *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 4.ª edición, 2005, pág. 254) que se «generasen numerosos problemas interpretativos, cuando no flagrantes antinomias con el sistema matrimonial y, al propio tiempo, divorcista».

(8) *Curso de Derecho Hereditario*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 153.

(9) *Código Civil comentado y concordado extensamente*, t. XVI, *De la Herencia*, 5.ª edición, revisada y puesta al día por F. ORTEGA LORCA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, págs. 512 y 513.

(10) Artículo suprimido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, pero que se correspondía, aunque modificado, con el artículo 945 del Código Civil antes de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

tratamiento de las hipótesis de legítima del cónyuge y sucesión intestada del mismo. Para justificar la diversa solución, adujo que así como con la concesión de la cuota legal usufructuaria sólo se pretende asegurar «un medio de vida decoroso al cónyuge supérstite» a cuyo efecto carece de importancia el hecho de la separación judicial (siempre que el reclamante no haya sido culpable de la misma), el derecho a la sucesión intestada está basado en el presunto afecto del causante a sus parientes, cónyuge en este caso; afecto que hay que presumir no existe desde el fallo de separación, sea culpable o inocente el sobreviviente.

DE LA CÁMARA (11) recogió en parte la tesis de SCAEVOLA y reiteró la idea de que la ley suple la voluntad del causante en la sucesión intestada, por lo que, separado legalmente, no deseará, en buena lógica, que le suceda el sobreviviente. Pero la legítima del viudo actúa al margen de la voluntad del testador, e incluso contra dicha voluntad; descansa «en consideraciones exclusivamente familiares», por lo que parece justo que el cónyuge sobreviviente inocente de la separación legal conserve su derecho a la legítima viudal (12).

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (13), basándose en la diferencia de fundamento de la sucesión intestada y de la legitimaria, afirmaba que «por tanto, la normativa no puede ser la misma»; y NÚÑEZ BOLUDA (14), para excluir de la sucesión intestada al cónyuge, fuera culpable o inocente de la separación judicial, basaba su argumentación en que el artículo 945 no hacía distinción entre la culpabilidad o inocencia del supérstite, y en el objetivismo del Código Civil en materia matrimonial después del año 1981, que se muestra poco propicio a apreciar culpabilidades. En efecto, la separación judicial (o el divorcio) no se contempla por el Código como una sanción para actos anti-jurídicos o culpables, sino como un tratamiento ante una crisis matrimonial, y por ello las causas de separación recibieron una buena dosis de objetivación en 1981 (15); objetivación llevada a sus últimas consecuencias en el año

(11) «Compendio de Derecho Sucesorio», en *La Ley*, 2.^a edición actualizada por A. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, Madrid, 1999, pág. 315.

(12) En este mismo sentido se pronunciaba también GARRIDO DE PALMA, V. M., *Derecho de Familia*, Trivium, Madrid, 1993, pág. 202.

(13) *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2251.

(14) *Ob. cit.*, pág. 724.

(15) Prueba el objetivismo del Código Civil su actual artículo 97, según el cual en la determinación de la pensión que procede pagar en los casos de separación o divorcio no influye la idea de culpabilidad. Por su parte, la SAP de Madrid, de 19 de julio de 2002, declaró la imposibilidad de continuar el pleito de separación una vez fallecido uno de los cónyuges, y, consecuentemente, la disolución del matrimonio y el archivo del procedimiento, impidiendo la continuación del litigio, a efectos de los artículos 834 y 835 del Código Civil. Razona la Sala (que ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la dudosa vigencia del art. 834 en las sentencias de 4 de mayo de 1994 y 20 de mayo de 1994), en el Fundamento de Derecho tercero, que «se hace difícilmente concebible la hipotética y

2005, por cuanto los artículos 81 (relativo a la separación) y 86 (relativo al divorcio) establecen que se decretará, una u otro, a petición de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio sin necesidad de alegar causa alguna.

En resumen, antes de la repetida Ley 15/2005, si se comparaban las normas recogidas en los artículos 834 y 945 del Código Civil no podía llegarse a una interpretación recíproca, sino a una clara diferenciación, lo que tenía una importante trascendencia práctica. La realidad era que el cónyuge sobreviviente declarado inocente en el fallo judicial de separación estaba excluido del llamamiento a suceder intestadamente (a tenor del art. 945 del Código Civil), y la delación se producía en beneficio del orden siguiente, los colaterales, y en su defecto el Estado. Pero este viudo inocente no perdía el derecho legitimario que le concedía el antiguo artículo 834, y coincidiendo con los colaterales o el Estado, recibía dos tercios de la herencia en usufructo (art. 838 del Código Civil). Parecía que el legislador sancionaba sin derechos legitimarios al cónyuge culpable de la separación judicial, pero la valoración de culpabilidad o inocencia carecía de relevancia a efectos de sucesión intestada.

Era una petición prácticamente unánime (16) por parte de los juristas que el legislador en una próxima reforma del Código Civil unificara los presupuestos exigidos para la sucesión del cónyuge, tanto en su cuota legitimaria

futura aplicación al estado de separación matrimonial de los cónyuges de las prescripciones sucesorias prevenidas en el artículo 834, a los efectos de mantener respecto del sobreviviente el derecho de usufructo del tercio destinado a mejora, en cuanto dicho precepto, redactado por Ley de 24 de abril de 1958, hace referencia a declaraciones de culpabilidad que eran entonces condicionantes de los diversos efectos, principal y complementarios de la separación matrimonial, y que en la actual legalidad, según la Ley 30/1981, de 7 de julio, han sido superadas en un intento de objetivar las diversas causas de separación, ausentes de toda idea de culpabilidad o inocencia. Y así, ya la Ley 11/1981, de 13 de mayo, vino a dar nueva redacción a diversos preceptos del referido Código, y entre ellos el artículo 945, que excluye del llamamiento a la herencia del difunto al cónyuge separado por sentencia firme, sin hacer referencias a culpabilidades, y ni siquiera a la misma causa de separación como imputable al fallecido, y lo que hace sumamente dudosa la aplicación del indicado artículo 834; en suma, cabe destacar que sin haberse derogado expresamente (...) dicho precepto tendría muy graves dificultades por cuanto que su mantenimiento (...) es reminiscencia de situaciones hoy día no contempladas por el Código Civil, pues el concepto de culpable o inocente están prácticamente eludidos en toda la orientación legislativa de la Ley de 7 de julio de 1981».

(16) En sentido contrario, PÉREZ ESCOLAR, M. (*El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 409) entendía que las alegaciones doctrinales «realizadas en pro de la aplicación de los requisitos de carácter personal previstos en el artículo 945 del Código Civil a la legítima viudal han de ser (...) rápidamente desmontadas», por una serie de motivos de los que enumeraba hasta seis de ellos, finalizando por recordar que «desde el año 1981 hasta el día de hoy, el legislador ha tenido otras oportunidades de reformar el artículo 834 del Código Civil en el sentido que se pretende, debiendo de presumirse que, si no lo ha hecho, ha sido por su voluntad de mantenerlo en sus términos actuales».

como *abintestato*, privándole de derechos sucesorios una vez producida la separación judicial, abstracción hecha de la inocencia o culpabilidad del sobreviviente. La razón que abonaba esta propuesta —a mi entender— era la siguiente: la separación legal suspende, que no disuelve, el vínculo matrimonial, pero pone fin a la comunidad de vida que supone el matrimonio, cesa la participación de los cónyuges en una economía común, y hay que presumir que desaparece el afecto marital entre ellos. Es verdad que el cónyuge supérstite puede no ser culpable de esta situación, ni haberla deseado; pero lo mismo puede ocurrir en el caso del divorcio, que tal vez no haya sido deseado por uno de los cónyuges, e incluso cabe que se haya opuesto a él. Así, si en el supuesto de divorcio, como hay disolución del vínculo matrimonial, el inocente carece de derechos sucesorios, pero, independientemente de la inocencia, puede tener derecho a pensión compensatoria (art. 97 del Código Civil) (17), y lo mismo ocurre en caso de separación judicial, que también puede dar lugar a dicha pensión, abstracción hecha de la inocencia del que se encuentre en «*un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*», ¿por qué concederle cuota legitimaria al sobreviviente inocente si la pensión cubre las necesidades económicas del viudo separado, inocente o no? Con la creación de la pensión la legítima viudal pierde el sentido que tenía de protección o de *officium pietatis* para con el cónyuge supérstite. Sea el viudo separado inocente o culpable de la separación, al cesar la comunidad de vida personal y patrimonial, y aunque el sobreviviente no desee esa suspensión de la convivencia, no se ve razón para mantener al viudo su derecho legitimario.

Además, desde un punto de vista eminentemente práctico, debía tenerse en cuenta que, con independencia del juicio positivo o negativo que pudiera merecer el criterio del legislador que concedía derechos legitimarios al cónyuge sobreviviente inocente en la separación personal, al que se privaba de sucesión *abintestato*, la legítima no implica un tercer tipo de delación hereditaria independiente de la delación testamentaria y de la *abintestato* (art. 658 del Código Civil). Dado que el cónyuge sobreviviente no culpable de la separación judicial que concurría a la sucesión con los colaterales del difunto tenía derecho a una cuota en usufructo sobre la herencia del premuerto, que por efecto del artículo 945 correspondía a los colaterales, su derecho tendría que ser reconocido en una declaración de herederos *abintestato*; la tramitación de esta declaración en el caso de descendientes, ascendientes y cónyuge puede realizarla actualmente el Notario, cosa que no parece posible en el caso

(17) Este artículo ha sido redactado de nuevo por la Ley 15/2005. Dice textualmente ahora: «*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única...*».

que nos ocupa, ya que no se va a declarar al viudo heredero intestado, sino que exclusivamente se le va a conceder una cuota en usufructo.

En definitiva, una vez entrada en vigor la Ley 15/2005 ha finalizado la polémica planteada por cuanto el legislador ha unificado los presupuestos exigidos para conceder derechos legitimarios y derechos *abintestato* al cónyuge sobreviviente, abstracción hecha de su inocencia o culpabilidad, bastando, según los artículos 834 y 945, la separación judicial. Pero no hay que olvidar que a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley —la cual entró en vigor, con gran premura, el día 10 de julio de 2005, al día siguiente de su publicación en el *BOE*— se les seguirá aplicando la normativa existente hasta el momento.

B) SEPARACIÓN DE HECHO

En segundo lugar, para que el viudo pudiera suceder al difunto, el artículo 945 del Código Civil exigía antes de la Ley 15/2005, que no estuviera «separado de hecho por mutuo acuerdo (18) que conste fehacientemente». Si el cónyuge sobreviviente estaba incurso en este supuesto, pese a ser cónyuge y sobrevivir al causante, carecía del derecho a suceder *abintestato*, con lo que la delación pasaba al orden siguiente: los colaterales (19).

Esta segunda exigencia que establecía el artículo 945 suscitó también una fuerte polémica que tuvo por raíz el hecho de que el cónyuge no se encontraba separado por sentencia firme, sino únicamente de hecho que constara fehacientemente, al no mencionar la separación de hecho el antiguo artículo 834. Volvía a constatarse la falta de coordinación entre ambos preceptos del Código (20). El artículo 945 condicionaba la delación en la sucesión

(18) La exigencia del mutuo acuerdo se introdujo con la reforma introducida por la Ley 11/1981, pues —como señala PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, pág. 394)—, el legislador adoptó «como uno de sus objetivos fundamentales la consecución, en la medida de lo posible, del consenso conyugal en la nueva ordenación matrimonial que se pretendía instaurar».

(19) En consecuencia, la situación jurídica del cónyuge sobreviviente afectaba al llamamiento del siguiente orden sucesorio, ya que si el viudo no estaba separado de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente tendría derechos *abintestato*, lo que impedía el llamamiento del orden siguiente. En este sentido, la SAP de Zaragoza, de 25 de septiembre de 2000 (F. J. 3.º) estableció que, a pesar de acreditarse que a la fecha de fallecimiento de uno de los cónyuges existía una situación de separación de hecho, al haber abandonado la esposa el domicilio conyugal, no permitía la exclusión del cónyuge superviviente del llamamiento a la sucesión intestada del premuerto «por no constituir causa legal para ello, según lo normado en el artículo 945 del Código Civil».

(20) LUQUE TORRES, G. (*ob. cit.*, págs. 202 y sigs.) exponía tres diferencias existentes entre los artículos 834 y 945 del Código Civil antes de la modificación operada en 2005:

1. Omisión en el artículo 945, en oposición al artículo 834, de toda idea de culpabilidad.

intestada del cónyuge superviviente al requisito de que no estuviera rota la convivencia matrimonial por una separación de hecho que constara fehacientemente, mientras que el artículo 834 no tenía en cuenta la separación de hecho para atribuir al viudo derechos legitimarios (21).

La doctrina española mantuvo dos posturas diferentes acerca de esta cuestión. LACRUZ (22), PUIG BRUTAU (23) y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (24), entre otros, consideraron que, de acuerdo con el articulado del Código Civil, el viudo separado de hecho, aunque la separación constara fehacientemente, mantendría sus derechos legitimarios. La otra postura, seguida por VALLET DE GOYTISOLO (25), LASARTE ÁLVAREZ (26), GIMÉNEZ DUART (27), ÁLVAREZ-CAPE-ROCHIPI (28), y RIVAS MARTÍNEZ (29) principalmente, entendieron que el viudo separado judicialmente o separado de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente no tendría derecho a legítima (30). La razón que apuntaban

2. Falta en el artículo 945 de cualquier referencia al procedimiento pendiente, frente al artículo 835, que especifica la necesidad de esperar al resultado del pleito.

3. Introducción en el artículo 945, y no en el artículo 834, de la separación de hecho como relevante a los efectos de determinar los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

(21) LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Principios de Derecho Civil*, t. VII, *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 3.ª edición, 2003, pág. 309), en la misma línea de la futura reforma, ya interpretaba que la asimilación de los efectos entre la separación legal y la separación de hecho que realizaba el artículo 945 era absolutamente razonable, «ya que atentaría contra las reglas de la lógica del sistema que el cónyuge separado de hecho (...) mantuviera su condición de heredero abintestato, perdiéndola en cambio sólo el cónyuge sobreviviente que se encontraba separado en virtud de la correspondiente sentencia judicial».

(22) LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, t. V, *Sucesiones*, nueva edición revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 373.

(23) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. 3, Bosch, Barcelona, 4.ª edición, 1991, pág. 123.

(24) *La separación de hecho matrimonial*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 177.

(25) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO, t. XI, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 464.

(26) LASARTE ÁLVAREZ, C. (*ob. ultim. cit.*, pág. 247) anticipándose a la futura reforma proponía que «de lege ferenda debería proponerse (...) que la regulación del tema se debería inspirar en principios antagónicos a los legalmente establecidos (...): la separación de hecho debería conllevar la pérdida de la condición de legitimario para el cónyuge superviviente».

(27) «Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas», en *RDN*, abril-junio de 1985, pág. 151.

(28) *Ob. cit.*, pág. 153.

(29) *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, t. II, vol. 1.º, Dykinson, Madrid, 3.ª edición, 2004, pág. 514.

(30) Postura seguida por el Tribunal Supremo en su STS de 10 de junio de 1988, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto estableció que «si bien es cierto que al relacionar

estos últimos para privar al sobreviviente de la legítima viudal y del llamamiento intestado era básicamente el defecto de convivencia de los cónyuges, efecto primordial de la institución matrimonial (art. 68 del Código Civil).

Pero los citados artículos 834 y 945 del Código Civil eran claros en sus términos, y el intérprete —el Juez— no podía dejar de aplicarlos de acuerdo con su letra. Así, si el auto judicial de declaración de herederos declaraba herederos a los hermanos o demás colaterales del causante por no poder serlo el cónyuge sobreviviente de acuerdo con el artículo 945, tenía, no obstante, que dejar a salvo los derechos legitimarios del viudo siempre que se cumplieran las directrices del artículo 834 (31). Si en el caso de una mera separación de hecho, la ley no privaba de su cuota legitimaria al viudo, no vemos razón para que el Juez así lo hiciera.

Lo que estaba claro era que, al objeto de que el viudo perdiera el derecho a suceder *abintestato*, el artículo 945 asimilaba los efectos de la separación judicial a la de hecho siempre que —como decía el Código— esta última se hubiera producido de mutuo acuerdo que constara fehacientemente. «Fehacientemente» —según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua— quiere decir «que hace fe en juicio». Pero ¿qué tenía que constar fehacientemente? ¿La separación de hecho? ¿El mutuo acuerdo? ¿Ambos?

GIMÉNEZ DUART (32) entendió que era el mutuo acuerdo el que debía constar fehacientemente, y no el mero hecho de la separación, y por eso lo correcto sería —en su opinión— «proceder al otorgamiento de escritura pública en la que se recoja la voluntad concorde de separarse». Ésta era también la opinión de DE LA CÁMARA (33), para quien el acuerdo fehaciente debía resultar de «documento que garantice la autenticidad del acuerdo», y por tanto habría de constar en documento público. Por su parte, VALPUESTA FERNÁNDEZ (34) entendió que era el acuerdo de separación el que debía constar fehacientemente, y ade-

los artículos 834 y 835 pudiera estimarse que la separación a que el primero se refiere es solamente la separación judicial, dichos preceptos deben ser actualmente aplicados en el contexto de un ordenamiento jurídico que a partir de la Ley 30/81 reconoce los efectos de la separación puramente consensual». Sin embargo, la DGRN, en Resolución de 20 de junio de 1997, mantuvo una posición, llamémosla ortodoxa, y en su Fundamento de Derecho Tercero estableció que «el mantenimiento inalterado del artículo 835 del Código Civil en conexión con la lectura actualizada del artículo 834 del Código Civil, obliga a concluir que la pérdida de estos derechos legitimarios ha de ser consecuencia de una sentencia».

(31) Así, la SAP de La Coruña, de 16 de noviembre de 2000 (F. J. 3.º), expresamente estableció que «el cónyuge viudo separado judicialmente por culpa del difunto, o separado de hecho por mutuo acuerdo, y cuando esta separación conste fehacientemente, no heredará *abintestato*, pasando la herencia a los colaterales si los hubiere, pero tendría el derecho legitimario que le concede el artículo 838 del Código Civil».

(32) *Ob. cit.*, pág. 148. En el mismo sentido, vid. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *ob. cit.*, págs. 16 y 17.

(33) *Ob. cit.*, págs. 316 y 317.

(34) *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 493.

más advirtió que esta exigencia se había identificado con una prueba documental, que pudiera resultar innecesaria, «si por otro medio se puede demostrar el acuerdo de los cónyuges sobre su separación» (35).

De las palabras transcritas de la doctrina se deduce que, mientras para algunos lo que tenía que constar fehacientemente era el acuerdo de separación mutuamente consentido por los consortes, para otros lo que había de constar de ese mismo modo era la propia separación. Pero no sólo tendría que probarse la separación fáctica de los consortes, sino que además sería preciso que esa separación tuviera su origen en un acuerdo entre el difunto y el sobreviviente; no bastaba el mero hecho de la separación, era preciso que el acuerdo de separación constara «fehacientemente», aunque no sería necesario que existiera documento notarial (36). Bastaba probar la certeza del acuerdo.

(35) Opinión compartida por NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D. (*ob. cit.*, pág. 724), para quien no era preciso que existiera documento notarial. Esta opinión fue recogida en las SAP de Burgos, de 26 de enero de 2001, y de Valencia, de 17 de abril de 2002, que en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, respectivamente, afirmaron que: «Entender que la separación de mutuo acuerdo tenga que constar documentalmente, y además que deba serlo en documento público, supone realizar una interpretación restrictiva de la norma del artículo 945 del Código Civil, que además no se compadece con la realidad social, pues pocas veces se preocuparán los cónyuges, que ni tan siquiera han intentado su separación judicial, de que la misma conste en documento público, pues nada añade al acuerdo mutuo de separación, si es que éste se prueba por otros medios, el que además tenga que constar por escrito. Por fehaciente ha de considerarse lo que hace prueba por sí mismo, con tal fuerza y capacidad de convicción que excluye cualquier duda o razonamiento contrario, lo que puede predicarse tanto de un documento público respecto de lo que en ese documento se dice, de un reconocimiento judicial respecto de lo que es objeto de reconocimiento, o de una prueba testifical cuando son concordantes todos los testimonios de los testigos». Sin embargo, la SAP de las Islas Baleares, de 3 de julio de 2000, en su Fundamento de Derecho Segundo declaró que el mutuo acuerdo «ha de constar en documento que presente las notas de fehaciencia, y, como tal, público o notarial, pero también tiene este carácter el convenio regulador que, *ad exemplum*, se acompañe a la demanda con arreglo a lo establecido en el artículo 81, número 1, *in fine*, y 86, último párrafo, para la separación y divorcio, respectivamente; siempre, claro está, que en tal documento esté pactada la separación».

(36) Se pronunció en este mismo sentido, PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, pág. 401), para quien el dejar constancia fehaciente de que existió una separación de hecho convenida entre los cónyuges «con la finalidad de que la misma excluya el derecho hereditario del sobreviviente del artículo 944 del Código Civil podrá realizarse a través de documento público, cuya función propia es precisamente la de dar fe de su fecha y contenido (arts. 1.218, párr. 1.º del Código Civil y 319 LEC), pero también, y puesto que el anterior no se exige expresamente, mediante documento privado, que deberá ser oportunamente autenticado cuando así se requiera mediante su reconocimiento legal (arts. 1.225 del Código Civil y 326 LEC), o, incluso, por un medio probatorio de cualquier otra naturaleza, como pudiera ser, por ejemplo, una declaración testifical, que permita cumplir con el mismo objetivo, dejar constancia fidedigna o hacer fe de la separación de hecho que, en la forma exigida, existía entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos». Aunque —como señaló HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (*ob. cit.*, pág. 27)— realizada la declaración oralmente estando presentes únicamente los cónyuges, sin testigos, esta declaración únicamente tendría el valor de la palabra empeñada, y, fallecida una de las partes, sería prácticamente imposible hacerla valer como tal.

En conclusión: certeza de que la separación de hecho se había producido por acuerdo entre los interesados y no impuesta por un cónyuge al otro (37).

Es obvio que el documento notarial que recogiera el cese efectivo de la convivencia aportaría una prueba de que la separación fue libremente acordada, pues difícilmente iban a acudir ambos consortes al Notario si no estaban de acuerdo en consentirla. Pero podría plantearse un problema, ya que cierto es que el documento notarial de separación sería prueba de que la separación, cuando se produjo, fue de común acuerdo, o voluntariamente aceptada por ambos cónyuges, pero no probaría que en el momento de presentación de dicho documento subsistía el cese efectivo de la convivencia. Podría haber transcurrido un largo período de tiempo desde que se otorgó el documento notarial de separación hasta la apertura de la sucesión del cónyuge premuerto, tiempo durante el cual los cónyuges podrían haberse reconciliado (38). Por tanto, si la separación subsistía, no podría llevarse a cabo la declaración de herederos *abintestato* en beneficio del sobreviviente; pero si hubiera cesado la separación fáctica, si los cónyuges se hubiesen reconciliado, no habría obstáculo para declarar al viudo heredero intestado del difunto.

Si, por el contrario, no existía escrito notarial de separación y no resultaba público y notorio que los cónyuges vivían separados, como se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos (art. 69 del Código Civil), el cónyuge sobreviviente podía ser declarado heredero intestado, lo que produciría la consiguiente quiebra de los eventuales derechos de los parientes colaterales del difunto (39).

(37) En este sentido, indicaba LUQUE TORRES, G. (*ob. cit.*, pág. 207) que se trata de una separación que tiene su origen en el mutuo acuerdo, decidida por ambos cónyuges, o también «que podría comprender, dada su semejanza, la separación consentida y no por tanto la unilateral impuesta por uno de ellos»; y citaba la SAP de Valladolid, de 14 de febrero de 2000, que, según entendía, hacía una interpretación excesivamente amplia de lo que debe entenderse por separación de hecho de mutuo acuerdo, al afirmar en su Fundamento de Derecho Sexto que, si bien la situación de separación fue impuesta inicialmente por el marido, «posteriormente fue aceptada por la esposa, reconduciéndose al mutuo acuerdo, ante la falta de protestas y actuaciones posteriores, o simplemente por resignación...».

(38) En este supuesto —dice GOMÁ LANZÓN, I., «Divorcio express y cónyuge viudo. Un cambio anunciado y nuevos problemas», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2005, núm. 3, pág. 157— correspondería a los cónyuges «la responsabilidad de destruir la apariencia creada mediante un documento del mismo nivel formal que consagró la separación de hecho, y que se anotará en la matriz de éste».

(39) En cualquier caso, coincidiáramos con PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, págs. 396 y 397) en que en una futura reforma del Código debía desaparecer este condicionante del mutuo acuerdo (como de hecho ha acaecido) porque «por mucho que uno de los cónyuges se oponga a que el otro le abandone, la *affectio maritalis*, que es algo que atañe a los dos, es evidente que habrá desaparecido, no pudiéndose presumir ni que el cónyuge que decide unilateralmente la separación hubiera deseado que el otro le heredara ni, tampoco, que el no consentimiento de este último a dicha separación, que no necesariamente tiene que haber dado lugar a una intervención judicial, lleve consigo la existencia de un afecto con-

Así pues, por la modificación operada en los artículos 945 y 834 del Código Civil después de la Ley 15/2005, desaparece la problemática de la exigencia de «fehaciencia» y basta, para que el viudo sea privado de derechos sucesorios, que se haya producido una separación de hecho. En la actualidad, la dificultad se desplaza en numerosas ocasiones a la valoración del propio hecho de la separación fáctica, a determinar si los cónyuges están incursos, en efecto, en una separación fáctica por la consiguiente pérdida del afecto marital, o si se trata de un mero alejamiento físico y temporal de ambos (40). Como ocurre normalmente en Derecho será una cuestión de prueba apreciable por los tribunales.

En resumen, la reciente reforma de los artículos 834 y 945 favorece a los parientes colaterales del difunto, por cuanto su derecho a suceder *abintestato* no resulta ahora obstaculizado ante el cónyuge supérstite inocente de la separación judicial (a quien antes de la reforma de 2005 había que respetar en este caso de concurrencia su cuota usufructuaria de dos tercios de la herencia), o ante un viudo separado de hecho cuya separación constara fehacientemente.

Actualmente, a partir del 10 de julio de 2005, la separación judicial o la mera separación de hecho (41) ocasionan que la ley llame a suceder *abintestato*, en defecto de descendientes o ascendientes del causante, a sus parientes colaterales. Indirectamente, pues, por la vía de la modificación señalada, los colaterales del difunto, en ciertos supuestos, se han antepuesto al cónyuge viudo.

C) INCIDENCIA DE LA RECONCILIACIÓN EN LA SEPARACIÓN

El cónyuge supérstite pierde, pues, su derecho a suceder *abintestato* cuando se prueba que los cónyuges estaban separados de hecho, o en virtud de una sentencia de separación judicial, con indiferencia de si el viudo fue culpable o inocente de dicha separación. Pero el cónyuge sobreviviente conserva su dere-

yugal en el sentido que se entiende para justificar el que se produzca el llamamiento hereditario del abandonante».

(40) MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. («La problemática separación de hecho conyugal», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, enero-febrero de 2006, núm. 5, pág. 214) se pregunta si hay alguien que pueda definir inequívocamente qué requisitos deben darse para poder hablar de una separación de hecho, y afirma que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

(41) Una cuestión problemática es si el notario podrá declarar la notoriedad de la separación de hecho a los efectos del derecho a la legítima o del llamamiento *abintestato* del viudo en la declaración de herederos. Sobre esta materia es conveniente ver las notas a «vuela pluma» de GOMÁ LANZÓN, I. (*ob. cit.*, págs. 154 y sigs.) quien afirma que «una cosa es que el notario pueda declarar la notoriedad de un hecho, y otra cosa será que tal declaración pueda fundar o legitimar derechos, para lo cual será necesaria una especial habilitación legal».

cho a suceder abintestato si ha mediado reconciliación (42), ya que con arreglo al artículo 84, párrafo 1.º, del Código Civil, «*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él...*» (43).

La reconciliación es la causa típica de la cesación de los efectos instaurados por la sentencia de separación (44), pues primordialmente va dirigida a restablecer la convivencia conyugal. Definen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (45) la reconciliación como «el negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia». Más brevemente, ENTRENA KLETT (46) considera que la reconciliación significa el regreso de los cónyuges «a la normalidad matrimonial» (47).

(42) PÉREZ RÚA, M.^a J. (*La reconciliación matrimonial*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1999, págs. 33 y 34) entiende que no pueden confundirse la reconciliación con el perdón, ya que el perdón «puede ser presupuesto de una reconciliación de la que forma parte, pero no es ésta, ya que el mismo puede ser debido a otras causas o con otras finalidades», y consiguientemente si el perdón «no va acompañado de un *animus* de reanudación del afecto conyugal y el restablecimiento de la voluntad de cohabitar nuevamente no constituye reconciliación». Pero para el Código, perdón y reconciliación eran términos sinónimos, al establecer en el modificado artículo 835, párrafo 2.º, que «Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos». Este artículo ha resultado alterado por la Ley 15/2005, y dice ahora que «*Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos*». Observamos esta nueva redacción del Código más técnica al omitir el término «perdón», pues, no todo perdón (acto unilateral), implica necesariamente reconciliación (negocio bilateral).

(43) Es verdad que, a diferencia del artículo 835 del Código Civil, que admite que el viudo conserve su derecho a la legítima si a pesar de la separación «*hubiera mediado reconciliación*», no hay referencia alguna a la reconciliación en la sucesión intestada. Pero ello —entendemos— no impide la aplicación de esta figura, ya que sus efectos caben dentro de la cláusula general del artículo 84 del Código Civil, y, reconciliados los cónyuges, uno de los posibles efectos puede ser el derecho a suceder al difunto. Como dice PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, pág. 388), «si esto es así para la legítima, igual debe ser con respecto a la sucesión intestada del cónyuge, pero no porque recurramos a una aplicación analógica de lo dispuesto en sede de la anterior, que no hace falta, sino porque los efectos propios de la reconciliación conyugal establecidos en el artículo 84 del Código Civil llevan forzosamente a ello».

(44) En caso de divorcio, para que la reconciliación produzca efectos jurídicos, habrá de tener lugar antes de dictarse sentencia de divorcio, caso en que el sobreviviente conservará el derecho a suceder *abintestato*. En cambio, no se producirá este resultado cuando la reconciliación sea posterior al divorcio firme, pues de acuerdo con el artículo 88, párrafo 2.º, del Código Civil, la reconciliación «*no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio*».

(45) *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 9.ª edición, 2004, pág. 104.

(46) *Matrimonio, separación y divorcio en la legislación actual y en la historia*, Aranzadi, Pamplona, 1990, pág. 573.

(47) En parecidos términos se expresa DORAL GARCÍA, J. A. (*Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coordinados por J. L. LA-

La doctrina (48) considera la reconciliación como un negocio jurídico de Derecho de familia, y discute sobre su carácter unilateral o bilateral. Como negocio jurídico, precisa una manifestación de voluntad y ausencia de vicios en el consentimiento; y como negocio jurídico de Derecho de familia, los efectos por ella instaurados no surgen en gran parte *ex voluntate*, sino *ex lege*, pues si bien es cierto que el acto de reconciliación es un acto voluntario y libre de los interesados en superar la crisis, no lo es menos que muchos de los efectos se producen porque la ley los impone (arts. 106, párr. 2.º, y 1.443 del Código Civil) (49) prescindiendo de la voluntad negocial; si bien no habrá obstáculo en que los sujetos puedan posteriormente modificar lo establecido por la ley, y así podrán, por ejemplo, otorgarse mutuamente nuevos poderes, o establecer de nuevo el régimen económico de gananciales.

En relación con el discutido carácter unilateral o bilateral de la reconciliación conviene partir de la premisa de que dos no se reconcilian si uno no quiere. Para GARCÍA CANTERO (50), en atención a la situación consagrada en España antes de la Ley 15/2005 (la cual ha suprimido las causas hasta entonces exigidas para un proceso de separación judicial o divorcio), habría que distinguir aquí dos supuestos: uno, cuando había consenso para instar la separación (art. 81.1.º del Código Civil); y otro, cuando la separación se solicitaba por uno solo de los cónyuges por hallarse el otro incurso en causa legal de separación (antiguo art. 81.2.º del Código Civil). En el primer caso, la reconciliación constituirá un acto bilateral, se requiere un consentimiento mutuo. En el segundo caso, la reconciliación tendrá carácter unilateral y se equiparará a un perdón; al estar uno solo de los cónyuges legitimado para instar la separación, dependerá «exclusivamente de su voluntad el desistir de la demanda y reanudar la convivencia» (51).

La tesis del carácter unilateral de la reconciliación encontraba su punto de apoyo, fundamentalmente, en la normativa anterior a la reforma de 1981, se-

CRUZ BERDEJO, Civitas, Madrid, 1994, pág. 870), para quien la reconciliación supone «el paso de una situación anómala a la normalidad del vínculo conyugal».

(48) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R., *ob. cit.*, pág. 91; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 5, vol. I, revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Reus, Madrid, 1983, pág. 927; PÉREZ RÚA, M.ª J., *ob. cit.*, pág. 32, entre otros.

(49) Artículo 106, párrafo 2.º, del Código Civil: «*La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva*».

Artículo 1.443 del Código Civil: «*La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado*».

(50) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982, pág. 289.

(51) Las palabras de GARCÍA CANTERO, G. se refieren a una situación anterior a consumarse la separación por sentencia judicial, ya que una vez decaída sentencia necesariamente la reconciliación tendrá carácter bilateral.

gún la cual sólo podía interponer la acción de separación el cónyuge, denominémosle inocente, ante la culpabilidad probada del otro consorte. El inocente, perdonando al culpable, podía, si quería, reconciliarse, si bien era posible también la existencia de perdón sin reconciliación. Pero, después de aquella reforma, al no regir con carácter general el sistema de separación-sanción, sino más bien el de separación-remedio, y no buscar el legislador sancionar al cónyuge culpable de la crisis conyugal, sino simplemente solucionar ésta, ha dejado en gran parte de tener apoyo la tesis del carácter unilateral de la reconciliación; y así, la mayoría de la doctrina (52) configura la reconciliación de los cónyuges como un acto bilateral basado en el consentimiento mutuo, carácter que se ha potenciado tras la Ley 15/2005, al haber desaparecido de la normativa del Código Civil las causas precisas para iniciar un proceso de separación o divorcio. En resumen, entendemos que el perdón es un acto unilateral, pero la reconciliación exige la bilateralidad aún en los supuestos en los que el proceso se haya instado a iniciativa de uno solo de los cónyuges, pues no es posible obligar a nadie a reconciliarse, ya que la convivencia, por su propia naturaleza, precisa de la colaboración y consentimiento de los dos consortes.

Pero el Código siempre ha exigido un requisito posterior a la efectiva reconciliación de los cónyuges. El antiguo artículo 84 —redactado conforme a la Ley 30/1981— decía que la reconciliación debía ponerse «en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio» (53). La doctrina discutió sobre el valor de este mandato legal de notificar la reconciliación al Juez, y mientras para unos —como GARCÍA CANTERO (54)— la notificación al Juez no era requisito de validez del negocio reconciliatorio, sino presupuesto de eficacia, para otros —como VALPUESTA FERNÁNDEZ (55)— el incumplimiento de la notificación no afectaba a la eficacia de la reconciliación. En resumen, la mayoría doctrinal entendía que la reconciliación existía por el mero consentimiento de los cónyuges de poner término al procedimiento de separación, o de dejar sin efecto lo resuelto en la sentencia de separación, y de reanudar su vida en común con los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio (56). La reconciliación tenía lugar por el hecho efectivo de la

(52) Vid. PUIG FERRIOL, L., *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 341; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *ob. cit.*, pág. 91; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *ob. cit.*, pág. 104; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. III, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 198, entre otros.

(53) Y si el fallo judicial en el que se declare la separación o divorcio se inscribió en el Registro Civil al margen de la inscripción de matrimonio, la reconciliación, de oficio, también se anotará en el Registro Civil a los efectos oportunos (art. 76 LRC).

(54) *Ob. cit.*, pág. 290.

(55) *Ob. cit.*, pág. 92.

(56) DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (*ob. cit.*, pág. 104) se preguntaban por el alcance de este mandato legal, y deducían que «la dación de cuenta al juez no se convierte en forma constitutiva de la reconciliación, ni tampoco en forma *ad probationem*».

misma, y no por el conocimiento que el tribunal tuviera o pudiera tener de ella. Pero si la reconciliación era expresa (57), y lo era siempre que se hubiera puesto en conocimiento del Juez que entendiera o hubiera entendido del litigio, la prueba quedaba en gran medida facilitada para el cónyuge superviviente (58).

No obstante, según la opinión general, el cónyuge sobreviviente podía probar por cualquiera de los medios admitidos en derecho la efectividad de la reconciliación, que ésta fue tácita o derivada de hechos concluyentes, y que en consecuencia tenía derechos sucesorios en la herencia del causante. Pero después de la reforma operada en el artículo 84 por la Ley 15/2005 que taxativamente ordena, ahora, que «*ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo —el acto conciliatorio— en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio*», parece que la notificación efectuada por separado al Juez se ha convertido, al menos, en requisito de eficacia, por lo que en cualquier momento posterior a la reconciliación efectiva ésta tendrá que ser comunicada por los cónyuges, por separado, al Juez correspondiente. Resulta curioso observar —dice GOMÁ LANZÓN (59)— que «la ley no admite hoy reconciliación de hecho, y lo cierto es que parece un contrasentido dar carta de naturaleza a la separación de hecho frente a lo que figura en el Registro Civil, y no admitir la misma situación fáctica respecto a una decisión judicial». Tampoco se ve razón que justifique el porqué la notificación de la reconciliación al Juez no puede ser conjunta.

Conviene puntualizar que la reconciliación que deja sin efecto ulterior lo establecido en la sentencia de separación judicial (salvo los efectos expresamente excluidos en los arts. 106, párr. 2.º, y 1.443 del Código Civil) (60) es la reconciliación entre cónyuges, no el perdón que los herederos del fallecido pudieran otorgar al sobreviviente. Lo que el Código Civil exige, para que el viudo tenga derechos sucesorios *abintestato*, es un acuerdo de convivencia, de comunidad de vida entre los separados; en resumen: una reconciliación, no un perdón de terceros ajenos a los cónyuges.

(57) PÉREZ RÚA, M.ª J. (*ob. cit.*, pág. 196) distingue entre la reconciliación expresa y tácita. La forma tácita responde únicamente a los deseos de los cónyuges de reanudar su convivencia con ánimo de recomponer su matrimonio, mientras que a la forma expresa es a la que se refiere el artículo 84 del Código Civil cuando manda poner en conocimiento «*del Juez que entienda o haya entendido en el litigio*» la reconciliación efectuada.

(58) PÉREZ RÚA, M.ª J. (*ob. cit.*, pág. 197) afirma que, «a partir del momento de puesta en conocimiento del Juez la reconciliación, existe una fecha de la misma». Pero, en contra de esta idea, entendemos que la fecha de la reconciliación no es la de conocimiento del Juez, sino desde que efectivamente los cónyuges reanudaron la convivencia conyugal, fecha que presumiblemente habrá sido anterior, lo cual puede tener en algún caso importancia.

(59) *Ob. cit.*, pág. 158.

(60) Entre los efectos excluidos no menciona el Código Civil en ningún lugar la recuperación de los derechos sucesorios.

RESUMEN

SUCESIÓN EN SEPARACIÓN

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, además de cumplir su primordial finalidad de «reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge», subsana la criticada falta de armonía de que adolecía el Código Civil en la regulación de los requisitos precisos para que el cónyuge viudo tuviera derechos sucesorios abintestato y derechos legitimarios en la herencia de su consorte.

Así, a partir del 10 de julio de 2005 (fecha de la entrada en vigor de la citada Ley), para disfrutar de derechos en la sucesión del cónyuge premuerto el superviviente deberá no estar separado judicialmente, ni de hecho del difunto, abstención hecha en ambos casos de la inocencia o culpabilidad del sobreviviente. Antes de la reforma, el legislador sancionaba sin derechos legitimarios al cónyuge viudo culpable de la separación judicial, pero la valoración de culpabilidad o inocencia carecía de relevancia para privarle de derechos intestados.

La Ley 15/2005 ha unificado los presupuestos exigidos para la sucesión del cónyuge sobreviviente, tanto en su cuota legitimaria como abintestato, pero si bien desaparecen así algunos problemas de interpretación, no por ello deja de existir problemática. La dificultad se desplazará en numerosas ocasiones a la valoración del propio hecho de la separación fáctica, concepto jurídico en gran medida indeterminado, y a los requisitos exigidos por el nuevo artículo 84 del Código Civil para ser eficaz la posible reconciliación de los cónyuges.

ABSTRACT

SUCCESSION IN SEPARATION

Act 15/2005 of 8 July amending the Civil Code and the Civil Procedure Act in matters of separation and divorce not only complied with its primordial purpose of 'acknowledging greater significance as belonging to the wishes of the person when the person no longer wishes to continue bound to his or her spouse', but also mended the Civil Code's criticized lack of harmony in regulating the requirements needed in order for a widowed spouse to have succession rights ab intestato and rights in a legitime in the estate of his or her partner.

As of 10 July 2005 (the date when the aforesaid act went into force), in order to enjoy rights in the succession of a predeceased spouse, the surviving spouse need not be separated legally or de facto from the deceased, in both cases notwithstanding the innocence or guilt of the survivor. Prior to the reform, legislation used to penalise a widowed spouse guilty of legal separation by giving said spouse no rights in a legitime, but the observance of guilt or innocence could not deprive the survivor of intestate rights.

Act 15/2005 unified the conditions required for succession by the surviving spouse in regard to the spouse's share both via legitime and ab intestato, but although some problems of interpretation have thus been erased, problematic issues still remain. The difficulty will often shift onto how the fact of de facto separation itself, a largely fuzzy legal concept, is to be observed, and onto the requirements set by a new article of the Civil Code, article 84, in order for a possible reconciliation of the spouses to be effective.

(Trabajo recibido el 25-04-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)

El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo

por

JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad del País Vasco UPV-EHU

Miembro del Proyecto Jean Monnet de la Comisión Europea

SUMARIO

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

- I. PLANTEAMIENTO GENERAL.
- II. POSTULADOS PRELIMINARES:
 1. RÉGIMEN COMUNITARIO.
 2. RÉGIMEN NACIONAL.
- III. DETERMINACIÓN OBJETIVA DE LA REGULACIÓN:
 1. RÉGIMEN COMUNITARIO.
 2. RÉGIMEN NACIONAL.
- IV. DETERMINACIÓN DEL CONTRATO. PRINCIPIO DE CONFORMIDAD:
 1. RÉGIMEN COMUNITARIO.
 2. RÉGIMEN NACIONAL.
 3. DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y SUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE VICIOS Y *ALIUD PRO ALIO DATUM*.
- V. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL CONSUMIDOR. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD:
 1. DETERMINACIÓN MATERIAL:
 - 1.1. *Régimen comunitario.*
 - 1.2. *Régimen nacional.*
 2. DETERMINACIÓN PROCESAL:
 - 2.1. *Régimen comunitario.*
 - 2.2. *Régimen nacional.*

VI. EL RÉGIMEN DE LA GARANTÍA COMERCIAL:

1. RÉGIMEN COMUNITARIO.
2. RÉGIMEN NACIONAL.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA.

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL ORGÁNICO Y CRONOLÓGICO.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOCG:	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CC:	Código Civil.
CdC:	Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885.
CNUCCIM:	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980.
CLHLACCIM:	Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 22 de diciembre de 1986.
CRLAOC:	Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea (*).
DSCD:	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.
DVGBBC:	Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre Determinados Aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo.
LEC:	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

(*) El *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* se convierte en el *Diario Oficial de la Unión Europea* a partir del 1 de febrero de 2003, al entrar en vigor el *Tratado de Niza*, por el que se modifican el *Tratado de la Unión Europea*, los *Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas* y determinados *Actos Conexos*, firmado el 26 de febrero de 2001 —art. 2, núm. 38—.

LCGC:	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
LGVBC:	Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.
LOCM:	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
LRLOCM:	Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la Transposición al Ordenamiento Jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en Materia de Contratos a Distancia, y para la Adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias.
LSSIyCE:	Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
LTDCPICyU:	Ley 39/2002, de 28 de octubre, de Transposición al Ordenamiento Jurídico Español de diversas Directivas Comunitarias en materia de Protección de los Intereses de los Consumidores y Usuarios.
LUF:	Ley Uniforme sobre Formación del Contrato de Compra-venta Internacional de 1964.
LUVI:	Ley Uniforme sobre Venta Internacional de 1964.
LVGBVySP:	Libro Verde sobre las Garantías de los Bienes de Consumo y los Servicios Postventa, de 15 de noviembre de 1993 —COM (93), 509 Final—.
LVPBM:	Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
PLGVBC:	Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, presentado el 22 de octubre de 2002.
RPI:	Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia.
TCCE:	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como postulado previo, cabe manifestar que la tutela o protección de los consumidores constituye el objeto del *artículo 153 —Título XIV— del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea —TCCE—* (1), cuya finalidad es la promoción de la salud, la seguridad y los intereses económicos y jurídicos de los consumidores, así como su derecho a la información (2).

No obstante, dicho precepto —*art. 153.3.a) TCCE—*, para poder contribuir al alcance de sus objetivos, remite expresamente, a su vez, al *artículo 95 TCCE —ex art. 100 A)—*, el cual contempla un procedimiento de codecisión para con respecto a todas las medidas referentes a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, en lo atinente a la realización del Mercado Interior en relación con la protección de los consumidores. Igualmente, y de un modo paralelo, se prevé que las medidas y las acciones específicas de apoyo y complemento a la política llevada a cabo por los Estados miembros se adopten, asimismo, mediante un procedimiento de codecisión —*art. 251 TCCE (3)—* y previa consulta al Comité Económico y Social —*art. 153.4 TCCE—*. Ello no obstante, un Estado miembro podrá mantener y adoptar medidas de mayor protección o más estrictas en la defensa de los consumidores que las contempladas por la Unión Europea, toda vez que las mencionadas medidas fueren compatibles con el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* y hubieren sido notificadas a la Comisión —*art. 153.5 TCCE—*.

Pues bien, la regulación, de una parte, de esta materia y del régimen legal específico del que se la ha dotado, y, de otra, de la normativa específica objeto del presente estudio, han de ubicarse en el seno de un «*subsistema de legislación especial*» (4), que constituye el resultado de la plasmación de las

(1) Este artículo se corresponde con el antiguo artículo 129 A), redactado, a su vez, por el artículo 2.27 del *Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997*.

(2) *Vide*, asimismo, con respecto a los orígenes de la normativa comunitaria sobre la tutela de los consumidores, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Distorsiones operadas en el Derecho Contractual como consecuencia de la transposición del Derecho Comunitario *pro consumatore*», en *Actualidad Civil*, núm. 3, Madrid, 2003, págs. 931 y sigs.

(3) El procedimiento de codecisión —*ex art. 189 B)*— fue instituido por el *Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992*. Dicho procedimiento faculta al Parlamento Europeo para aprobar disposiciones conjuntamente con el Consejo, resultando, de tal manera, reforzado el poder legislativo del Parlamento Europeo en diferentes sectores, entre los cuales se halla el de los consumidores.

(4) *Vide*, con respecto de la teoría de los «subsistemas» y de las manifestaciones o derivaciones de la misma, BARCELLONA, Pietro: *Diritto Privato e Società Moderna*, Napoli, 1996, pág. 401. BASTIANON, Stefano: «Consumatore ed Imprenditore (...futuro) nel Diritto Comunitario: Luci ed Ombre di due Nozioni dai Confini Incerti. (Nota a Corte Giustizia CE, 3 Luglio 1997, Causa C-269/95)», en *Responsabilità Civile e Previdenza*, núm. 1, Milano, enero-febrero 1998, págs. 62-71. CALAIS-AULOY, Jean: «L'influence du Droit de la Consommation sur le Droit des Contrats», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, núm. 1, Paris, enero-marzo 1998, págs. 115-120. DE POLI, Matteo:

directrices y principios enunciados por la *Resolución del Consejo, de 23 de junio de 1986, relativa a la orientación futura de la Política de la Comunidad Económica Europea para la Protección y el Fomento de los Intereses de los Consumidores* (5). La Unión Europea, mediante esta Resolución, se arroga el compromiso de la tutela de los intereses de los consumidores, desarrollando tal objetivo y finalidad en diferentes áreas y ámbitos, tales como la de la información, representación, salud, seguridad y la de los intereses propiamente económicos (6).

Así pues, en función de lo manifestado, cabría aseverar que la regulación de la materia a analizar en este trabajo se halla configurada en la actualidad por normas de diferente origen o procedencia. En efecto, de una parte, cabría destacar la *Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre Determinados Aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo —DVGBC—* (7); de otra parte, se hallaría la

«Liberato Mercato e Controllo Legale nei Contratti del Consumatore», en *Rivista di Diritto Civile, II*, Padova, noviembre-diciembre 1999, pág. 757. ESPOSITO, Mario: «La Tutela dei Consumatori tra Codice Civile e Costituzione», en *Giurisprudenza di Merito*, núm. 1, Milano, enero-febrero 2000, págs. 181-221. FERRERI, Silvia: «L'intervento dell'Unione Europea a Tutela dei Consumatori e le Possibili Reazioni di Sustrato negli Stati Membri», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 5, Padova, septiembre-octubre 2002, págs. 633-657. IRTI, Natalino: «Leggi Speciali (dal Mono-sistema al Poli-sistema)», en *Rivista di Diritto Civile, I*, Padova, marzo-abril 1979, págs. 141-153. MUÑOZ ÁLVAREZ, Guadalupe: «La Protección Europea de los Consumidores y Usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 576, Navarra-Madrid, 8 de mayo de 2003, págs. 1-4. NUZZO, Mario: «I Contratti del Consumatore tra Legislazione Speciale e Disciplina Generale del Contratto», en *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 2, Napoli, enero-marzo 1998, págs. 308-324. PIZZIO, Jean-Pierre: «La Protection des Consommateurs par le Droit Commun des Obligations», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, núm. 1, Paris, enero-marzo 1998, págs. 53-69. SIRENA, Pietro: «Controllo Giudiziale e Controllo Amministrativo dei Contratti Stipulati dai Consumatori», en *Banca Borsa Titoli di Credito*, núm. 4, Milano, julio-agosto 2001, págs. 469-490. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo: «Il Diritto Europeo dei Contratti (verso la Distinzione tra “Contratti Commerciali” e “Contratti dei Consumatori”», en *Giurisprudenza Italiana, IV*, Torino, 1993, págs. 57 y sigs.

(5) DOCE C-167, de 5 de julio de 1986.

(6) En este orden de cosas, cabría citar la *Resolución del Consejo, de 2 de diciembre de 2002, sobre la Estrategia en materia de Política de los Consumidores en la Comunidad (2002-2006)* [DOCE C-11, 17 de enero de 2003], que establece como objetivos prioritarios, en gradación de importancia, un alto nivel común de protección de los consumidores, la aplicación eficaz de las normas sobre protección de los consumidores y la participación adecuada de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias y las medidas consecutivas que en ella se proponen —*apartado I*—.

(7) DOCE L-171, 7 de julio de 1999. Esta *Directiva* halla su origen y *ratio* en el *Libro Verde sobre las Garantías de los Bienes de Consumo y los Servicios Postventa, de 15 de noviembre de 1993 [LVGBV y SP] —COM (93), 509 Final—*. Asimismo, cabe destacar que, en virtud de su *artículo 13*, dicha *Directiva* entró en vigor en la mencionada fecha de su publicación.

Vide, con respecto de la *Directiva*, AVILÉS GARCÍA, Javier: «Problemas de Derecho Interno que plantea la incorporación y aplicación de la *Directiva 1999/44/CE* sobre De-

Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo —LGVBC— (8). Por consiguiente, el examen, análisis y tratamiento de la

terminados Aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 4, Madrid, 2000, págs. 1179-1206. CALVO, Roberto: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. L'Attuazione della Direttiva N.º 44 del 1999: Una Chance per la Revisione in Senso Unitario della Disciplina sulle Garanzie e Rimedi nella Vendita», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 463-488. CIATTI, Alessandro: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. L'Ambito di Applicazione Ratione Materiae della Direttiva Comunitaria sulla Vendita e le Garanzie dei Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 433-447. CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo: Un Nuevo Régimen de Saneamiento en la Compraventa de Bienes Muebles», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, Pamplona, 2000, págs. 521-536. DELOGU, Lucia: «I Patti Modificativi della Responsabilità del Venditore: La Directiva 1999/44/CE, L'Odierno Diritto Italiano e le Prospettive di Reforma», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 489-515. FADDA, Rossella: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. Il Contenuto della Direttiva; una Panoramica», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 410-431. GARCÍA RUBIO, María Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *La Ley*, núm. 5747, Madrid, 26 de marzo de 2003, págs. 1-9. HONDIUS, Ewoud & JELOSCHKE, Christoph: «Towards a European Sales Law - Legal Challenges Posed by the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 157-161. KRUISINGA, Sonja A.: «What do Consumer and Commercial Sales Law Have in Common? A Comparison of the EC Directive on Consumer Sales Law and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 177-188. LETE ACHIRICA, Javier: «La Directiva sobre la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo de 25 de mayo de 1999 y su Transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 4, Madrid, 1999, págs. 1365-1385. MACARIO, Francesco: «Brevi Considerazioni sull'Attuazione della Direttiva in Tema di Garanzie nella Vendita di Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 6, núm. 1, Padova, 2001, págs. 143-153. MARCO MOLINA, Juana: «La Garantía Legal sobre Bienes de Consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre Determinados Aspectos de la Venta y las Garantías sobre Bienes de Consumo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, Madrid, 2002, págs. 2275-2348. SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: «Garantía de los Bienes de Consumo: Consecuencias de la Nueva Directiva», en *II Congreso Europeo de Consumo. Nuevas Tendencias en Materia de Protección del Consumidor*, Vitoria-Gasteiz, 2003, págs. 71-89. SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Determinados Aspectos de la Venta y Garantías de los Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 3, Madrid, 1999, págs. 1073-1094. «En torno al concepto de Bienes de Naturaleza Duradera y su incardinación en las Garantías de la Venta», en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LVI. Fascículo III, Madrid, julio-septiembre 2003, págs. 1357-1393. SCOTTON, Manola: «Directive 99/44/EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 297-307.

(8) *BOE*, núm. 165, de 11 de julio de 2003.

La Ley entró en vigor el día 11 de septiembre de 2003, de acuerdo con lo estipulado en la *Disposición Final Octava LGVBC*.

De otra parte, por lo que respecta a su *iter parlamentario procedimental*, cabría señalar, básicamente, los siguientes hitos:

cuestión, se llevará a cabo de un modo integral o imbricado, en base a la regulación contemplada por las citadas disposiciones, máxime si se tiene presente que el desarrollo del Derecho nacional obedece inexorablemente a la necesidad de transponer e incorporar a la normativa interna la correspondiente iniciativa legislativa comunitaria. Asimismo, se ha de tener presente que, sin perjuicio de su tratamiento y regulación internos, los conceptos empleados en materia de tutela de consumidores y usuarios han de ser delimitados y definidos de acuerdo con criterios o parámetros comunitarios, toda vez que dicha materia y su orden jurídico resultan decisivos para la realización de los objetivos del Mercado Interior.

II. POSTULADOS PRELIMINARES

1. RÉGIMEN COMUNITARIO

La *Directiva 1999/44/CE* contempla, como propósito o finalidad, el pleno desarrollo del Mercado Interior, especialmente en lo que versa sobre la libre

-
- El *Proyecto de Ley* fue calificado el día 29 de octubre de 2002 [BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-1, de 31 de octubre de 2002, págs. 1-6].
 - *Debate de totalidad*: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados —DSCD—, núm. 214-2002, de 12 de diciembre de 2002, págs. 10842-10851.
 - *Publicación de Enmiendas*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-12, de 25 de febrero de 2003, págs. 27-56.
 - *Informe de la Ponencia*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-14, de 12 de mayo de 2003, págs. 59-65.
 - *Aprobación por la Comisión con Competencia Legislativa Plena*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-15, de 20 de mayo de 2003.
 - *Texto remitido al Senado*: BOCG. Senado, núm. II-128-a, de 22 de mayo de 2003.
 - *Publicación de Enmiendas*: BOCG. Senado, núm. II-128-c, de 11 de junio de 2003, págs. 73-87.
 - *Informe de la Ponencia*: BOCG. Senado, núm. II-128-d, de 12 de junio de 2003, págs. 35-43.
 - *Dictamen de la Comisión y votos particulares*: BOCG. Senado, núm. II-128-e, de 16 de junio de 2003, págs. 45-53.
 - *Texto aprobado por el Senado*: BOCG. Senado, núm. II-128-f, de 24 de junio de 2003, pág. 47.
 - *Enmiendas del Senado*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-16, de 25 de junio de 2003, págs. 73-87.
 - *Aprobación definitiva*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-17, de 3 de julio de 2003, pág. 89.

Vide, con respecto del *Proyecto de Ley*, SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: *Garantía de los Bienes...*, *ob. cit.*, págs. 71 y sigs.

Por lo que respecta a la *Ley*, *vide* MÉNDEZ TOMÁS, ROSA M. & VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Garantías y acciones derivadas de las ventas de bienes de consumo. Sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Barcelona, 2004. VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Navarra, 2004.

circulación de mercancías y servicios y el derecho que se ha de garantizar a los consumidores residentes en un Estado Miembro respecto de la posibilidad o facultad de que disponen de adquirir bienes en el territorio de otro Estado Miembro «con arreglo a un conjunto mínimo uniforme de normas equitativas que regulen la compraventa de bienes de consumo» —*considerando 2 DVGBC*—. Ahora bien, la citada pretendida uniformidad de las normas, en cambio, tan sólo resulta alcanzada en parte, por cuanto que el instrumento jurídico empleado para ello es una Directiva —*art. 249, párrafo tercero, TCCE*—, cuyo objeto explícitamente considerado es el de «aproximar» las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo —*art. 1.1 DVGBC*—. A nuestro juicio, si la voluntad del legislador comunitario era, ciertamente, la uniformidad de un régimen de tutela de los consumidores, la misma se hubiera alcanzado de un modo más pleno, y en técnica jurídica más preciso, mediante el instrumento jurídico del Reglamento, por cuanto que goza de alcance general, resulta obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro —*art. 249, párrafo segundo, TCCE*— (9).

Asimismo, se ha de poner de relieve que, aun cuando en el texto de Derecho positivo no se contempla expresamente, la parte expositiva y los *considerandos* explicitan la realidad económica y jurídica que constituye la base fáctica de la nueva regulación. En este sentido, dicha realidad sería la realización de operaciones —en particular, adquisición de bienes de consumo— en el mercado de un Estado miembro por parte de consumidores residentes en otro Estado miembro, esto es, compras transfronterizas —*considerandos 2, 3, 4 y 5 DVGBC*— (10). La citada previsión exige un conjunto normativo mínimo común, con independencia del lugar donde se efectuaré la compra de los bienes en el seno de la Unión Europea —*considerando 5 DVGBC*—, contemplando, igualmente, la incidencia que ello pudiere plantear con respecto del falseamiento del juego de la competencia entre los vende-

(9) En este orden de cosas, cabe poner de relieve que la terminología misma empleada por la *Directiva 1999/44/CE* resulta técnicamente deficiente, por cuanto que emplea, a su vez, con pretensión de idéntica finalidad, el término «armonización» —*considerando 4, in fine*—, el cual presenta un significado y alcance diferentes, resultando, en cambio, subsumible en la figura de Directiva.

(10) El ámbito de aplicación de la Directiva se extendería —de un modo diverso a cuanto acaece con la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 [CNUCCIM]*, ratificada por el Estado español mediante Instrumento de Adhesión, de 17 de julio de 1990 [*BOE*, núm. 26, de 30 de enero de 1991], la cual solamente se aplica a las ventas «internacionales»—, bien a las ventas «transnacionales o transfronterizas» —de acuerdo con los arts. 4 y 5 del *Convenio de Roma, de 19 junio 1980, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales [CRLAOC]*—, bien a las ventas «internas» a un Estado miembro, las cuales no presentan ningún elemento de naturaleza «ajena».

dores —considerando 3, *in fine*, DVGBC— (11). Ahora bien, la propia *Directiva* contempla una disposición, que, amén de incorporar un concepto jurídico indeterminado como punto de conexión, genera una gran inseguridad jurídica —y, por ende, económica— que, en absoluto, converge con los postulados de la *Directiva* misma y del Mercado Interior que trata de fomentar. Así, se remite a la legislación nacional la adopción de la regulación precisa para que el consumidor no resultare privado de la protección conferida por la *Directiva* por el hecho de haberse optado por la legislación de un «Estado no miembro» como Derecho aplicable al contrato, en el caso de que éste presentare un vínculo estrecho con el territorio de los Estados Miembros —art. 7.2 DVGBC—. En este orden de cosas, a nuestro juicio, la *Directiva* incurre en una grave deficiencia de técnica jurídica, al establecer, tal y como se ha afirmado anteriormente, como punto de conexión un concepto jurídico indeterminado, con respecto del cual ni siquiera fija o contempla los parámetros o criterios de definición o interpretación. Todo ello supone incorporar un nuevo punto de conexión, cuyo significado, contenido y alcance resultan difusos y cuya determinación, en suma, habrá de corresponder al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (12).

Otro de los postulados que configuran la nueva normativa es la determinación, fijación y especialización del Derecho Contractual. En este orden de cosas, la *Directiva* 1999/44/CE pone especial énfasis en la correspondencia o conformidad del bien con el contrato, pretendiendo aproximar las legislaciones nacionales a tal fin, mas, respetando, en todo caso, el Derecho Positivo y los principios de las legislaciones nacionales en cuanto a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual —considerando 6 DVGBC—. Asimismo, de ello cabe derivar que el «Derecho de los Consumidores» se prefigura como una especialidad o subtipo dentro del «género» del Derecho Contractual, por cuanto que se postula la posibilidad de establecer

(11) La citada previsión hallaría, asimismo, *mutatis mutandis*, su parangón en el concepto de *forum shopping* establecido expresamente en el considerando 4 del Reglamento (CE), núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia —RPI— [DOCE L-160, 30 de junio de 2000].

Asimismo, la *Directiva* 1999/44/CE contempla, no solamente *ad intra*, sino también *ad extra*, la elusión de la tutela de los consumidores, por cuanto que prohíbe expresamente que la protección del consumidor resultante de la citada *Directiva* pudiere «reducirse alegando que se ha escogido la legislación de un Estado no miembro como aplicable al contrato» —considerando 22, *in fine* y, en correlación, el art. 7.2—.

(12) En este sentido, se ha de destacar la Jurisprudencia básica que, con respecto a diferentes puntos de conexión y su interpretación y aplicación, ha dictado el Tribunal de Justicia: *Sentencia de 25 de septiembre de 1988 —Asunto 81/87 «Daily Mail»—* y *sentencia de 9 de marzo de 1999 —Asunto C-212/97 «Centros»—*.

Igualmente, cabría poner de relieve que el citado punto de conexión de la *Directiva* goza de la misma inseguridad jurídica que el establecido, fundamentalmente, en el considerando 12, primer inciso, y en el artículo 3.1 —«centro de intereses principales»— RPI.

«disposiciones nacionales adicionales» —con el fin de garantizar la protección del consumidor— en el supuesto de que las partes no hubieren acordado cláusula contractual específica alguna o cuando hubieren acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyeren o limitaren, bien directa o indirectamente, los derechos del consumidor —*considerando 7 DVGBC*—. Ahora bien, a fin de facilitar la aplicación del «principio de conformidad del contrato», se establece una *presunción iuris tantum* —«impugnable», en términos de la *Directiva*— de conformidad con el contrato, que cubre las situaciones más comunes, siendo los elementos de la citada presunción cumulativos, mas, en todo caso, sin limitar el principio de libertad contractual de las partes —*considerando 8 DVGBC*—.

Asimismo, se ha de subrayar el carácter *de minimis* y *de ius cogens* que presenta la *Directiva 1999/44/CE*, reconociendo expresamente que los Estados miembros han de tener la facultad de adoptar o mantener disposiciones más exigentes con el fin de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores —*considerando 24 y art. 8.2 DVGBC*—.

En cuanto al primero de los caracteres —*de minimis*—, se impone a los Estados miembros un deber especial de información «intranacional» para con los consumidores, con respecto a las disposiciones nacionales que adoptaren para la transposición de la *Directiva*, pudiendo hacer partícipes a las organizaciones profesionales en la información a suministrar a los consumidores sobre los derechos de éstos —*art. 9 DVGBC*—. En el mismo orden de cosas, más en sentido contrario, se establece otro deber de información o notificación, «extranacional, más intracomunitario», que han de cumplir los Estados miembros, consistente en comunicar a la Comisión el texto de las disposiciones de Derecho interno o nacional que adoptaren como transposición de la *Directiva* —*art. 11.2 DVGBC*—. Asimismo, la citada condición *de minimis*, además de manifestarse en su configuración intensiva o de especialidad, también se presenta en su aspecto extensivo o de alcance, por cuanto que los derechos conferidos por la citada *Directiva* se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pudiere invocar el consumidor «en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual» —*art. 8.1 DVGBC*—. En este orden de cosas, se ha de concluir que la fecha límite que se contempla para la transposición de la *Directiva* es el 1 de enero de 2002, habiendo de informar con carácter inmediato de ello a la Comisión (13). La citada transposición habrá de in-

(13) En la citada fecha límite, diversos Estados miembros habían comunicado ya a la Comisión las medidas nacionales de transposición que habían adoptado:

ALEMANIA:

* *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. Vom 26. November 2001*. Referencia: Bundesgesetzblatt, núm. 61, año 2001, apartado I, 29 de noviembre de 2001.

clair, asimismo, una referencia a dicha *Directiva* o, en su caso, tal referencia habrá de acompañarse en su publicación oficial, siendo los Estados miembros

AUSTRIA:

- * *Bundesgesetz, mit dem das Gewährleistungsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Konsumentenschutzgesetz sowie das Versicherungsvertragsgesetz geändert werden [Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz-GewRÄG]*. Referencia: BGBl, núm. 48/2001, Volumen I, 8 de mayo de 2001.

DINAMARCA:

- * *Lov om ændring af lov om markedsføring*. Referencia: Lov, núm. 342, 2 de junio de 1999.
- * *Lov om ændring af lov omkøb*. Referencia: Lov, núm. 213, 22 de abril de 2002.

FINLANDIA:

- * *Laki Kuluttajansuojalain Muuttamiesta*. Referencia: Suomen Säädökokoelma, núm. 1258/2001, 19 de diciembre de 2001.

GRECIA:

- * *Acto Legislativo, núm. 3043/2002*. Referencia: FEK, núm. 192/A, 21 de agosto de 2002.

ITALIA:

- * *Decreto Legislativo 2 Febbraio 2002, núm. 24. Attuazione della Direttiva 1999/44/CE su Taluni Aspetti della Vendita e delle Garanzie di Consumo*. Referencia: GURI-Serie General-núm. 57, 8 de marzo de 2002.

SUECIA:

- * *Lag (2002:587) om ändring i konsumentköplagen (1990:932)*.
- * *Lag (2002:588) om ändring i konsumenttjänstlagen (1985:716)*.
- * *Lag (2002:565) om ändring i marknadsföringslagen (1985:450)*.

Con posterioridad a la fecha límite, han procedido a transponer la Directiva:

IRLANDA:

- * European Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003, 22nd January 2003.

HOLANDA:

- * *Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen*.

PORTUGAL:

- * *Decreto-Lei n.º 67/2003. DR 83 SÉRIE I-A de 2003-04-08*.

REINO UNIDO:

- * *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*.

Por su parte, ciertos Estados miembros aún se hallan en la fase de transposición:

BÉLGICA:

- * *Projet de Loi Complétant les Dispositions du Code Civil relatives à la Vente en Vue de Protéger les Consommateurs du 17-12-2002*.

FRANCIA:

- * *Rapport Général du Groupe de Travail sur l'intégration en Droit français de la Directive 1999-44 du Parlement Européen et du Conseil du 25 Mai 1999 sur Certains Aspects de la Vente et des Garanties des Biens de Consommation*.

LUXEMBURGO:

- * *Avant-Projet de Loi relatif à la Garantie de Conformité due par le Vendeur de Biens Meubles Corporels portant Transposition de la Directive 1999/44/CE du Parlement Européen et du Conseil du 25 Mai 1999 sur Certains Aspects de la Vente et des Garanties des Biens de Consommation et Modifiant la Loi modifiée du 25 Août 1983*

bros los competentes para establecer la modalidad de la mencionada referencia —art. 11.1 DVGBC—.

Por lo que respecta al segundo de los caracteres —*de ius cogens*—, se establece expresamente que las cláusulas contractuales o los acuerdos cele-

relative à la Protection Juridique du Consommateur et l'article 1648 du Code Civil (27-06-2003).

Asimismo, se ha de poner de relieve que Bélgica y Luxemburgo fueron condenadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplimiento de la obligación de transposición, mediante las *sentencias de 19 de febrero de 2004 [Sala Tercera] —Comisión de las Comunidades Europeas V. Reino de Bélgica, Asunto C-312/03 y Comisión de las Comunidades Europeas V. Gran Ducado de Luxemburgo, Asunto C-310/03—*.

Vide, a este respecto, ARNOUKOuros, Georgios I.: «The Transposition of the Consumer Sales Directive into the Greek Legal System», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 259-277. BIRD, Timothy C.: «Directive 99/44EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: Its Impact on Existing Irish Sale of Goods Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 279-295. BRUUN NIELSEN, Anne-Dorte: «Directive 1999/44/EC of the European Parliament and the Council on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees and its Influence on Danish Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 189-196. CORSO, Elena: «La Tutela del Consumatore dopo il Decreto Legislativo di Attuazione della Direttiva 99/44/CE», en *Contratto e Impresa*, núm. 3, Padova, 2002, págs. 1317-1361. DE CRISTOFARO, Giovanni: *Difetto di Conformità al Contratto e Diritti del Consumatore: L'Ordinamento Italiano e la Direttiva 99/44/CE sulla Vendita e le Garanzie dei Beni di Consumo*, Padova, 2000. ELVINGER, Marc: «La Directive 99/44 du 25 Mai 1999 et le Droit Luxembourgeois», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 309-325. GENOVESE, Amarillide: «Le Garanzie dei Beni di Consumo, la Direttiva 99/44/CE ed il Diritto Spagnolo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 7, núm. 2, Padova, 2002, págs. 1103-1130. GRUNDMANN, Stefan: «European Sales Law - Reform and Adoption of International Models in German Sales Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 239-258. HOGG, Martín: «Scottish Law and the European Consumer Sales Directive», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 337-350. HONDIUS, Ewoud & SCHELHAAS, Harriët: «In Conformity with the Consumer Sales Directive? Some Remarks on Transposition into Dutch Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 327-336. JELOSCHKE, Christoph: «The Transposition of Directive 99/44/EC into Austrian Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 163-175. LETE ACHIRICA, Javier: «The Impact on Spanish Contract Law of the EC Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 351-357. MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «Nuova Disciplina della Vendita de Beni di Consumo nel Diritto Spagnolo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 8, núm. 2, 2003, págs. 868-901. PINNA, Andrea: «Setti Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. I Termini della Disciplina delle Garanzie e la Direttiva 1999/44/CEE sulla Vendita di Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 516 y sigs. / «La Transposition en Droit Français», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 223-237. SIVESAND, Hanna: «Sweden-Delayed Reforms Due to the Consumer Sales Directive?», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 359-367. WATTERSON, Stephen: «Consumer Sales Directive 1999/44/EC - The Impact on English Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 197-221.

brados con el vendedor, antes de que se indicare a éste la falta de conformidad, que excluyeren o limitaren directa o indirectamente los derechos conferidos por la *Directiva*, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional —*art. 7.1, párrafo primero, DVGBC*—. Igualmente, tal carácter cabe predicar del régimen a establecer con respecto de los bienes de segunda mano —*art. 7.1, párrafo segundo, DVGBC*—.

Finalmente, la propia *Directiva* contempla un régimen de revisión, que establece, de una parte, que, como máximo, el día 7 de julio de 2006, la Comisión procederá a examinar la aplicación de la *Directiva* misma y presentará al respecto un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo. Asimismo, el citado Informe analizará, entre otras cuestiones, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, en el supuesto de que procediere, tal Informe irá acompañado de las propuestas al respecto —*considerando 23 y art. 12 DVGBC*—.

2. RÉGIMEN NACIONAL

Como cuestión previa, se ha de poner de manifiesto que la *Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* —*LGVBC*— constituye el ejercicio y cumplimiento del deber de transposición establecido por el *artículo 11* de la *Directiva*. Ahora bien, dicha transposición ha superado ampliamente el antedicho plazo máximo —1 de enero de 2002— contemplado en el citado *artículo 11.1, párrafo primero, DVGBC*. Ello ha derivado en que la Comisión Europea haya remitido un dictamen motivado al Gobierno español, entre otros (14), poniendo, así, en evidencia y cuestionando el escaso rigor mani-

(14) *Comisión Europea: DN: IP/03/3 —6 de enero de 2003—*.

«La Comisión interviene para garantizar los derechos de los consumidores europeos tramitando procedimientos de infracción contra ocho Estados miembros.

La Comisión Europea ha remitido un dictamen motivado a los gobiernos belga, británico, español, francés, irlandés, luxemburgués, holandés y portugués por el incumplimiento observado sobre la obligación de transponer la *Directiva* sobre las Garantías de los Bienes de Consumo (1999/44/CE)... Los Estados miembros estaban obligados a transponer la *Directiva* antes del 1 de enero de 2002. Los ocho Estados miembros referidos no han notificado aún a la Comisión las medidas adoptadas en Derecho Nacional para poner en práctica la *Directiva*. La remisión de un “dictamen motivado” constituye la segunda etapa del procedimiento de infracción en virtud del *artículo 226* del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*. Si los Estados miembros en cuestión no pueden garantizar a la Comisión que los derechos de los consumidores previstos por la *Directiva* son efectivamente recogidos en su Derecho Nacional, la etapa siguiente del procedimiento requerirá que la Comisión entable acciones contra los citados Estados miembros ante la Corte de Justicia Europea.

Los derechos definidos en la *Directiva* sobre las Garantías de los Bienes de Consumo revisten una importancia fundamental para los consumidores, así como para la Unión. Si los consumidores temieren que sus derechos no son protegidos, ellos vacilarían en hacer las compras fuera de las fronteras nacionales. En el momento de su adopción en 1999,

festado por el Ministro de Justicia en su comparecencia parlamentaria, del día 12 de diciembre de 2002, con motivo del debate de totalidad que respecto del *Proyecto de Ley* tuvo lugar en el Congreso de los Diputados en la citada fecha (15).

Asimismo, con carácter general, cabe manifestar que la *Exposición de Motivos* de la *Ley* resulta coincidente con la establecida en la *Directiva*, de la cual trae causa directa —*Exposición de Motivos, párrafo tercero, LGVBC*—. Pues bien, imbuido por tales principios, se ha de poner de relieve que, a diferencia del *Proyecto de Ley*, que incurría también en la misma deficiencia de técnica jurídica —generadora, asimismo, de inseguridad jurídica y económica— que la norma comunitaria, por cuanto que, con la finalidad de delimitar el ámbito de aplicación de la nueva norma, empleaba el mismo concepto jurídico indeterminado (16) como criterio o punto de conexión de su aplicación, el nuevo texto, en cambio, perfila expresamente los puntos de conexión, constituyendo, sin duda, una mejora de técnica jurídica. Así, las normas de la *Ley* serán aplicables, cualquiera que fuere la *Ley* que las partes hubieren elegido para regir el contenido, cuando el bien hubiere de utilizarse, ejercitarse el derecho o reali-

por el Consejo y el Parlamento, esta Directiva fue saludada, con todo merecimiento, como una consecución importante. Más de un año ha transcurrido desde el vencimiento del plazo aceptado por los Estados miembros para la puesta en práctica de la Directiva. Ocho Estados miembros no han notificado aún a la Comisión el modo en que los derechos garantizados por la Directiva serán protegidos en su legislación nacional. La Comisión no tiene otra elección que entablar los procedimientos de infracción. El Comisario responsable de la Salud y de la Protección de los Consumidores, David Byrne, ha declarado que está determinado en velar por lograr que ningún consumidor europeo sea estafado».

(15) *Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, núm. 214, 12 de diciembre de 2002. Pleno. Debate de totalidad*: págs.10842 y sigs. y 10846: «...España es un país que se encuentra a la cabeza de transposición de Directivas comunitarias. Tan es así que en el Consejo de Barcelona se establecieron dos objetivos: el déficit cero para la transposición de Directivas con dos años de vencimiento y el déficit 1,6 por 100 para la transposición de Directivas de Comercio Interior. Pues bien, en materia de Justicia se aprueba hoy en el Senado la transposición de una Directiva e inicia aquí su trámite la transposición de una Directiva que en todo caso nos permite estar cumpliendo, antes de la primavera de 2003, el objetivo de déficit cero en la transposición de Directivas con más de dos años de retraso. Es decir España se encuentra en su conjunto en materia de Justicia entre los primeros países de la Unión Europea en la agilidad, en la eficacia en la transposición de Directivas comunitarias. Y singularmente la Directiva comunitaria que en forma de Proyecto de Ley hoy iniciaría su andadura en la Cámara si no tiene el obstáculo de que fueran aprobadas, cosa que dudo mucho, las enmiendas a la totalidad, es decir, si hoy la Cámara da el voto a que inicie su andadura parlamentaria el Proyecto de Ley, estaríamos entre los seis países de la Unión Europea que ya están trasponiendo la Directiva porque son 15 los países de la Unión Europea que todavía no han iniciado la transposición de esta Directiva...», «...y que además España es pionera en celeridad en la transposición de Directivas comunitarias...».

(16) «...una conexión o vínculo estrecho con el territorio de alguno de los Estados miembros de la Comunidad Europea»: *artículo 13 PLGVBC*.

zarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiere celebrado, total o parcialmente, en cualquiera de ellos, o una de las partes fuere ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presentare el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea —*art. 7.2 DVGBC y art. 13 LGVBC (17)*.

En este orden de cosas, habría de ponerse de relieve también que el carácter de *ius cogens* se halla residenciado en el *artículo 4, párrafo segundo, LGVBC*, que vicia de nulidad toda renuncia previa de los derechos recono-

(17) El tenor definitivo del *artículo 13 LGVBC* obedece a la *Enmienda, núm. 45*, presentada por el *Grupo Parlamentario Socialista* [BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-12, de 25 de febrero de 2003, pág. 47]. Asimismo, se ha de destacar que el precepto en cuestión habría de coherarse con los *artículos 5 y 20 CRLAOC*:

«*Artículo 5. Contratos celebrados por los consumidores.*

1. El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual:

- si la celebración del contrato hubiera sido precedida, en ese país, por una oferta que le haya sido especialmente dirigida o por publicidad, y si el consumidor hubiera realizado en ese país los actos necesarios para la celebración del contrato, o
- si la otra parte contratante o su representante hubiera recibido el encargo del consumidor en ese país, o
- si el contrato fuera una venta de mercancías y el consumidor se hubiera desplazado de este país a un país extranjero y allí hubiera realizado el encargo, siempre que el viaje hubiera sido organizado por el vendedor con la finalidad de incitar al consumidor a concluir una venta.

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4, y en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, si concurrieran las circunstancias descritas en el apartado 2 del presente artículo.

4. El presente artículo no se aplicará:

- a) a los contratos de transporte;
- b) a los contratos de suministro de servicios cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que tenga su residencia habitual.

5. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el presente artículo se aplicará a los contratos que, por un precio global, comprendan prestaciones combinadas de transporte y alojamiento».

«*Artículo 20. Prioridad del Derecho Comunitario.*—El presente Convenio se entiende sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regule los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las instituciones de las Comunidades Europeas o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos».

cidos por la norma a los consumidores, al igual que la realización de actos en fraude de la misma, todo ello acorde con el artículo 6 CC (18).

Igualmente, se establece el carácter exclusivo y excluyente de la nueva normativa, toda vez que el ejercicio de las acciones contempladas en la misma, derivadas de la falta de conformidad, resultará incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. Ahora bien, el comprador tendrá derecho, en todo caso, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad —*Disposición Adicional LGVBC*—.

Ello no obstante, también se ha de contemplar la *Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la Transposición al Ordenamiento Jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en Materia de Contratos a Distancia, y para la Adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias —LRLOCM—* (19). Así, ésta contempla, de una parte, en su *Exposición de Motivos*, la necesidad de transponer la *Directiva* comunitaria (20), si bien, de otra parte, reconoce que procede a modificar ciertos preceptos de la *Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, a fin de adaptarla a dicha *Directiva* (21).

(18) A este respecto, cabría aducir el *considerando 22 DVGBC*, que establece «que las partes no deben poder limitar o excluir por consentimiento mutuo los derechos conferidos a los consumidores, so pena de vaciar de contenido la protección legal... que este principio debe aplicarse asimismo a las cláusulas que implican que el consumidor tenía conocimiento de todas las faltas de conformidad de los bienes de consumo existentes en el momento de la celebración del contrato...».

Vide, sobre esta materia, VERGEZ, Mercedes: *La protección del consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 24 y sigs.

(19) *BOE*, núm. 304, 20 de diciembre de 2002.

(20) *Exposición de Motivos*, párrafo quinto.

«Se hallan también pendientes de transposición las Directivas 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo... En esta situación, razones de economía procesal aconsejan llevar a cabo en un solo cuerpo legal las modificaciones de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que resultan necesarias para adaptar su contenido a lo esencial de la regulación armonizadora comunitaria, en la medida exigible en el ámbito de aplicación de la Ley. Por supuesto, sin pretender con ello sustituir la tarea global de transposición... que se llevará a cabo en su momento».

(21) *Exposición de Motivos*, párrafos sexto y séptimo.

«Para impedir la desprotección de los consumidores mientras se llega a la transposición total de la Directiva 1999/44/CE, se incorpora una Disposición Final que mantiene el régimen vigente de garantía de los bienes duraderos hasta la implantación definitiva del sistema que introduce la norma comunitaria.

Por todo ello, la presente Ley... modifica asimismo los artículos 12 y 61: el primero de ellos, con el solo objeto de introducir la responsabilidad del vendedor en caso de que los bienes adquiridos no sean conformes con el contrato, y de contemplar la garantía comercial en términos acordes con la regulación de la Directiva 1999/44/CE...».

III. DETERMINACIÓN OBJETIVA DE LA REGULACIÓN

1. RÉGIMEN COMUNITARIO

La configuración del tipo jurídico de la regulación de la *Directiva 1999/44/CE* se halla determinada en el *artículo 1* de la misma mediante diferentes métodos o criterios de delimitación o conceptualización.

En primer lugar, cabe destacar la norma o cláusula de carácter general, que establece como supuesto de hecho «determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo» —*art. 1.1 DVGBC*— (22). Ahora bien, una vez determinado de tal manera el tipo legal, la *Directiva* procede a la definición de determinados conceptos, más, en todo caso, únicamente a los efectos de la misma. Ello no obstante, la nueva normativa —tanto en la fuente originaria de la *Directiva*, como en la norma nacional que la transpone— no regula la disciplina completa de la venta, sino tan sólo la materia relativa a las garantías a las que se halla obligado el vendedor en el caso de que el bien transferido no fuere conforme al contrato (23). En efecto, la nueva normativa no presenta una definición legal o positiva del contrato de venta, limitándose a establecer el *artículo 1.4 DVGBC* que «los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente *Directiva*». La normativa nacional, por su parte, no consagra expresamente la citada asimilación, si bien comprende en el ámbito de aplicación de la norma los mencionados contratos de suministro —*art. 2, párrafo segundo, LGVBC*—. Así pues, en suma, la noción de venta que deriva de la misma supone, ciertamente, un concepto más amplio que el previsto para dicho negocio jurídico en el *artículo 1.445 del Código Civil* —*CC*— y, en cambio, más próximo al concepto uniforme de matriz convencional en materia de venta internacional de bienes muebles (24).

(22) En este sentido, sería preciso poner de relieve que la dicción o el tenor literal de la versión inglesa de la *Directiva* resulta más precisa o exacta, por cuanto que concreta como supuesto de hecho del tipo «...*certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*...».

(23) En este orden de cosas, habría que señalar que el *Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva* —[DOCE C-104, de 6 de abril de 1998]— preconizó que «la venta de bienes de consumo debe abarcar todo tipo de contratos por los que el vendedor suministra bienes al consumidor, incluidos los contratos en los que se suministran bienes a cambio de otro valor patrimonial, en vez del precio de venta, contratos de alquiler y contratos en los que se realizan pagos a plazos y la propiedad de los bienes no se transfiere al consumidor hasta haberse abonado todos los plazos debidos»: *Enmienda 2, Considerando 3.bis (nuevo)*.

(24) *Vide*, en este sentido, el *artículo 3* de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980* —*CNUCCIM*—, que resulta copiado y reproducido por el *artículo 4* de

De acuerdo con lo manifestado, la citada extensión del concepto de venta podría conducir a sostener que en su misma definición podrían hallar cabida otros tipos de contrato, como, por ejemplo, el de permuta —*art. 1.538 CC (25)*—, el de compraventa con entrega compartida —*art. 1.465 CC (26)*—, así como el de arrendamiento de obra —*art. 1.544*

la *Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, de 22 de diciembre de 1986 —*CLHLACCIM*—.

«Artículo 3. *CNUCCIM*.

1. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2. La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

En virtud del tenor del citado precepto, la *Convención* extiende la definición tradicional clásica del contrato de compraventa, a fin de aglutinar en su seno a tipos contractuales que, en la mayoría de los Derechos Nacionales, son conceptuados como contratos diferentes al de la compraventa, por cuanto que la obligación del vendedor ya no consiste únicamente en una obligación de «dar», sino que también incorpora una obligación de «hacer». De acuerdo con lo manifestado, cabría señalar que la *Convención* trasciende el concepto clásico de compraventa o bien que configura una categoría nueva de compraventa. Así, podría concebirse que «ello implica que puede ensayarse un concepto de compraventa conforme al cual se trataría de un contrato por el que una de las partes (vendedor) se obliga a entregar una cosa, y, en su caso, a su manufactura o producción siempre que en este último caso proporcione asimismo una parte sustancial de los materiales necesarios para dicha manufactura o producción, y la otra (comprador) a pagar un precio y a recibirlas»: PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: Desde la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 47-48, Madrid, 2003, pág. 1200.

Vide, asimismo, en este sentido, FERRARI, Franco: *La Vendita Internazionale. Applicabilità ed Applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980. Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. Volume XXI*, Padova, 1997, págs. 103 y sigs. FRIGNANI, Aldo: *Il Contratto Internazionale. Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, 1999, págs. 307.

Finalmente, cabría señalar que las *Convenciones de La Haya* de la *Ley Uniforme sobre Venta Internacional de 1964 —LUVI—* y la *Ley Uniforme sobre Formación del Contrato de Compraventa Internacional de 1964 —LUF—* constituyen los precedentes inmediatos de la citada Convención de Viena, resultando, asimismo, los *artículos 6 LUVI* y *1.7 LUF* los textos antecedentes de la redacción final del *artículo 3 CNUCCIM*.

(25) *Artículo 1.538 CC*.—«La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra».

Vide, a este respecto, FALZONE CALVISI, Maria Giovanna: «Setti Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. Garanzie Legali nella Vendita. Quale Riforma?», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 448-457.

(26) *Artículo 1.465 CC*.—«Los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial».

CC (27)— y el contrato estimatorio (28), en los casos en que se empleare fuera de su función de instrumento de cambio entre operadores comerciales. En suma, cabría señalar que la lectura de la *Directiva 1999/44/CE* y, derivativamente, de la normativa nacional, suscitan la cuestión de la naturaleza de *numerus apertus* o de *numerus clausus* del elenco de contratos a los que fuere aplicable la nueva regulación. A nuestro juicio, dicha interpretación habría de ser llevada a cabo de un modo en que en su seno pudieren ubicarse todos los contratos a los cuales fuere aplicable la nueva regulación *ratione materiae*; esto es, en función de serles aplicables las normas de verificación de conformidad del contrato (29).

(27) *Artículo 1.544 CC.*—«En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto».

Con respecto a este contrato, cabría señalar que su inclusión en la tipología de la nueva normativa resulta, en virtud de los *artículos 2.3 y 2.5 DVGBC* y *3.2 y 3.3 LGVBC*, más manifiesta que la que contempla el *artículo 3 CNUCCIM*, ya que éste subordina la aplicabilidad a los contratos de obra al hecho de que el comitente no se halle obligado a suministrar la «parte sustancial» de los materiales para la producción del bien. La *ratio* de la *Convención de Viena* es el hecho de excluir de su propio ámbito de aplicación los contratos cuyo contenido presentare la prevalencia neta —con respecto de los elementos de la compraventa— de elementos que típicamente caracterizaren otras figuras contractuales.

En relación a la evolución histórica de la asimilación de los contratos de obra a los contratos de compraventa, *vide* PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: *Hacia un nuevo...*, *ob. cit.*, pág. 1200 y sigs. Esta autora, por su parte, pone de manifiesto que «a diferencia del Derecho español y comparado, la Convención de Viena adopta un criterio de distinción único y prácticamente sin paralelo en los Derechos internos, que se basa en el criterio del Derecho Romano, según el cual hay arrendamiento de obra cuando el contratista ejecuta la obra con materiales suministrados por el comitente y hay venta cuando lo ejecuta con materiales propios. Así, en la Convención de Viena, y utilizando un lenguaje no uniforme, los contratos de obra con suministro de materiales por parte de quien realiza la obra son siempre contratos de compraventa, mientras que por el contrario no son siempre contratos de obra los contratos en los cuales el comitente suministre materiales. Además, y aquí reside sobre todo la novedad de la Convención, resultan irrelevantes los criterios de distinción que usualmente se adoptan en el Derecho Comparado para distinguir a los contratos de obra con suministro de materiales y compraventa, por lo que es inútil basar la distinción en la comparación entre la prestación de trabajo y la materia, esto es, entre la obligación de dar o de hacer; en la naturaleza o carácter de la materia proporcionada (fungible/infungible); o en el hecho de su alteración (si se crea o no una cosa con individualidad propia). Son asimismo intrascendentes los criterios de diferenciación conforme a un enfoque subjetivo cuando éste reside en una comparación entre la materia y el trabajo; el que la producción se haya realizado con anterioridad a la relación jurídica (o, incluso, con posterioridad si la cosa pertenece al género de cosas que produce habitualmente el vendedor); la habilidad de la persona que ha de realizar la fabricación; o, finalmente, la transmisión de la propiedad de los materiales»: *Ibid*, pág. 1204.

(28) *Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 17 de enero de 1992—R. Ar.: 1992/186— [Fundamento de Derecho Tercero]*.

(29) Con respecto al Plan de Unificación del Derecho Contractual en el ámbito de la Unión Europea y a los trabajos del «Grupo de Utrecht» y del «Grupo de Pavía» en relación a la creación de un *Código Civil de Derecho de Obligaciones y Contratos para los Estados miembros de la Unión Europea*, *vide* PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: *Hacia un nuevo...*, *ob. cit.*, pág. 1206.

En segundo lugar, se define al «consumidor» como toda persona física que, en los contratos sobre los que versa la *Directiva*, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional —*art. 1.2.a) DVGBC*— (30). Por su parte, el concepto de «bien de consumo» comprende a cualquier bien mueble corpóreo. Ello no obstante, se exceptúan los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento; el agua y el gas, en los supuestos en los que no estuvieren envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas, y la electricidad —*art. 1.2.b) DVGBC*—. En cuanto al «vendedor», éste puede ser cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de una actividad profesional —*art. 1.2.c) DVGBC*—. Por lo que respecta al concepto de «productor», el mismo recibe una definición laxa o amplia, ya que, como tal, pueden ser conceptuados el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Unión Europea o cualquier otra persona que se presentare en dicha condición e indicare en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo —*art. 1.2.d) DVGBC*—. A su vez, el concepto de «garantía» presenta un significado muy amplio, ya que comprende todo compromiso asumido por un vendedor o un productor respecto del consumidor, sin coste suplementario, de reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, de sustituirlo, de repararlo o de ocuparse del modo que fuere del bien en caso de que no correspondiere a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente —*art. 1.2.e) DVGBC*—. Finalmente, el concepto de «reparación» también presenta un alcance general que permite atender y adaptarse a situaciones de índole diversa en función de la diferente casuística. Así, la «reparación», en caso de falta de conformidad, supone poner el bien de consumo en un estado que fuere conforme al contrato de venta —*art. 1.2.f) DVGBC*—.

En tercer lugar, tras haber fijado en el *artículo 1.2.b) DVGBC* la delimitación del concepto de «bien de consumo», la *Directiva* otorga a cada Estado miembro la facultad y potestad de restringir aún más dicho concepto, estableciendo en la legislación nacional correspondiente que no se contemple como «bienes de consumo» a aquellos bienes de segunda mano que hubieren sido

(30) Con respecto a la definición de «consumidor», se ha de poner de relieve que la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo* —[DOCE C-307, de 16 de octubre de 1996]— establecía como concepto del mismo a «toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran directamente en el marco de su actividad profesional» —*art. 1.2.a)*—. Pues bien, esta definición fue modificada sucesivamente hasta la redacción final del texto de la *Directiva*, la cual ha eliminado el adverbio «directamente» y, consiguientemente, ha excluido la posibilidad de extender el ámbito de operatividad a sujetos que actúen con fines que bien pudieren —aunque fuere indirectamente— entrar en el contexto de la actividad comercial o profesional que desarrollaren los mismos.

vendidos en una subasta en la que los consumidores hubieren podido concurrir personalmente a la venta —*art. 1.3 DVGBC*—.

Por último, el legislador comunitario, con una vocación finalista en la aplicación de la *Directiva*, equipara y asimila, a los efectos de la misma, los contratos de suministro de bienes de consumo que hubieren de fabricarse o producirse a los contratos de compraventa —*art. 1.4 DVGBC*— (31). Pues bien, asumiendo expresamente tal postulado, el legislador comunitario toma posición en favor de la interpretación del contrato de suministro como una variante del contrato de compraventa, en lugar de escindirlo del mismo. Ahora bien, a nuestro juicio, la *Directiva* adolece de un error de técnica legislativa, por cuanto que hubiera sido más correcto y exacto, en técnica jurídica y en sistemática, incorporar dicha asimilación o ampliación del significado del concepto de «compraventa» al elenco de supuestos configurado en el *artículo 1.2 DVGBC*.

2. RÉGIMEN NACIONAL

El régimen contemplado por la *Ley* adolece de rigor de técnica y sistemática jurídicas, por cuanto que en preceptos y epígrafes diferentes regula el régimen unitario de la *Directiva*.

Así, el concepto de «vendedor» y de «bienes de consumo» que establece el *artículo 1, párrafo segundo, LGVBC*, resulta coincidente con los establecidos en los *artículos 1.2.c) y 1.2.b) DVGBC*, respectivamente (32).

(31) A este respecto, cabe señalar que, *ab initio*, la *Propuesta de Directiva* no contemplaba previsión alguna en relación a la citada asimilación, siendo el *Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva* —[DOCE C-104, de 6 de abril de 1998]— el que propugna la inclusión de un *apartado 2.bis*, que contempla que «los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse se considerarán contratos de compraventa». Posteriormente, con ocasión de la elaboración de la *Posición Común del Consejo, de 24 de septiembre de 1998* —[DOCE C-333, de 3 de octubre de 1998]—, se redactó —en términos muy similares al *art. 3.1 CNUCCIM*— el *apartado 4 del artículo 1*: «Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva, salvo que el consumidor tenga que proporcionar una parte esencial de los materiales necesarios para la fabricación o producción». Finalmente, el Parlamento —*Decisión del Parlamento, de 17 de diciembre de 1988* [DOCE C-98, de 9 de abril de 1999]—, a través de sus enmiendas, propuso un precepto de mayor alcance, el cual constituye el tenor actual de la *Directiva*.

(32) La definición de «bienes de consumo» como «bienes muebles corporales destinados al consumo privado» —*art. 1, párrafo segundo, in fine LGVBC*—, constituye el mantenimiento de una terminología que denota la conceptualización de una determinada categoría de bienes, que, asimismo, cabe hallar en el *artículo 1.1* de la *Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles [LVPBM]* —«bienes muebles corporales no consumibles e identificables»—.

Ahora bien, el texto de la *Ley 23/2003, de 10 de julio*, incorpora un *tercer párrafo* al artículo 1, del que carecía el *Proyecto de Ley*. El citado párrafo tercero procede, a los efectos de la norma en cuestión, a definir el concepto de «consumidor» mediante la técnica del reenvío expreso a la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —LGDCyU—*, cuyo artículo 1.2 y 3 regula, en base a dos parámetros —positivo y negativo— el concepto de «consumidor o usuario», contemplando una definición de tal concepto más amplia que la recogida en la *Directiva 1999/44/CE*, por cuanto que también incluye en el mismo a las personas jurídicas. Así pues, la cobertura de tutela que otorga el Derecho nacional supera a la derivada de la regulación comunitaria. En todo caso, se ha de poner de relieve que el concepto de «consumidor o usuario» no ha de limitarse exclusivamente al contratante-comprador directo o inmediato, sino también a los sucesivos receptores del bien.

Sin embargo, a este respecto, sin perjuicio de la conceptualización y delimitación que en el ámbito del Derecho nacional se llevaran a cabo del concepto de «consumidor o usuario», se impone, en cambio, la necesidad de fijar su definición en un contexto supranacional comunitario, por cuanto que el Derecho nacional resulta tributario de dicho ordenamiento comunitario (33). Asimismo, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resulta preciso delimitar y determinar *ad casum* y con criterios de interpretación restrictiva dicha figura (34), ya que, amén de un sentido

A este respecto, cabría señalar que la determinación exhaustiva llevada a cabo por la norma excluye, consiguientemente, de su ámbito de aplicación los servicios, así como los bienes inmuebles y los bienes inmateriales. Ello no obstante, CIATTI, Alessandro: *Sette Voci...*, *ob. cit.*, págs. 445 y sigs., propugna una superación y una nueva configuración y tratamiento del carácter «material» del bien.

En este orden de cosas, hemos de manifestar nuestra discrepancia con REYES LÓPEZ, M.^a José: «La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 9, Madrid, 2004, pág. 1009, quien restringe el ámbito de aplicación de la norma a los bienes muebles que se encuentran relacionados —y a la espera de reglamentación específica— en el *Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre*. Los bienes recogidos en el citado *Real Decreto 1507/2000* presentan la condición de «bienes de naturaleza duradera» a los meros y únicos efectos del artículo 11.5 LGVBC, en un régimen de absoluta transitoriedad —«entretanto no se concreten por el Gobierno los bienes de naturaleza duradera...»: *Disposición Transitoria Segunda LGVBC*— con respecto a la habilitación al Gobierno para el correspondiente desarrollo reglamentario —*Disposición Final Quinta.2 LGVBC*—. Así pues, en virtud de lo manifestado y, más aún, del propio tenor literal del artículo 1, párrafo segundo, LGVBC, «bienes de consumo» son los «bienes muebles corporales destinados al consumo privado», exceptuándose del ámbito de aplicación de la norma tan sólo el contenido expresamente preceptuado en su artículo 2. Todo ello, en suma, refuta la aseveración de la citada autora.

(33) *Vide*, en este sentido, SANNA, Paolo: «Considerazioni a margine del D.LGS. 22 Maggio 1999, N.º 185 in tema di Tutela dei Consumatori nei Contratti a Distanza», en *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, 2000, pág. 466.

(34) *Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta], de 3 de julio de 1997 —Francesco Benincasa V. Dentalkit S.R.L.; Asunto C-269/95—*:

genérico o común, cabe, asimismo, que pudiere presentar acepciones restringidas (35).

«Por lo que se refiere al concepto de consumidor, el párrafo primero del artículo 13 del Convenio define a éste como una persona que actúa “para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional”. Según jurisprudencia reiterada, del tenor y de la función de esta disposición resulta que ésta sólo se refiere al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales (sentencia Shearson Lehman Hutton, antes citada, apartados 20 y 22)» —*Fundamento de Derecho 15*—.

«De lo anteriormente expuesto se deduce que, para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Como acertadamente señaló el Abogado General en el punto 38 de sus conclusiones, una misma persona puede ser considerada consumidor respecto a ciertas operaciones y operador económico respecto a otras» —*Fundamento de Derecho 16*—.

«Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional» —*Fundamento de Derecho 17*—.

Vide, asimismo, a este respecto, *sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Quinta] de 17 de marzo de 1998* —*Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG V. Edgard Dietzinger*; *Asunto C-45/96*—.

(35) *Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Tercera], de 22 de noviembre de 2001* —*Cape Snc V. Idealservice Srl [Asunto C-541/99] / Idealservice MN RE Sas V. OMAI Srl [Asunto C-542/99]*—, que tienen por objeto varias peticiones dirigidas al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Giudice di Pace di Viadana (Italia), destinadas a obtener una Decisión Prejudicial sobre la interpretación del artículo 2, letra *b*), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores:

«En cambio, el Gobierno español afirma que, si bien el Derecho comunitario considera que, en principio, las personas jurídicas no son consumidores en el sentido de la Directiva, no excluye una interpretación que les confiera la citada calidad. El referido Gobierno alega, con el Gobierno francés, que la definición de consumidor que da la Directiva no excluye la posibilidad de que los Derechos internos de los Estados miembros, al adaptarse a ésta, consideren a una sociedad como un consumidor» —*Fundamento de Derecho 14*—.

«Sobre este particular, procede destacar que el artículo 2, letra *b*), de la Directiva define al consumidor como “toda persona física” que cumpla los requisitos enunciados en esta disposición, mientras que el artículo 2, letra *c*), de la Directiva define el concepto de “profesional”, refiriéndose tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas» —*Fundamento de Derecho 15*—.

«Por consiguiente, del tenor literal del artículo 2 de la Directiva se deduce claramente que una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada un consumidor en el sentido de la citada disposición» —*Fundamento de Derecho 16*—.

«Procede, pues, responder a las cuestiones segunda y tercera que el concepto de “consumidor”, tal como se halla definido en el artículo 2, letra *b*), de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas» —*Fundamento de Derecho 17*—.

Igualmente, la citada Jurisprudencia confirma que las definiciones de los tipos subjetivos de la norma comunitaria son lo suficientemente precisos, como para permitir al órgano jurisdiccional nacional determinar y fijar quiénes se hallan sometidos a la misma (36), si bien la ausencia de su transposición al ordenamiento nacional no ampara, en modo alguno, que los sujetos que se hallaren supeditados a la misma pudieren fundar en dicha norma

Ahora bien, la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación —LCGC—* [BOE, núm. 89, de 14 de abril de 1998], establece la figura del «adherente» frente al «predisponente», pudiendo ser tal «adherente» cualquier persona física o jurídica, que, incluso, fuere, asimismo, un profesional que no actúe en el marco de su actividad —art. 2.1 y 3—.

Vide, en este sentido, ALPA, Guido: «Gli Usi del Termine “Consumatore” nella Giurisprudenza», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata. Parte Seconda*, Milano, 1999, págs. 4-11.

(36) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de julio de 1994 —Paola Faccini Dori V. Recreb S.R.L.; Asunto C-91/92—*, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el Giudice Conciliatore di Firenze (Italia), destinada a obtener una Decisión Prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la Protección de los Consumidores en el caso de Contratos Negociados fuera de los Establecimientos Comerciales:

«De la resolución de remisión resulta que el 19 de enero de 1989, sin que mediara solicitud previa de la señorita Faccini Dori, Interdiffusion SRL celebró un contrato con ella, referente a un curso de inglés por correspondencia, en la estación central de Milán (Italia), es decir, fuera de su establecimiento» —*Fundamento de Derecho 3*—.

«Algunos días más tarde, mediante carta certificada de 23 de enero de 1989, la señorita Faccini Dori comunicó a dicha sociedad que anulaba su pedido. Ésta le respondió el 3 de junio de 1989 que había cedido su crédito a Recreb. El 24 de junio de 1989, la señorita Faccini Dori confirmó por escrito a Recreb que había renunciado a su suscripción, invocando, en particular, la facultad de renuncia prevista por la Directiva respecto a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales» —*Fundamento de Derecho 4*—.

«Con arreglo al apartado 1 de su artículo 1, la Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor, bien durante una excursión organizada por el comerciante fuera de sus establecimientos comerciales, o bien durante una visita del comerciante al domicilio del consumidor o al lugar de trabajo de éste, cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa de este último» —*Fundamento de Derecho 12*—.

«El artículo 2 precisa, por su parte, que debe entenderse por “consumidor”, toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional, y por “comerciante”, toda persona física o jurídica que, al celebrar la transacción de que se trate, actúe en el marco de su actividad comercial o profesional» —*Fundamento de Derecho 13*—.

«Dichas disposiciones son suficientemente precisas como para permitir al órgano jurisdiccional nacional saber quiénes deben cumplir las obligaciones y quiénes son los beneficiarios de las mismas. No es necesaria, al respecto, ninguna medida específica de aplicación. El órgano jurisdiccional nacional puede limitarse a comprobar si el contrato se ha celebrado en las circunstancias descritas por la Directiva y si se llevó a cabo entre un comerciante y un consumidor, a efectos de la Directiva» —*Fundamento de Derecho 14*—.

comunitaria el ejercicio de derechos *inter partes*, ni tampoco que pudieren invocarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales (37).

(37) *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de julio de 1994 —Paola Faccini Dori V. Recreb S.R.L.; Asunto C-91/92—*:

«El segundo problema planteado por el órgano jurisdiccional nacional se refiere más concretamente a sí, a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva dentro de los plazos señalados, los consumidores pueden fundar en la propia Directiva un derecho de renuncia frente a los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional» —*Fundamento de Derecho 19—*.

«Es Jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, a partir de la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48, que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona» —*Fundamento de Derecho 20—*.

«El órgano jurisdiccional nacional ha señalado que la limitación de los efectos de las Directivas incondicionales y suficientemente precisas, pero respecto de las cuales no se ha producido la adaptación del Derecho interno, a las relaciones entre organismos estatales y particulares, conduciría a que un acto jurídico sólo tuviera dicha naturaleza en las relaciones entre determinados sujetos de Derecho, mientras que, tanto en el ordenamiento jurídico italiano como en el ordenamiento jurídico de cualquier país moderno fundado en el principio de legalidad, el Estado es un sujeto de Derecho semejante a cualquier otro. Si la Directiva sólo pudiera ser invocada respecto al Estado, ello equivaldría a una sanción por la no adopción de medidas legales de adaptación del Derecho interno, como si se tratase de una relación de naturaleza puramente privada» —*Fundamento de Derecho 21—*.

«Baste con señalar, a este respecto, que según se desprende de la citada sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (apartados 48 y 49), la jurisprudencia sobre la invocabilidad de las Directivas contra las entidades estatales se funda en el carácter obligatorio que el artículo 189 reconoce a la Directiva, que sólo existe respecto a «todo Estado miembro destinatario». Dicha jurisprudencia tiene por objeto evitar que «un Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario» —*Fundamento de Derecho 22—*.

«Sería inaceptable, en efecto, que el Estado al que el legislador comunitario exige que adopte determinadas normas, destinadas a regular sus relaciones o las de los organismos estatales con los particulares y a conferir a éstos el beneficio de determinados derechos, pudiera invocar el incumplimiento de sus obligaciones con objeto de privar a los particulares del beneficio de dichos derechos. De ahí que el Tribunal de Justicia haya reconocido la invocabilidad frente al Estado (o las entidades estatales) de determinadas disposiciones de las Directivas sobre la celebración de contratos públicos (véase la sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839) y de las Directivas sobre la armonización de los impuestos sobre el volumen de negocios (véase la sentencia de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, Rec. p. 53)» —*Fundamento de Derecho 23—*.

«Ampliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar Reglamentos» —*Fundamento de Derecho 24—*.

«De ello se deduce que, a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro de los plazos señalados, los consumidores no pueden fundar en la Directiva en sí misma un derecho de renuncia contra los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocarlo ante un órgano jurisdiccional nacional» —*Fundamento de Derecho 25—*.

Por su parte, en lo que respecta a los bienes excluidos de la normativa nacional, éstos resultan coincidentes con los excluidos, asimismo, por la normativa comunitaria en su *artículo 1.2.b) DVGBC —art. 2, párrafo primero, primer inciso, LGVBC—* (38). Igualmente, el Derecho nacional acoge la

«Debe recordarse además que es jurisprudencia reiterada, a partir de la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26, que la obligación de los Estados miembros, dimanante de una Directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades judiciales. Según se desprende de las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8, y de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartado 20, al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado» —*Fundamento de Derecho 26*—.

«En el supuesto de que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por la Directiva mediante la interpretación, hay que precisar, por otra parte, que, según la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 39, el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una Directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el objetivo de la Directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la Directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas» —*Fundamento de Derecho 27*—.

«La Directiva sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales tiene por objeto, indiscutiblemente, que se confieran derechos a los particulares, y no es menos cierto que el contenido mínimo de estos derechos puede determinarse con arreglo únicamente a las disposiciones de la Directiva (véase el apartado 17 *supra*)» —*Fundamento de Derecho 28*—.

«Cuando exista un daño y dicho daño se deba al incumplimiento por el Estado de la obligación que le incumbe, corresponderá al órgano jurisdiccional nacional garantizar, con arreglo al Derecho nacional sobre la responsabilidad, el derecho de los consumidores que han sufrido un daño a obtener reparación» —*Fundamento de Derecho 29*—.

«Por lo que respecta al segundo problema planteado por el órgano jurisdiccional nacional y habida cuenta de las precedentes consideraciones, procede responder que, a falta de medidas de adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva dentro del plazo señalado, los consumidores no pueden fundar en la Directiva en sí misma un derecho de renuncia frente a los comerciantes con los que han celebrado un contrato e invocar ante un órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, éste está obligado, cuando aplica disposiciones de Derecho nacional, sean anteriores o posteriores a la Directiva, a interpretarlas, en toda la medida posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva» —*Fundamento de Derecho 30*—.

(38) En lo atinente a la exclusión de los bienes adquiridos mediante «venta judicial», se introduce en el ordenamiento jurídico nacional un precepto que diverge de lo establecido por el *artículo 1.489 CC*, el cual determina que no habrá lugar a la responsabilidad

remisión comunitaria del artículo 1.3 DVGBC y excluye, del mismo modo, del ámbito de aplicación de la norma los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores pudieren asistir personalmente —art. 2, párrafo primero, in fine, LGVBC— (39).

Finalmente, también acoge en el ámbito de la regulación nacional, al igual que la normativa comunitaria —art. 1.4 DVGBC—, los contratos de suministro de bienes muebles corporales que hubieren de producirse o fabricarse —art. 2, párrafo segundo, LGVBC—. Pues bien, dado que en el Derecho nacional dicho contrato no goza de una definición y régimen positivos, sino tan sólo de una Doctrina jurisprudencial, podrían acogerse como concepto del mismo, tanto la citada elaboración jurisprudencial como la definición que contemplan otros ordenamientos jurídicos como el italiano (40).

IV. DETERMINACIÓN DEL CONTRATO. PRINCIPIO DE CONFORMIDAD

1. RÉGIMEN COMUNITARIO

El *status jurídico* del vendedor, en lo atinente a las obligaciones, se halla configurado por la obligación, de carácter genérico, de entrega al consumidor de un bien con el que se cumpla el *principio de conformidad* con el contrato —art. 2.1 DVGBC— (41). Este criterio o principio elegido por el legislador

por daños y perjuicios en las ventas judiciales, mas sí, en cambio, a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores que regulan el saneamiento por vicios o defectos ocultos del bien vendido. Ello lleva a «constatar la disparidad de tratamiento que sobre este particular ofrece nuestro ordenamiento de manera que las ventas judiciales a los consumidores excluidas del régimen de la Ley quedarían sometidas al régimen general de la compraventa que ofrecería a estos supuestos una protección mayor que la que ofrece la Ley. Lo que una vez más pone de manifiesto la necesidad de una regulación coordinada o por lo menos reflexiva de la norma sobre el contrato de compraventa»: VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, ob. cit., págs. 40 y sigs.

(39) Por lo que respecta a este supuesto de exclusión, cabría considerar que el tipo jurídico del mismo comprendería el concepto de «venta en pública subasta», regulado por el artículo 56 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista —LOCM—.

Vide, asimismo, a este respecto, VERGEZ, Mercedes: *Ibid.*, págs. 41 y sigs.

(40) Artículo 1.559. Noción. Código Civil, de 16 de marzo de 1942.—«El suministro es un contrato por el cual una parte, mediante el correspondiente precio, se obliga a llevar a cabo, en favor de otra parte, prestaciones periódicas o continuadas de cosas».

(41) La adopción de este principio conlleva determinados efectos que, de una parte, en el ámbito del «Civil Law», suponen la superación de la distinción entre vicios, defecto de calidad y la figura del *aliud pro alio datum*; de otra parte, en el área del «Common Law», los efectos versarían sobre la doctrina de las cláusulas implícitas —«implied terms»—, elaborada jurisprudencialmente, recogida por la «Sale of Goods Act-1979 [Sections 13-15]» y declarada «non-excludable»:

comunitario no resulta, en absoluto, original ni novedoso, por cuanto que se halla en consonancia con el adoptado en el ámbito internacional por el artículo 35 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980 —CNUCCIM—*.

«Section 13. Sale by description:

- (1) Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied term that the goods will correspond with the description:
 - (1A) As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (1) above is a condition.
- (2) If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods corresponds with the sample if the goods do not also correspond with the description.
- (3) A sale of goods is not prevented from being a sale by description by reason only that, being exposed for sale or hire, they are selected by the buyer.
- (4) Paragraph 4 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 18 May 1973.

Section 14. Implied terms about quality or fitness:

- (1) Except as provided by this section and section 15 below and subject to any other enactment, there is no implied term about the quality or fitness for any particular purpose of goods supplied under a contract of sale.
- (2) Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of satisfactory quality:
 - (2A) For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances.
 - (2B) For the purposes of this Act, the quality of goods includes their state and condition and the following (among others) are in appropriate cases aspects of the quality of goods:
 - (a) fitness for all the purposes for which goods of the kind in question are commonly supplied,
 - (b) appearance and finish,
 - (c) freedom from minor defects,
 - (d) safety, and
 - (e) durability.
 - (2C) The term implied by subsection (2) above does not extend to any matter making the quality of goods unsatisfactory:
 - (a) which is specifically drawn to the buyer's attention before the contract is made,
 - (b) where the buyer examines the goods before the contract is made, which that examination ought to reveal, or
 - (c) in the case of a contract for sale by sample, which would have been apparent on a reasonable examination of the sample.
 - (2D) If the buyer deals as consumer or, in Scotland, if a contract of sale is a consumer contract, the relevant circumstances mentioned in subsection (2A) above include any public statements on the specific characteristics of

Ahora bien, a fin de delimitar el alcance, contenido e interpretación del mencionado *principio genérico de conformidad*, la *Directiva* emplea dos parámetros para acotar el perímetro y fijar el contenido de dicho *principio*, si bien ello no excluye el principio de libertad contractual de las partes, en virtud del cual éstas podrán establecer otros criterios de conformidad, respec-

-
- the goods made about them by the seller, the producer or his representative, particularly in advertising or on labelling.
- (2E) A public statement is not by virtue of subsection (2D) above a relevant circumstance for the purposes of subsection (2A) above in the case of a contract of sale, if the seller shows that:
- (a) at the time the contract was made, he was not, and could not reasonably have been, aware of the statement,
 - (b) before the contract was made, the statement had been withdrawn in public or, to the extent that it contained anything which was incorrect or misleading, it had been corrected in public, or
 - (c) the decision to buy the goods could not have been influenced by the statement.
- (2F) Subsections (2D) and (2E) above do not prevent any public statement from being a relevant circumstance for the purposes of subsection (2A) above (whether or not the buyer deals as consumer or, in Scotland, whether or not the contract of sale is a consumer contract) if the statement would have been such a circumstance apart from those subsections.
- (3) Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known:
- (a) to the seller, or
 - (b) where the purchase price of part of it is payable by instalments and the goods were previously sold by a credit-broker to the seller, to that credit-broker,
- any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied term that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the seller or credit-broker.
- (4) An implied term about quality or fitness for a particular purpose may be annexed to a contract of sale by usage.
- (5) The preceding provisions of this section apply to a sale by a person who in the course of a business is acting as agent for another as they apply to a sale by a principal in the course of a business, except where that other is not selling in the course of a business and either the buyer knows that fact or reasonable steps are taken to bring it to the notice of the buyer before the contract is made.
- (6) As regards England and Wales and Northern Ireland, the terms implied by subsections (2) and (3) above are conditions.
- (7) Paragraph 5 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made on or after 18 May 1973 and before the appointed day, and paragraph 6 in relation to one made before 18 May 1973.
- (8) In subsection (7) above and paragraph 5 of Schedule 1 below references to the appointed day are to the day appointed for the purposes of those provisions by an order of the Secretary of State made by statutory instrument.

tando, en todo caso, como necesarios los mínimos contemplados en la normativa —*considerando 8 DVGBC*— (42). Así, de una parte, se hallaría el «parámetro positivo», previsto en el *artículo 2.2 DVGBC*, que establece una serie de criterios o principios de *iuris tantum*, los cuales, amén de no configurar una lista de *numerus clausus*, por cuanto que su fijación tan sólo resulta enumerativa, han de aplicarse, asimismo, cumulativamente —*considerando 8 DVGBC*— (43). De otra parte, se hallaría el «parámetro negativo», el cual trata de configurar dicho *principio* en base al estado de situación y actuación del consumidor —*art. 2.3 DVGBC*— (44).

Section 15. Sale by sample:

- (1) A contract of sale is a contract for sale by sample where there is an express or implied term to that effect in the contract.
- (2) In the case of a contract for sale by sample there is an implied term:
 - (a) that the bulk will correspond with the sample in quality;
 - (c) that the goods will be free from any defect, making their quality unsatisfactory, which would not be apparent on reasonable examination of the sample.
- (3) As regards England and Wales and Northern Ireland, the term implied by subsection (2) above is a condition.
- (4) Paragraph 7 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 18 May 1973».

Vide, en este sentido, TWIGG-FLESNER, Christian &-BRADGATE, Robert: «The EC Directive on Certain Aspects of The Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees-All Talk and No Do?», en *Web Journal of Current Legal Issues*, núm. 2, London, 2000, págs. 1-22.

De otra parte, con carácter general, *vide* DE MATTEIS, Raffaella: «Il Difetto di Conformità e L'Equilibrio Contrattuale dello Scambio», en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, Padova, 2001, págs. 46-56. ORTÍ VALLEJO, Antonio: *Los Defectos de la Cosa en la Compraventa Civil y Mercantil. El Nuevo Régimen Jurídico de las Faltas de Conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002, págs. 52-55.

(42) *Vide*, en igual sentido, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 51 y sigs.

(43) *Considerando 8 DVGBC*.—«...que los elementos mencionados en la presunción son acumulativos; que cuando por las circunstancias de cada caso un elemento particular sea manifiestamente inadecuado, seguirán siendo aplicables, sin embargo, los elementos restantes de la presunción».

(44) A este respecto, cabría aducir, asimismo, el régimen que presenta el *artículo 35 CNUCCIM*:

«1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

- a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo;
- b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

En este orden de cosas, en el ámbito del «parámetro positivo», se configura, en primer lugar, el *criterio de muestra o modelo*, estableciéndose la presunción de conformidad con el contrato cuando los bienes de consumo se ajustaren a la descripción realizada por el vendedor y poseyeren las cualidades del bien que el vendedor hubiere presentado al consumidor en forma de muestra o modelo —*art. 2.2.a) DVGBC*—. Asimismo, de acuerdo con el *criterio finalista específico*, serán igualmente conformes los bienes cuando fueren aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste hubiere puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y que el vendedor, a su vez, hubiere admitido que es apto para dicho uso —*art. 2.2.b) DVGBC*— (45). Por otra parte, se contempla el *criterio finalista genérico o común*, en el supuesto de que los bienes fueren aptos para los usos a los que ordinariamente se destinaren bienes del mismo tipo —*art. 2.2.c) DVGBC*—. Por último, cabría destacar el *criterio intrínseco o de naturaleza*, en base al cual resultan conformes con el contrato los bienes que presentaren la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pudiese fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado —*art. 2.2.d) DVGBC*— (46).

- c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;
- d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados *a)* a *d)* del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

En relación a la Jurisprudencia que versa sobre el precepto transcrito, *vide* ILLESCAS ORTIZ, Rafael & PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, 2003, págs. 174 y sigs.

Por otra parte, con respecto del citado principio, *vide* DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: *El Principio de Conformidad del Contrato en la Compraventa Internacional de Mercaderías*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

(45) En este sentido, el *Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva* —[DOCE C-104, de 6 de abril de 1998]— propuso que «a los efectos de la letra *b)* del apartado 2, para determinar si los bienes son aptos para los usos previstos, se examinarán, entre otros, los siguientes aspectos de la calidad de los bienes: aspecto y acabado, inexistencia de pequeños defectos, seguridad y durabilidad»: *Enmienda, núm. 22; artículo 2, apartado 2.ter (nuevo)*.

(46) En este orden de cosas, cabría poner de relieve que la integración publicitaria del contrato ha de ser matizada, habiendo de reconducirse a los estrictos términos en los que las declaraciones públicas versaren sobre las «*características concretas de los bienes*», habiendo de excluir de dicha integración toda otra manifestación ajena a tal parámetro. *Vide*, en este sentido, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 62 y sigs.

Por lo que respecta al «parámetro negativo», se entiende que no existe falta de conformidad en el supuesto de que en el momento de la celebración del contrato, el consumidor tuviere conocimiento de la falta de conformidad, o bien no pudiese fundadamente ignorarlo, o en el supuesto de que la falta de conformidad tuviere su origen en materiales suministrados por el consumidor —art. 2.3 DVGBC—. En suma, dicho «parámetro negativo» contempla, de un lado, el supuesto de consentimiento implícito, por parte del consumidor, de la falta de conformidad, y, del otro, la autoría de origen de dicha falta de conformidad.

Ahora bien, ello no obstante, la *Directiva* también contempla una *cláusula de excepción o exclusión*, para con el vendedor, con respecto al supuesto de hecho del artículo 2.2.d) DVGBC. Así, se establecen tres supuestos, de alegación y aplicación alternativas, bajo cuyo ámbito el vendedor queda exonerado de cualquier obligación que pudiese derivarse de las declaraciones públicas realizadas sobre las características concretas de los bienes, en particular en la publicidad o el etiquetado. Los citados presupuestos, cuya prueba compete al propio vendedor, comprenden, en primer lugar, que desconociere, y no cupiere razonablemente (47) esperar que conociere, la declaración en cuestión; en segundo lugar, que dicha declaración hubiere sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o, en tercer lugar, que la citada declaración no pudiese influir en la decisión de comprar el bien de consumo —art. 2.4 DVGBC—. A este respecto, una posible duda que podría suscitar el tenor literal del precepto es determinar si los supuestos de exclusión alcanzan únicamente a las declaraciones públicas hechas por el vendedor o, en cambio, también a las que fueren realizadas por el productor o su representante. En este sentido, a nuestro juicio, todas las declaraciones públicas quedarían cubiertas por la *cláusula de excepción o exclusión*, con independencia del autor de las mismas. Los argumentos para sostener tal postura se establecerían, básicamente, en dos criterios; de una parte, en la interpretación literal del precepto, por cuanto que el artículo 2.4 DVGBC remite expresamente, y sin excepción alguna, a «la letra d) del apartado 2», la cual comprende todas las autorías con respecto a las declaraciones públicas; de otra parte, se hallaría una interpretación sistemática y finalista del precepto, toda vez que, de limitarse los supuestos de exclusión únicamente a las declaraciones públicas hechas por el vendedor, resultaría una incongruencia y una paradoja jurídica el supuesto consistente en que fuere el propio vendedor quien desconociere, y no cupiere razonablemente esperar que conociere, la declaración en cuestión.

(47) En este aspecto, sería recomendable que, en aras a una mejora de técnica jurídica, la versión en español de la *Directiva* tradujere, en las diferentes ocasiones, con la misma expresión el mismo término de la versión original del texto en inglés. Así, el mismo término en inglés del artículo 2.3 y 4 —«*reasonably*»—, en la versión en español se traduce, respectivamente, como «fundadamente» y «razonablemente».

Por último, se establece un *principio de integración del contrato* y, derivativamente, también de la falta de conformidad del mismo —art. 2.4 DVGBC—. Así, se asimila a la falta de conformidad del bien la falta de conformidad que derivare de una incorrecta instalación del bien de consumo, en el supuesto en que dicha instalación estuviere incluida en el contrato de compraventa del bien y la misma hubiere sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Ahora bien, la *Directiva* extiende o amplía, aún más, el citado presupuesto, incorporándolo también a los casos en los que se tratare de un bien cuya instalación estuviere prevista que se realizare por el consumidor, fuere éste quien, efectivamente, lo instalare y la instalación defectuosa obedeciere a un error en las instrucciones de instalación.

Ahora bien, no obstante los mencionados criterios y parámetros —que conllevan, bajo el tipo de *falta de conformidad*, el aunamiento de anomalías cualitativas, cuantitativas e, incluso, las referentes al tiempo de la entrega (48)—, resulta obligado poner de relieve que la normativa comunitaria no incluye entre los mismos —y las carencias correspondientes que representan— los «*defectos o vicios jurídicos*» del bien. Así pues, eventuales imperfecciones en la titularidad del bien o derechos reales o personales correspondientes a terceros o cargas que lo gravaren, no hallarían acomodo en la disciplina comunitaria (49).

2. RÉGIMEN NACIONAL

Como primera previsión, cabe establecer que en una sistemática jurídica deficiente, una vez más, la *Ley* regula el régimen genérico de responsabilidad del vendedor en el artículo 1, párrafo primero, LGVBC —«*Principios Generales*»—, en lugar de llevarlo a cabo, acorde con la *Directiva*, en el artículo 3 LGVBC, que contempla la *conformidad de los bienes con el contrato* (50). Por lo demás, dicho régimen genérico resulta coincidente con el previsto en el artículo 2.1 DVGBC.

(48) Vide, en este sentido, REYES LÓPEZ, M.^a José: *La Ley de Garantías...*, ob. cit., pág. 1010.

(49) En cambio, la *Convención de Viena* contempla expresamente tal supuesto, señalando que «el vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se registrará por el artículo 42» —art. 41 CNUCCIM—.

Vide, a este respecto, FERRERI, Silvia: *L'intervento...*, ob. cit., pág. 650. LUMINOSO, Angelo: «Appunti per l'Attuazione della Direttiva 1999/44/CEE e per la Revisione della Garanzia per Vizi nella Vendita», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 6, núm. 1, Padova, 2001, págs. 83 y sigs.

(50) La incorporación al Derecho nacional del nuevo *principio de conformidad con el contrato* ha conllevado, *inter alia*, la modificación del artículo 8.1 LGDCyU —Dispo-

La regulación nacional —*art. 3 LGVBC*— a este respecto resulta coincidente con la comunitaria contenida en el *artículo 2 DVGBC* (51), si bien presenta alguna alteración sistemática. Así, el *artículo 3.1.b) LGVBC* (52) sería el *artículo 2.2.c) DVGBC*, en tanto que el *artículo 3.1.c) LGVBC* —*lex contractus*— sería el *artículo 2.2.b) DVGBC* (53). Por su parte, el régimen de exoneración del vendedor, recogido en el *artículo 2.4 DVGBC*, se incorpora como *último inciso del artículo 3.1.d) LGVBC*.

Asimismo, la regulación nacional recoge la disposición comunitaria —*art. 2.5 DVGBC*— en lo referente a la falta de conformidad derivada de la correcta instalación del bien —*art. 3.2 LGVBC* (54)— y en lo que respecta

sición Final Primera LGVBC—. Ahora bien, dicho *principio* ya había sido acogido por el legislador nacional en la *Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista para la Transposición al Ordenamiento Jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de Contratos a Distancia, y para la Adaptación de la Ley a diversas Directivas Comunitarias: «Artículo 12. Garantía y Servicio Postventa. 1.—El vendedor de los bienes responderá de la falta de conformidad de los mismos con el contrato de compraventa, en los términos definidos por la legislación vigente».*

(51) A este respecto, la conformidad basada en las cualidades del bien que el vendedor hubiere presentado al consumidor en forma de muestra o modelo —*art. 3.1.a) LGVBC*— hallaría un régimen específico en el *artículo 327 CdC*.

(52) Este parámetro de conformidad, por su parte, se correspondería con el que rige el *artículo 1.484 CC*, que obliga al vendedor al saneamiento de los defectos que tuviere la cosa vendida, en el caso de que la hicieren impropia para el uso al que se la destinare o en el supuesto de que disminuyeren de tal modo dicho uso.

(53) Con respecto del *criterio finalista específico*, cabría señalar que la aceptación o admisión del vendedor podría comprender también la modalidad de los *facta concludentia*— *Decreto Legislativo 2 Febbraio 2002, núm. 24. Attuazione della Direttiva 1999/44/CE su Taluni Aspetti della Vendita e delle Garanzie di Consumo*:

«1.519-ter (*Conformidad al contrato*).—El vendedor tiene la obligación de entregar al consumidor bienes que sean conformes al contrato de venta.

Se presume que los bienes de consumo son conformes al contrato si, donde correspondiere, coexistieren las siguientes circunstancias:

- d) Son también idóneos al uso particular deseado por el consumidor los que se hubieren puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y el vendedor los hubiere aceptado incluso por hechos concluyentes».

En este sentido, cabría aducir, asimismo, el *artículo 35.2.b) CNUCCIM*, si bien éste presenta dos diferencias. De una parte, no exige que el vendedor hubiere de haber admitido que el bien es apto para el uso especial al que se destinare y, de otra parte, excluye la aplicación de tal criterio de conformidad en los supuestos en los que, de las circunstancias concretas, resultare que el comprador no hubiere confiado o no fuere razonable que confiare en la competencia y en el juicio del vendedor.

Vide, en este sentido, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 58y sigs.

(54) El concepto de «*error en las instrucciones de instalación*», como determinante de la falta de conformidad, resulta, a nuestro juicio, excesivamente restrictiva y limitativa de la tutela del consumidor, toda vez que las instrucciones, aun no siendo erróneas, pueden, en cambio, resultar confusas, oscuras o insuficientes.

a la exoneración de responsabilidad derivada de faltas de conformidad que el consumidor conociere o no hubiere podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato —art. 2.3 DVGBC y art. 3.3 LGVBC—.

3. DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y SUPERACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE VICIOS Y *ALIUD PRO ALIO DATUM*

La *Directiva 1999/44/CE* incorpora la misma disciplina que la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, hecho en Viena el 11 de abril de 1980 —CNUCCIM—*, por cuanto que contempla una medida idéntica —deber de denuncia o notificación al vendedor de la *falta de conformidad del bien*— ante los supuestos de «inexactitud» del bien (55). Ello respondería, básicamente, a exigencias de certeza, seguridad y rapidez, propias de las relaciones comerciales, así como a la oportunidad de eliminar las dudas legales que pudieren plantearse en la distinción entre «vicios» y el *aliud pro alio datum* (56).

Ahora bien, la citada asimilación es objeto de ciertas críticas (57). De una parte, como *primera crítica*, cabría señalar que la *Directiva* establece que los Estados miembros podrán prever un deber o carga de denuncia del defecto de conformidad, a llevar a cabo en un plazo de tiempo no inferior a dos meses, a computar desde la fecha de la verificación de la falta de conformidad —art. 5.2 DVGBC (58)—. Por consiguiente, en base a ello, el adquirente dispondría, en todo caso, de un período mucho más amplio que el fijado a tal respecto por la legislación nacional (59). Sin embargo, tal carga onerosa de denuncia expondría normalmente al comprador al «peligro de perder todos

(55) *Artículo 39 CNUCCIM*:

«1. El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercancías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

2. En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercancías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercancías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual».

(56) *Vide*, en este sentido, PATTI, Salvatore: «Sul Superamento della Distinzione tra Vizi e Aliud pro Alio Datum nella Direttiva 1999/44/CE», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 5, Padova, septiembre-octubre 2002, págs. 623 y sigs.

(57) BIANCA, Massimo C.: «Consegna di Aliud pro Alio e Decadenza dai Rimedi per Omessa Denuncia nella Direttiva 1999/44/CE», en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, 2001, págs. 16 y sigs. PATTI, Salvatore: *Ibid.*, págs. 623 y sigs.

(58) La normativa española ha acogido la habilitación comunitaria en el artículo 9.4 LGVBC, incorporándola directamente al texto legal, por cuanto que no figuraba en el *Proyecto de Ley*.

(59) *Vide*, a este respecto, el artículo 1.490 CC y los artículos 336 y 342 CdC.

los remedios contra el incumplimiento por la inobservancia de una formalidad que parece del todo superflua, tratando de informar al vendedor de un incumplimiento que normalmente él no puede no conocer y que, comúnmente, por su manifiesta evidencia no es susceptible de disputas ni exige oportunas verificaciones de comprobación» (60).

La crítica resulta, ciertamente, fundada, si la cuestión se examinara solamente en referencia a la óptica tradicional del descubrimiento de vicios, así como de la *ratio* de la onerosidad de la correspondiente denuncia o notificación. No obstante, la opción adoptada en la *Convención de las Naciones Unidas* y en la *Directiva 1999/44/CE* parece, en cambio, basarse sobre la valoración de los intereses contrapuestos de vendedor y adquirente, teniendo presente, en ambos casos, una característica fundamental del supuesto de hecho, cual es que el vendedor resulta ser un empresario. De este modo es como se explican las exigencias de certeza y de racionalidad del sistema de la garantía, por el cual el adquirente se halla obligado a denunciar, dentro de un plazo razonable, la falta de conformidad del bien (61).

Asimismo, cabría añadir que el problema —al menos a nivel sistemático— podría no plantearse, si se toma en consideración que la nueva normativa, más que dejar fuera del propio ámbito la figura del *aliud pro alio datum*, lo que en realidad conlleva es la eliminación de los vicios del ámbito de instrumentación de la materia. En este sentido, cabría afirmar que el concepto de la falta de conformidad con respecto del contrato se corresponde sustancialmente, de hecho, con el de incumplimiento, el cual consiste en la inobservancia del programa contractual (62). Consiguientemente, en la materia objeto de examen, cabría asimilar la falta de conformidad al incumplimiento, aseverando que la *norma especial*, dictada para las ventas a celebrar entre «profesionales» y consumidores, prevalece sobre la norma general, que contempla la distinción entre vicios y *aliud pro alio datum* o incumplimiento.

De otra parte, como *segunda crítica*, es preciso poner de relieve que resulta del todo injustificada la conducta del comprador, que posee la mercancía —y, tal vez, hasta la use— sin protestar y, en cambio, pretenda actuar contra el vendedor después de un período de tiempo más bien largo. Tal hecho pone de relieve el problema del significado del silencio del comprador y de la razón por la que el mismo deba comportar la pérdida de remedios frente al incumplimiento (63). Ahora bien, la presente crítica versaría, no

(60) BIANCA, Massimo C.: *Consegna...*, *ob. cit.*, pág. 20.

(61) *Vide*, en este sentido, PATTI, Salvatore: *Sul Superamento...*, *ob. cit.*, pág. 624.

(62) *Vide*, a este respecto, BIANCA, Massimo C.: «Dell'Inadempimento delle Obbligazioni», en *Commentario del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1979, pág. 5. PATTI, Salvatore: *Ibid.*, págs. 624 y sigs.

(63) BIANCA, Massimo C.: *Consegna...*, *ob. cit.*, pág. 21: «el silencio puede ser considerado, ante todo, como un índice de aquiescencia: el comprador que no protesta prontamente mostraría su voluntad de querer tolerar la inexactitud hallada en las mercancías

principalmente sobre la valoración del comportamiento del adquirente singular en el caso concreto, sino sobre la consideración de los intereses a tutelar a nivel de política legislativa; esto es, cabría cuestionarse si resulta necesario preocuparse de la posición de adquirentes que, no obstante la evidencia de la falta de conformidad del bien con respecto a lo previsto en el contrato, no protestan durante un período relativamente largo de tiempo.

No obstante las citadas críticas, se considera que, a afectos de la *Directiva 1999/44/CE* y de las correspondientes normas de transposición al Derecho interno de los diferentes Estados miembros, la figura del *aliud pro alio datum* ha de ser definitivamente abandonada como tipo legal específico y autónomo, pasando a ser subsumida, como una modalidad, en el *principio de la falta de conformidad del bien* (64), cuya noción tan solo resulta unitaria y unívoca aparentemente, por cuanto que dicho principio puede presentar diversos supuestos de hecho (65) —y, por ende, diferentes hipótesis de falta de conformi-

entregadas... sin embargo, en realidad, la simple falta de protesta del comprador no resulta suficiente para hacer presumir que él haya tolerado los defectos del bien. La inacción que no fuere *circunstanciada* no atestigua, de hecho, ninguna voluntad del sujeto y tanto menos la voluntad de renunciar a los propios derechos».

De otra parte, BIANCA, Massimo C.: «Postilla», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 5, Padova, septiembre-octubre 2002, págs. 629 y sigs.: «No resulta, de hecho, razonable presumir que el comprador haga aquiescencia de un incumplimiento consistente en la entrega de una cosa diferente respecto de la pactada, ya que la entrega de una cosa distinta constituye una manifestación de la ausencia de realización del programa negocial. En tal supuesto, la aquiescencia no podría, en modo alguno, manifestarse de un modo presunto, ya que implicaría la voluntad de aceptar una prestación no prevista en el contrato, dirigida a satisfacer un interés sustitutivo del interés originario».

(64) *Vide*, en este sentido, BIN, Marino: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. Per un Dialogo con il Futuro Legislatore dell'Attuazione: Ripensare L'Intera Disciplina della Non Conformità de Beni nella Vendita alla Luce della Direttiva Comunitaria», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 405 y sigs. LUMINOSO, Angelo: «Riparazione o Sostituzione della Cosa e Garanzia per Vizi nella Vendita dal Codice Civile alla Direttiva 1999/44/CE», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, Padova, noviembre-diciembre 2001, págs. 841 y sigs.

(65) A este respecto, cabría poner de relieve las siguientes conceptualizaciones:

1. *Ineptitud o idoneidad del objeto al uso al que hubiere de ser destinado:*

Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 27 de febrero de 2004 —R. Ar.: RJ 2004/1753—: «...hace viable la acción de resolución por total incumplimiento de lo pactado, al venderse cosas distintas a las convenidas (aliud pro alio), e ineficaces para el fin que presidió su adquisición, conforme a la normativa general contenida, sustancialmente, en los artículos 1.124 y 1.101 de la Ley Civil sustantiva, y según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que, entre otras, constituyen concretos ejemplos, las SSTS de 30 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8353), 12 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3705) y 10 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3632)»; y la argumentación mentada sigue la línea posicional, reiterada y pacífica, emanada de esta Sala, que siempre ha entendido que se está en presencia de entrega de cosa diversa o aliud pro alio cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil —SSTS de 30 de noviembre de 1972, 24 de abril de

dad, en una gradación de mayor a menor gravedad—, a los cuales corresponden diferentes formas de tutela, tal y como deriva del elenco de medidas de reparación que ofrece al comprador el artículo 3 DVGBC (66). Asimismo, cabría colegir que en los supuestos de hecho constitutivos, de facto, de hipótesis de *aliud pro alio datum*, el adquirente podría, en virtud del tenor del artículo 8.1 DVGBC, eludir la jerarquía de medidas reparadoras prevista por la Directiva, sin tener que solicitar, en primer lugar, la sustitución del bien, y, en segundo lugar, proceder directamente a la resolución por incumplimiento.

1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977 y 23 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1500)—, pues, como puntualiza la STS de 20 de febrero de 1984 (RJ 1984, 693), la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio...» [Fundamento de Derecho Cuarto].

En igual sentido, *sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 24 de julio de 2000* —R. Ar.: RJ 2000/6193—: [Fundamento de Derecho Tercero]. *Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 10 de octubre de 2000* —R. Ar.: RJ 2000/7718—: [Fundamento de Derecho Primero]. *Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 14 de octubre de 2000* —R. Ar.: RJ 2000/8805—: [Fundamento de Derecho Tercero]. *Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 16 de noviembre de 2000* —R. Ar.: RJ 2000/9598—: [Fundamento de Derecho Tercero].

2. No cumplimiento de características exigidas:

Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 23 de mayo de 2003 —R. Ar.: RJ 2003/7150—: «En definitiva, que nos hallamos en presencia de un supuesto de *aliud pro alio*, significado por la entrega de cosa distinta en cuanto no cumple las características exigidas al respecto con arreglo al fin para el que fue concertado el contrato, resultando inútil para su destino, equiparable a la falta de entrega y que le alcanza el plazo de prescripción de quince años, propio de las obligaciones personales, como han recogido las sentencias de 12 de diciembre de 1993, 20 de febrero de 1984 (RJ 1984, 693), 6 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1108) y 8 de marzo de 1998» [Fundamento de Derecho Segundo].

3. Equivalencia o asimilación con el concepto de «identidad»:

Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 14 de diciembre de 2000 —R. Ar.: RJ 2000/10443—: «Uno de los requisitos de la entrega de la cosa debida, como obligación del vendedor derivada del contrato de compraventa, es la identidad de la misma, que se proclama con carácter general en el artículo 1.116 y particular en el 1.468 del Código Civil, no cabiendo la entrega de cosa distinta o totalmente inhábil —*aliud pro alio*— como se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia: sentencias, entre otras más antiguas, de 1 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1708), 28 de enero de 1992 (RJ 1992, 273), 26 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3748)...» [Fundamento de Derecho Quinto].

4. Interpretación extensiva del principio:

Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 20 de diciembre de 2000 —R. Ar.: RJ 2000/10128—: «No estamos en presencia de un supuesto de incumplimiento contractual porque no se ha producido la entrega (puesta a disposición) de cosa distinta (*aliud pro alio*), ni ninguna de las hipótesis que la jurisprudencia asimila, de inidoneidad, inhabilidad, o inaptitud total del objeto, o defecto tan grave que produzca la absoluta insatisfacción del comprador...» [Fundamento de Derecho Tercero].

(66) FERRI, Giovanni B.: «Divagazioni Intorno alla Direttiva N.44 del 1999 su Taluni Aspetti della Vendita e delle Garanzie de Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 6, núm. 1, Padova, 2001, págs. 76 y sigs.

V. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL CONSUMIDOR. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

1. DETERMINACIÓN MATERIAL

1.1. Régimen comunitario

Como corolario del régimen obligacional del vendedor, se establece su régimen de responsabilidad, que se articula recíprocamente bajo el tenor del *status jurídico* de derechos del consumidor —art. 3 DVGBC— (67).

El mencionado régimen comprende un *principio general de responsabilidad*, por cuanto que el vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que existiere en el momento de la entrega del bien —considerando 9 y art. 3.1 DVGBC— (68). En dicho supuesto de falta de conformidad, se establecen, asimismo, en favor del consumidor dos derechos, cuyo ejercicio resulta alternativo —considerando 10 y art. 3.2 DVGBC—. Ahora bien, con carácter previo se ha de señalar que los derechos en cuestión responden a una fundamentación exclusivamente objetiva —de la que se erradican la culpa o el dolo del vendedor—, sin llevarse a cabo distinción alguna entre defectos *anteriores* a la venta —o, más exactamente, a la transmisión de la propiedad— y defectos acontecidos *con posterioridad* a dicho momento (69).

(67) *Vide*, a este respecto, BONFANTE, Guido & CAGNASSO, Oreste: «Risoluzione del Contratto ed “Azione di Adempimento” quali Strumenti di Tutela del Consumatore o dell’Impresa?», en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, Padova, 2001, págs. 23-33.

(68) Por su parte, la *Convención de Viena* regula el régimen de la entrega anticipada: «En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención» —art. 37 CNUCCIM—.

(69) En este orden de cosas, resulta criticable la normativa comunitaria por cuanto que no incorpora ni contempla el *principio de la transmisión del riesgo*, que regula la *Convención de Viena*:

«Artículo 66. La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Artículo 67:

1. Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

Así, de una parte, en desarrollo del *considerando 11 DVGBC*, se prevé la posibilidad de que el consumidor pueda exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución de los mismos, sin cargo alguno en cualquiera de ambos supuestos (70). La única excepción al ejerci-

2. Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Artículo 68. El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

Artículo 69:

1. En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

2. No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

3. Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Artículo 70. Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento».

(70) A este respecto, cabría señalar, asimismo, los supuestos del *artículo 46 CNUCCIM* en los que se impone al vendedor la reparación o sustitución de los bienes defectuosos:

«1. El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

3. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento».

Tal y como deriva de la norma transcrita, la *Convención de Viena* reserva la medida reparatoria consistente en la «sustitución del bien» únicamente a los supuestos de *incumplimiento esencial*.

cio del mencionado derecho deviene de la circunstancia de que la reparación o la sustitución devinieren imposibles o bien resultare desproporcionado llevarlos a cabo —*art. 3.3, párrafo primero, DVGBC*—. En este orden de cosas, la *Directiva* establece, asimismo, la determinación de lo que ha de ser considerado como «desproporcionado». A este respecto, se considerará como tal toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no fueren razonables. Igualmente, a fin de fijar el contenido del concepto de «razonable», se emplean tres criterios, cuya aplicación resulta simultánea. En primer lugar, se ha de contemplar el valor que tendría el bien en el supuesto de que no hubiere falta de conformidad; en segundo lugar, se ha de analizar la relevancia de la falta de conformidad y, por último, se ha de ponderar si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor —*art. 3.3, párrafo segundo, DVGBC*—. De igual manera, se establece un criterio genérico para determinar el período y modo de reparación o sustitución, considerando que habrá de efectuarse en un «plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor», habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que los mismos tuvieren para el consumidor —*art. 3.3, párrafo tercero, DVGBC*—. Por último, la *Directiva* fija también el alcance y contenido de la expresión «sin cargo alguno», considerándola referida a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los atinentes a los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales —*art. 3.4 DVGBC*— (71).

De otra parte, se contempla el derecho del consumidor a una reducción adecuada del precio (72) o a la resolución del contrato. Ahora bien, no obstante el tenor literal del *artículo 3.2 DVGBC*, que configura el ejercicio de estos derechos como alternativa a la reparación o a la sustitución del

Vide, a este respecto, LUMINOSO, Angelo: *Riparazione o Sostituzione...*, *ob. cit.*, págs. 837-862. VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 81 y sigs.

(71) Aun cuando se omite cualquier referencia sobre el «riesgo del transporte» que hubiere de realizarse para la reparación y sustitución del bien, consideramos que dicho riesgo ha de imputarse a la parte profesional o empresarial de la relación contractual. En igual sentido, VERGEZ, Mercedes: *Ibid.*, pág. 92.

(72) Con respecto a esta medida reparadora, la *Convención de Viena* presenta un régimen similar en su *artículo 50*: «Si las mercaderías no fueron conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos».

bien (73), lo cierto es que su ejercicio resulta subordinado o de segundo grado respecto de la citada reparación o sustitución de los bienes en cuestión. El argumento que ampara tal aseveración cabe constatarlo y derivarlo del propio tenor literal del *artículo 3.5 DVGBC*, que subordina el ejercicio de los derechos a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato a una serie de presupuestos, cuya verificación resulta alternativa. Por consiguiente, el consumidor tan sólo gozará de los citados derechos en los casos en los que no pudiere exigir ni la reparación ni la sustitución, o cuando el vendedor no hubiere llevado a cabo el saneamiento en el plazo razonable o, por último, en el supuesto de que el vendedor no hubiere llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor.

No obstante lo manifestado, atendiendo al *principio de conservación del contrato*, la *Directiva* establece una *cláusula de exclusión* en los derechos otorgados al consumidor, por cuanto que expresamente elimina el derecho a la resolución del contrato en los supuestos en los que la falta de conformidad fuere de escasa importancia —*art. 3.6 DVGBC*— (74). A nuestro juicio, este precepto exige una crítica, consistente en la ambigüedad e indefinición del

(73) El ejercicio de los dos conjuntos de derechos se halla separado por la conjunción disyuntiva «o», que denota alternativa o equivalencia —«en caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno... o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien...»—.

(74) La exclusión de la medida reparadora, consistente en la «resolución del contrato», en los supuestos en los que la falta de conformidad fuere de escasa importancia, halla su parangón en el *artículo 49.1.a) CNUCCIM*, que reserva la resolución del contrato únicamente a «si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato».

De otra parte, con respecto del derecho a la resolución del contrato, cabría sostener que tal derecho ha de ser interpretado en base a la Doctrina Jurisprudencial, que excluye el acceso al mismo en los supuestos en los que el bien hubiere sido aceptado o en los que el adquirente se comportare de un modo que resultare incompatible con la voluntad de disolver el vínculo contractual; esto es, el ejercicio del derecho en cuestión habría de ser atemperado mediante la figura de la *buena fe*.

En este orden de cosas, en relación al *Common Law*, vide:

* *Section 35. Acceptance. Sale of Goods Act-1979:*

«(1) The buyer is deemed to have accepted the goods subject to subsection (2) below:

- (a) when he intimates to the seller that he has accepted them, or
- (b) when the goods have been delivered to him and he does any act in relation to them which is inconsistent with the ownership of the seller.

(2) Where goods are delivered to the buyer, and he has not previously examined them, he is not deemed to have accepted them under subsection (1) above until he has had a reasonable opportunity of examining them for the purpose:

- (a) of ascertaining whether they are in conformity with the contract, and
- (b) in the case of a contract for sale by sample, of comparing the bulk with the sample.

parámetro empleado para la mencionada exclusión. Así, hacer decaer un derecho del consumidor en base a la circunstancia de «escasa importancia» de la falta de conformidad, constituye un elemento generador de inseguridad jurídica. Más aún, la crítica podría extenderse al escaso rigor, en esta materia, demostrada por el legislador comunitario, toda vez que, con carácter hermenéutico, cabe destacar su ánimo de delimitar y determinar el alcance y contenido de los conceptos que pudieren entrañar dudas y dificultades de interpretación y aplicación, estableciendo el alcance o contenido concretos del concepto u ofertando criterios o parámetros para su fijación (75).

(3) Where the buyer deals as consumer or (in Scotland) the contract of sale is a consumer contract, the buyer cannot lose his right to rely on subsection (2) above by agreement, waiver or otherwise.

(4) The buyer is also deemed to have accepted the goods when after the lapse of a reasonable time he retains the goods without intimating to the seller that he has rejected them.

(5) The questions that are material in determining for the purposes of subsection (4) above whether a reasonable time has elapsed include whether the buyer has had a reasonable opportunity of examining the goods for the purpose mentioned in subsection (2) above.

(6) The buyer is not by virtue of this section deemed to have accepted the goods merely because:

(a) he asks for, or agrees to, their repair by or under an arrangement with the seller, or

(b) the goods are delivered to another under a sub-sale or other disposition.

(7) Where the contract is for the sale of goods making one or more commercial units, a buyer accepting any goods included in a unit is deemed to have accepted all the goods making the unit; and in this subsection 'commercial unit' means a unit division of which would materially impair the value of the goods or the character of the unit.

(8) Paragraph 10 of Schedule 1 below applies in relation to a contract made before 22 April 1967 or (in the application of this Act to Northern Ireland) 28 July 1967».

* WATTERSON, Stephen: *Consumer Sales...*, *ob. cit.*, págs. 197 y sigs.

(75) *Artículos 1.2; 3.3, párrafo segundo; 3.4 DVGBC.*

En este orden de cosas, cabría debatir si la jerarquía de las medidas reparadoras ideada por la Directiva resulta vinculante o si, por el contrario, los Estados miembros podrían otorgar una mayor discreción al consumidor, a fin de que éste pudiese elegir la que le resultare más conveniente entre todas las ofertadas. A este respecto, *prima facie*, cabría considerar que el tenor de la Directiva permite pensar en un régimen único para todos los Estados miembros. Ahora bien, podrían esbozarse argumentos para refutar que todos los Estados miembros hubieran de alinearse sobre el mismo conjunto de medidas reparadoras, articuladas de un modo idéntico. Así, en primer lugar, cabría aducir las premisas de la Directiva que proclaman los propósitos de mejorar la posición de los consumidores adquirentes —*considerando 24 DVGBC*—. En segundo lugar, de acuerdo con el tenor del *artículo 8 DVGBC*, el ejercicio de los derechos reconocidos por la Directiva no obsta el ejercicio de otros derechos a los cuales pudiera acogerse el consumidor en virtud de la normativa nacional relativa a la responsabilidad contractual o extracontractual, pudiendo los Estados miembros adoptar disposiciones más rigurosas para garantizar un nivel más elevado de tutela del consumidor. Asimismo, cabría aducir que la idea de que algunas medidas reparadoras se hallen subordinadas al empleo infructuoso de las precedentes deriva de un deseo de mediación de los intereses que se hallan presentes; esto es, los productores-

Por último, se ha de poner de relieve el ámbito interno del régimen de responsabilidad, que, materialmente, constituye un *derecho de repeti-*

vendedores hallan obstáculos en su actividad de previsión y de distribución por la redefinición de contratos ya en parte cumplidos, con problemas concernientes, por ejemplo, a la determinación de la parte del precio a restituir, descontando el uso intermedio que el adquirente hubiere podido hacer del bien. En consonancia con lo manifestado, podrían argüirse también las premisas del *considerando 15 DVGBC*, que contempla que los «Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado» y que «la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos».

De igual modo, podrían aducirse, especialmente, las reflexiones recogidas en HOUSE OF LORDS: *Select Committee on European Communities. Tenth Report, 1997, EC Directive 1999/44/EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees*, London, 1996-1997, § 38-56, las cuales, debido a su estudio analítico, se procede a reproducir:

«Article 3(4):

38. Article 3(4) sets out the remedies available to a consumer once he has notified —under Article 4(1)— a lack of conformity to the seller. The consumer would be entitled to ask for a free repair, or replacement of the goods, or to demand a price reduction, or rescission of the contract. The rights of replacement and rescission are limited to one year. Article 3(4), second paragraph, would allow Member States to provide for more limited consumer rights in cases where there is a «minor lack of conformity». Minor lack of conformity is not defined in the Directive. Where there has been a breach of sections 13-15 of the Sale of Goods Act, the buyer has the right to reject the goods and to terminate the contract. This right applies, however, only if the goods have not been «accepted» within the meaning of section 35 of the Act. Where goods have been accepted the buyer's remedy is limited to damages.

(i) *The new remedies*

39. English law does not give the consumer a right of repair or replacement. However, a free repair or replacement is frequently offered to and accepted by the consumer and as Professor Furmston said: «In practice, a buyer who rejects a reasonable offer for repair or replacement will have great difficulty in establishing any significant claim for damages» (pp.171-2). Beale and Howells observed that in many continental systems which in principle allow enforcement *in natura* having work or repairs done by a third party at the defendant's expense was seen as such a form of enforcement and thus the net effect of an obligation to repair might be very similar to requiring the buyer to recover the cost by way of damages: «it may be that our present law would be seen as giving the buyer the remedy of repair required by Article 3(4)». Similarly the right to an appropriate reduction of the price while well known in the civil law, and in the Vienna Sales Convention, was not one which exists as such in English law but damages might effectively give the same result (p.7).

40. The impact of the Directive, and in particular the extent of the change brought about by Article 3(4), would depend on whether national courts would be required, for example, to order a defect to be cured by repair. Professor Treitel said that what appeared to be envisaged was specific enforcement of the seller's duty to cure the defect but it was not certain that courts would routinely grant specific performance. He added: «The draft Directive is, perhaps fortunately, vague on this point: it refers to repair and obligations under «Obligations of the seller» —Article 3(4)— and is silent on the question whether the consumer's remedy is to be by way of specific relief» (p.211). The DTI pointed out that although the Sale of Goods Act provided for specific performance (in section 52, in relation to «any action for breach of contract to deliver specific or ascertained goods») the

circumstances in which that remedy might be granted were limited (Q 405). The Commission explained that the Directive does not require national courts to order specific performance: Mr Staudenmayer said: «What we have described in the Directive are the four rights of the consumer. What happens if these rights are not fulfilled or are not correctly fulfilled depends on the national law» (Q.319).

41. Whilst the net effect of the introduction of a right of repair or replacement might not be as great as some witnesses perceived their inclusion in the proposal, nevertheless, raised questions. Professor Reynolds said that a regime for repair or replacement had been considered by the Law Commission in the 1980s but had been rejected on the ground that it was likely to give rise to so many problems that it would in the end be contrary to the consumer interest. The introduction of a right of repair or replacement would, in Professor Reynolds' view, give rise to various issues, including: «at whose risk are the goods when they are being repaired? who pays the cost of transport to and from the supplier? what if the consumer moves further away? what controls are there on the rapidity with which these functions are performed?» (p.199).

42. A number of witnesses drew attention to the need to clarify the relationship between the right to repair and other remedies such as replacement or rescission. CA said that if a consumer accepted a repair it should not prejudice his or her rights to replacement/rescission if the repair proved to be unsuccessful. The time when the goods were being repaired should not count in computing time limits, for example, under Article 3(1) (p.49). Beale and Howells proposed two clarifications of the right of repair: first, it should be clear that the consumer retained his other remedies should an attempted repair prove to be unsuccessful; and second, the right to repair should not apply where the cost of cure was disproportionate to the value of the goods or benefit the consumer would gain by the repair (p.7).

43. The right to a replacement also raised problems. Witnesses queried the relationship between the right of replacement and the other remedies, for example the extent to which the one year right of rejection could be applicable if the replacement goods proved defective. The Commission replied that it would depend on the nature of the defect. The 'horror scenario' under which the consumer bought a motor car and sought to rely on the right of replacement as a means of obtaining a new car each year *ad infinitum* would not be compatible with the Directive (QQ.322-25). Professor Goode asked: «If the seller has issued a separate guarantee in respect of goods that turn out to be non-conforming and are replaced, will the consumer be entitled to call for a new guarantee covering the replacement goods?» (p.174).

(ii) *The right of rescission or replacement-the one year rule*

44. A number of witnesses questioned the implications of the right of rescission (which witnesses generally likened to the right of rejection under English law) being exercisable at any time during the first year (provided notice is given within one month under Article 4(1)). Professor Reynolds said that a year would be longer than normally permitted under common law for rejection in any consumer sale: «Common law policy, as repeatedly affirmed during the work for, and clear in, the Sale and Supply of Goods Act 1994, is that rejection should only be permitted within a fairly short period». The proposal for one year would be a substantial change (p.198).

45. Professor Diamond referred to the Commission's Explanatory Memorandum (Appendix 3) where the one year period was described as a compromise to accommodate the traditions of the common law countries where the right of rejection might exist for only a short period: «I would not like to think that our «traditions» are being used to rob consumers in civil law countries of their rights» (p.156). Both BEUC and CA were critical of the one year limitation on the right to a refund or replacement. The time limit was arbitrary and might cause undue hardship in respect of buyers of complex goods which had latent defects. CA's view was that consumers should have the right to reject for a reasonable period after discovery of a defect, time starting to run from the time the defect appeared (pp.47-48). Both BEUC and CA thought that the law should be flexible and recommended that the one-year limitation be deleted (p.48, p.146).

46. A number of witnesses, however, had reservations about the long-term right to reject or to seek replacement. Beale and Howells pointed to a danger that consumers would exercise the right to rescind or demand replacement when repairs could be done perfectly satisfactorily (p.8, Q.52). The FLA suggested that the consumer might be put under an obligation to seek reasonable repair of the goods free of charge before exercising his or her rights of replacement or rescission, the latter remedies being restricted in any event to a maximum of six months (p.169). Beale and Howells thought that a balance had to be struck in relation to the exercise of the right of rejection. Mr Howells noted that the Commission had assumed that when the right of rejection was exercised there would be an allowance made for any use the consumer had had of the goods. He supported this, as well as the ability of national courts to apply a theory of good faith or abuse of rights. The discretion given by the Directive to Member States to limit remedies in respect of minor defects could also limit the long-term right of rejection where the defect was not serious either in the sense that it affected enjoyment in a minor way or that a reasonable offer of repair was made (Q.52).

47. Other witnesses also pointed to the failure of the Directive to address expressly any limitations on the right of rescission. Professor Reynolds noted that the Directive made no attempt to deal with the problems of risk on rejection: «rejection of goods damaged (or lost) with or without the fault of the buyer, of goods modified for use (fitted carpets), partly used by testing, difficult to retrieve (fixed to wall or incorporated into something else) etc». He accepted that the solution to such problems was not clear at common law but said that extending the period available for rejection would make them more significant (p.199). Professor Goode said: «Article 3(4) also fails to incorporate other necessary qualifications to the right to rescind, e.g. that the buyer has disposed of the goods or is for other reasons unable to return the goods, that he has intimated acceptance of them, that he has elected to retain them and continued to use them with knowledge of the breach» (p.174).

(iii) *The question of choice-the risk of abuse*

48. The consumer organisations were generally in favour of the consumer having the choice of remedies under the Directive. The NCC considered that by giving the consumer a choice of a free repair, reduction in the selling price, replacement of faulty goods, or rescission of the contract, the Directive would in many cases improve the consumer's position. Ms Hall said: «the reality of consumer transactions is that it is a very uneven balance at present» (p.53, Q.147). Retailers, however, questioned whether the consumer should in all circumstances be entitled freely to choose his remedy. A defect might, for example, be able to be repaired speedily and at very little cost. Retailers argued that the choice of remedy should be theirs in the first instance: in particular, retailers should have the option of repairing the goods. The Commission disagreed. Mr Staudenmayer said: «We clearly had the choice whether we should give the choice to the consumer or to the seller and we considered that the choice should be given to the consumer and not to the seller because finally it is the seller who is in breach of the contract and why should we reward the party who is in breach of the contract with the possibility of choice between the rights of the other party?» (Q.315).

49. A number of witnesses expressed concern that increasing the consumer's rights as proposed would lead to abuse. Mr Thomas said: «It may not be a huge problem but there will be those who will seize on the new rights to enable them to undo the contract which they foolishly made without proper thought» (p 203). Those representing industry feared a rise in fraudulent or false claims by consumers. Panasonic said that the refund remedy might be particularly attractive in markets such as consumer electronics if at the end of the first year the comparable or identical model was being sold at a lower price (p.190). This was also a matter of great concern for the PCA: «because of the nature of our market, where prices may drop 10 per cent every month..., any extension of the right to reject will bring about an increase in non-justified rejections, as consumers become aware that they can now buy the same product for substantially less money» (p.192). Both

BEUC and CA, however, said that there was no reason to fear that consumers would abuse the right to reject goods: consumers did not, and would not, exercise their right to reject lightly; the right to reject would in any case still depend on lack of conformity with the contract (p.49, p.147).

50. The Commission could not exclude the possibility of abuse but acknowledged that the rights given to the consumer would have to be exercised in good faith. This was a general principle in the laws of most Member States and was implicit in the Directive. The Commission agreed that it could be made explicit, for the benefit of the United Kingdom. The DTI was, however, cautious about this and thought that the introduction of the conception of good faith expressed in the Directive could give rise to difficulty in implementing the Directive. Mr Woods said: «it seems to us to fit fairly ill in statutes like the Sale of Goods Act 1979. We feel that it could give rise to a deal of uncertainty, as well as almost introducing a mental element which has to be considered on the part of the buyer ... if it is introduced in relation to the buyer, should it not also be produced in relation to the seller and, indeed, the final seller, in relation to any claims he might make further up the chain of supply? So I believe it opens a rather awkward door» (Q.403).

51. The Commission also acknowledged that where a consumer rejected the goods and sought a refund of the price paid, any depreciation through use or damage could be taken into account by the national court (QQ.327-9). The DTI thought that an allowance could be made for depreciation under current domestic law (QQ.384-5). CA accepted that where the consumer exercised the right of replacement or rescission several months after purchase he or she should be required to give allowance for the benefit and reasonable use which had been had from the goods (p.49).

(iv) Minor lack of conformity

52. The second paragraph of Article 3(4) would enable Member States to limit the scope of rights to repair, replacement, price reduction or rescission «in the case of a minor lack of conformity». The Commission said that this was inserted «with an eye to compromise and in order to accommodate different national traditions» (Appendix 3). Under section 15A of the Sale of Goods Act, where there is a breach of sections 13-15 which is «so slight that it would be unreasonable» for the buyer to reject the goods then the buyer is not able to reject the goods but is only able to claim damages. This modification of the remedies for breach of condition only applies in non-consumer cases.

53. Beale and Howells argued that a «minor lack of conformity» in Article 3(4) did not mean a trivial or immediately repairable defect which, under the Sale of Goods Act, would not prevent the goods being of satisfactory quality: they suggested that it must mean a non-conformity that was not particularly serious (p.9). The Commission said that a Member State might want to limit the right of replacement or rescission where, for example, the goods were complex and made up of a large number of components (the example given was a motor car) and the defect was caused by the failure of a small component which could easily be replaced. In such a case the consumer's rights might be restricted to repair or a price reduction (QQ.315-6).

54. CA's view was that United Kingdom law should remain as it currently exists: the second paragraph of Article 3(4) should be removed. CA accepted, however, that if there were a concern that this would give consumers an unfair advantage then a «good faith» text could be inserted. Section 15A of the Sale of Goods Act might provide a precedent: the buyer would not be entitled to a replacement or to rescind the contract if the breach were so slight that it would be unreasonable for him or her to reject the goods (p.49, Q.146). The NCC said that it was not clear how the provision might be interpreted. It would want to look carefully at any suggestion that minor non-conformity should result in consumers not having appropriate remedies (p.53). BEUC favoured the deletion of the second paragraph of Article 3(4) (p.147).

55. The BRC queried how Member States would deal with the question of minor lack of conformity and expressed concern that each Member State would do something different. The DMA expressed similar concerns (p.159). The BRC, however, would rather the

ción (76). Así, el *considerando 9* y el *artículo 4 DVGBC* establecen que, en los supuestos en los que el vendedor final hubiere de responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, dicho vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. Ahora bien, la determinación de las personas responsables, así como las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes, se remite a la legislación nacional (77).

1.2. Régimen nacional

La regulación prevista en el ámbito nacional —*art. 4, párrafo primero, LGVBC*— recoge la previsión comunitaria del régimen de responsabilidad

matter be left vague than a more precise definition of «minor lack of conformity» be given in the Directive (QQ.228, 239). The Commission thought that it would be impossible to formulate a definition which would be appropriate for all goods. What amounted to a minor lack of conformity would be a question ultimately for the European Court to determine on a case-by-case basis (QQ.335-8). The DTI seemed content to leave it undefined (Q.413).

(v) Damages

56. A number of witnesses drew attention to the fact that the Directive does not address the question of damages. Under English law damages are a primary remedy. If a seller is in breach of his obligations under the Sale of Goods Act the consumer is entitled to sue the seller for breach of contract and would be able, in appropriate circumstances, to obtain damages going further than the rights proposed under Article 3(4). For example, if a consumer bought a defective kettle which on first use exploded and scalded him, the consumer could obtain damages for breach of contract in respect of the personal injury he suffered. In civil law systems, by contrast, the seller's liability under the «legal guarantee», as Professor Treitel explained, does not (in principle) extend to consequential loss or expectation loss (p.211). The Commission's Explanatory Memorandum stated that «the aim of the Commission, fully in keeping with the principle of proportionality, is merely to resolve ... the problems relating to the goods themselves as a result of each lack of conformity» (Appendix 3). Mr Pappas referred to the principle of subsidiarity and said: «we did not think it indispensable to harmonise the question of damages. It could be left to the discretion of the Member States to define, each of them, the weight and the extent of the compensation» (Q.341). Beale and Howells considered that there was, however, a strong case for harmonisation (p.10)».

(76) Una vez más, habría de ponerse de relieve el escaso rigor de técnica jurídica que presenta el texto de la *Directiva* en su versión en español, toda vez que el epígrafe del citado *artículo 4* se traduce como «Recursos», cuando en la versión original en inglés figura como «*Right of redress*».

(77) En este orden de cosas, se ha de contemplar la disposición prevista en el *artículo 12 DVGBC*, que remite al Informe que la Comisión habrá de presentar al Parlamento Europeo y al Consejo, como máximo el 7 de julio de 2006, el examen de la posibilidad de incorporar la responsabilidad directa del productor y, en caso de ser aceptada la misma, la presentación de las propuestas correspondientes.

del vendedor —art. 3.1 y 2 DVGBC—. Asimismo, añade expresamente que la renuncia previa de los derechos que la nueva Ley reconiciere a los consumidores resulta nula, al igual que devendrían nulos los actos realizados en fraude de la citada Ley, de conformidad con el artículo 6 del Código Civil —CC—, —art. 4, párrafo segundo, LGVBC— (78).

Por lo que respecta al régimen de la «reparación y sustitución del bien», la regulación nacional —art. 5 LGVBC— recoge la previsión comunitaria —art. 3.3, párrafos primero y segundo, DVGBC— del derecho del que, en tal sentido, goza el consumidor y del concepto o definición de «desproporcionada». No obstante, el régimen nacional incorpora expresamente que, desde el momento en que el consumidor *comunicare* al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella —art. 5.1 LGVBC—. Asimismo, la normativa nacional —art. 6.a) y b) LGVBC— resulta coincidente con la comunitaria en cuanto a la «gratuidad» y al «plazo razonable» establecidos para la reparación o sustitución del bien —art. 3.4 y 3.3, último párrafo, DVGBC, respectivamente—. Ahora bien, la regulación nacional incorpora un régimen más desarrollado, desglosando tres nuevas previsiones. En primer lugar, en caso de que, una vez concluida la reparación y entregado el bien, éste siguiere siendo no conforme con el contrato, el comprador podrá exigir la sustitución del bien o la rebaja del precio o la resolución del contrato —art. 6.e) LGVBC—. En segundo lugar, si la sustitución no lograre poner el bien en conformidad con el contrato, el comprador podrá exigir la reparación del bien o la rebaja del precio o la resolución del contrato —art. 6.f) LGVBC—. Por último, el consumidor nunca podrá exigir la sustitución en el caso de bienes no fungibles (79), ni tampoco cuando se tratase de bienes de segunda mano —art. 6.g) LGVBC—.

(78) A este respecto, se establece un régimen de información en favor de los consumidores y usuarios. Así, se dispone que el Gobierno de la Nación habrá de poner en marcha, en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, de acuerdo con las Comunidades Autónomas y en colaboración con las organizaciones de consumidores y usuarios, un programa específico para informar adecuadamente a los consumidores y usuarios de los derechos y obligaciones contenidos en dicha norma y para alentar a las organizaciones profesionales a que informen a los consumidores sobre sus derechos —Disposición Final Sexta LGVBC—.

(79) El concepto de «bien fungible» ha sido objeto de crítica, por cuanto que puede resultar confuso, derivando en una inseguridad jurídica su interpretación y aplicación. En este orden de cosas, el Grupo Parlamentario Socialista planteó distintas iniciativas al respecto. Así, en primer lugar, en su *enmienda a la totalidad con texto alternativo*, señalaba que «hemos eliminado —y espero de nuevo que su lucidez jurídica le haga comprender la razón que tenemos— la expresión bienes fungibles. ¿Por qué? Porque la expresión bienes fungibles tiene un significado, que es el que le da la Real Academia y el que le da nuestro Código Civil, y otro distinto, que es el que le dan los juristas en sus conversaciones profesionales y el que le daba el Derecho Romano. Para el Derecho Romano, bien fungible era la característica de *res quae pondere numero mensurave constant*, es decir aquellas cosas que pueden ser pesadas, contadas o medidas, que se venden al peso

En cuanto al régimen de la «rebaja del precio y resolución del contrato», la regulación nacional —*art. 7 LGVBC*— resulta totalmente coincidente también con el régimen comunitario —*art. 3.5 y 6 DVGBC*— (80). Ahora bien, la *Ley* establece expresamente los criterios a aplicar para la rebaja del precio. Así, ésta habrá de ser proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien hubiere tenido en el momento de la entrega, de haber sido conforme con el contrato, y el valor que el bien efectivamente entregado tuvo en el momento de dicha entrega —*art. 8 LGVBC*—.

Ello no obstante, la legislación nacional, anticipándose al régimen de revisión comunitario establecido en el *artículo 12 DVGBC*, incorpora y regula la «acción directa contra el productor» —*art. 10 LGVBC*—, cuya definición —*párrafo tercero*—, en cambio, se corresponde con la establecida en la

o se venden por metros. Eso no es lo que dice el Código Civil y está claro que los bienes intercambiables deben tener la posibilidad de sustitución; los bienes no intercambiables no deben tenerla, porque no está en su naturaleza. Por consiguiente, donde ustedes ponían bienes fungibles, teniendo en cuenta la Doctrina Jurisprudencial, nosotros hemos puesto bienes intercambiables» [DSCD, núm. 214, de 12 de diciembre de 2002, pág. 10847]. En segundo lugar, en su *enmienda*, núm. 39, proponía el empleo del concepto «*cosas no intercambiables*», ya que «bienes fungibles» «es un término equívoco a tenor de la Jurisprudencia sobre el artículo 337» [BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-12, de 25 de febrero de 2003, pág. 45].

Por lo que respecta a la Jurisprudencia, ésta identifica al «bien fungible» con «consumible» [*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 16 de mayo de 2000; R. Ar.: RJ 2000/5082 —Fundamento de Derecho Cuarto—; sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 5 de octubre de 2000; R. Ar.: RJ 2000/7542 —Fundamento de Derecho Cuarto—*].

(80) En particular, en relación al supuesto de no admitir la resolución del contrato en los casos en que la falta de conformidad fuere de escasa importancia, habría de contemplarse la *sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas [Sección Cuarta], de 18 de abril de 2001; R. Ar.: JUR 2001/210454*, que establece que «cuando el incumplimiento del contrato constituye una mera imperfección de la obligación, tal irregularidad ha de sancionarse no con los efectos más graves, sino con la indemnización de daños y perjuicios consiguiente de la falta de cumplimiento del tenor de las obligaciones contractuales que concede el artículo 1.101 CC, en función de la cobertura general que dicho precepto ofrece a toda relación obligacional, resarcimiento que se traduce en la rebaja de una cantidad proporcional del precio que haya de satisfacerse por aquél frente a quien se acciona con la exigencia del pago (AP Las Palmas, S 10-12-86). Y es que el incumplimiento parcial no alcanza la virtualidad suficiente para motivar la resolución del contrato (TS 1.ª S 5-02-92). La doctrina jurisprudencial del TS viene distinguiendo entre el incumplimiento que produce la resolución contractual, en el que puede basarse la excepción *non adimpleti contractus*, y que exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato, pero sin que puedan una y otra apoyarse en un incumplimiento defectuoso, que podrá dar lugar a otras acciones, especialmente de garantía o indemnizatorias, pero que en modo alguno son fundamento suficiente para sustentar en tal defectuosidad la acción o la excepción aludidas (TS 1.ª S 25-11-92)» —*Fundamento de Derecho Segundo*—. En igual sentido, cabría citar la *sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 30 de noviembre de 2001; R. Ar.: JUR 2001/110287 —Fundamento de Derecho Segundo*—.

normativa comunitaria —art. 1.2.d) DVGBC— (81). Ahora bien, ha de ponerse de relieve que el productor —y los responsables asimilados— no asumen la misma posición del vendedor, dado que el productor únicamente responderá por la falta de conformidad cuándo ésta versare sobre el origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regularen —art. 10, párrafo segundo, LGVBC—. Más aún, se restringe el régimen de responsabilidad derivado de dicha acción, dado que, a diferencia de los derechos que se ostentan frente al vendedor, el consumidor tan solo goza de los derechos de sustitución o reparación del bien —art. 10, párrafo primero, in fine, LGVBC—. De otra parte, se ha de destacar que el supuesto tipológico constituye una responsabilidad objetiva —desvinculada, por consiguiente, de una actuación culposa o negligente— y «cuasi subsidiaria» (82). En efecto, tal acción se ejercitaría exclusivamente en los casos en los que al consumidor le resultare imposible —vgr.: el vendedor inmediato hubiere desaparecido— o le supusiere una carga excesiva —vgr.: ventas transfronterizas— dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa —art. 10, párrafo primero, LGVBC—. De otra parte, se establece también con carácter general que la responsabilidad del productor cesará, a los efectos de la normativa en cuestión, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor. Finalmente, se contempla un *derecho de repetición*, fijando que, quien hubiere respondido frente al consumidor, dispondrá del plazo de un año para repetir del responsable de la falta de conformidad, computándose el plazo en cuestión a partir del momento en que se hubiere completado el saneamiento —art. 10, último párrafo, LGVBC—.

2. DETERMINACIÓN PROCESAL

2.1. Régimen comunitario

El vendedor queda sujeto al citado régimen de responsabilidad en el supuesto de que la falta de conformidad se manifestare dentro del plazo de dos años, contados a partir de la entrega del bien (83). Asimismo, en el caso

(81) A este respecto, habría de matizarse que la determinación y delimitación de los sujetos responsables habría de entenderse como de *numerus clausus*; esto es, a nuestro juicio, no cabría imputar la acción directa que se otorga al consumidor a personas diferentes de las consignadas en la relación normativa. En igual sentido, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, ob. cit., pág. 115.

(82) *Libro Verde sobre las Garantías de los Bienes de Consumo y los Servicios Postventa, de 15 de noviembre de 1993 [LVGBV y SP] —COM (93), 509 Final—*, pág. 91.

(83) Con respecto a la determinación del citado *dies a quo*, cabría señalar el diferente régimen que contempla el artículo 36 CNUCCIM:

en que los derechos conferidos al consumidor estuvieren, con arreglo a la legislación nacional, sujetos a un plazo de prescripción, éste no podría ser tampoco inferior a dos años desde la entrega del bien —*considerando 17 y art. 5.1 DVGBC*—. Ello no obstante, se contempla un régimen especial con respecto a los «bienes de segunda mano», cuya determinación se remite a la legislación nacional de los Estados miembros —*considerando 16 DVGBC*—. Así, éstos podrán disponer que el vendedor y el consumidor establezcan cláusulas o acuerdos contractuales que fijen un plazo de responsabilidad por parte del vendedor inferior a dos años. Ahora bien, se contempla expresamente, asimismo, que dicho plazo no pueda ser inferior a un año —*art. 7.1, párrafo segundo, DVGBC*—. Ahora bien, cabría pensar que la posibilidad de la que goza el comprador de reclamar en el plazo de dos años desde la entrega podría plantear un serio riesgo de abuso, el cual habrá de ser moderado mediante las figuras del «*estoppel*» —*venire contra factum proprium*—, en el ámbito del *Common Law*, y del *abuso de derecho* o la *exceptio doli*, en el seno del *Civil Law*.

Asimismo, la *Directiva* remite a la legislación nacional la imposición de una exigencia o requisito previo al consumidor, para poder hacer valer sus derechos, consistente en el deber de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses, computados desde la fecha en que se hubiere percatado de la citada falta de conformidad —*considerando 19 y art. 5.2, párrafo primero, DVGBC*—. Ahora bien, en el supuesto de que los Estados miembros hicieren uso de la mencionada facultad remitida, habrán de informar a la Comisión acerca del modo de su aplicación, quien, a su vez, controlará el efecto que sobre los consumidores y sobre el Mercado Interior tuviere la existencia y aplicación de tal opción —*considerando 20 y art. 5.2, párrafo segundo, DVGBC*—. Finalmente, la Comisión habrá de elaborar, a más tardar el 7 de enero de 2003, un Informe sobre la aplicación de la mencionada facultad por los Estados miembros, habiendo de publicarse el mismo en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

De otra parte, la *Directiva* establece una regla general o *presunción iuris tantum* sobre la existencia de la falta de conformidad a la fecha de la entrega. Así, salvo prueba en contrario, se reputará que la falta de conformidad ya concurría en la fecha de la entrega, cuando dicha falta se manifestare en un período de seis meses, contados a partir de la entrega del bien. Ahora bien, se contempla, asimismo, otro mecanismo de excepción o exclusión de la

«1. El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

2. El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado período, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas».

presunción, consistente en que ésta fuere incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad —art. 5.3 DVGBC—.

2.2. Régimen nacional

La regulación nacional —art. 9.1 LGVBC— resulta acorde con la normativa comunitaria por lo que respecta, de una parte, a las faltas de conformidad manifestadas en el plazo de dos años desde la entrega y, de otra parte, a la *presunción iuris tantum* de las que se manifestaren en los seis meses posteriores a la entrega —art. 5.1 y 3 DVGBC, respectivamente—. A este respecto, se incorpora una nueva *presunción iuris tantum*, consistente en que, en el supuesto de que se hubiere optado por la reparación del bien, el vendedor habrá de responder, durante los seis meses posteriores a la entrega del bien reparado, de las faltas de conformidad que hubieren motivado la misma, presumiéndose que se trata de la misma falta de conformidad cuando se reprodujeran en el bien defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados —art. 6.c), *in fine*, LGVBC—. Asimismo, la normativa nacional acoge la previsión comunitaria —art. 7.1, párrafo segundo, DVGBC— respecto de los bienes de segunda mano y señala que el plazo que el vendedor y el consumidor podrán pactar no podrá ser inferior a un año desde la entrega —art. 9.1, párrafo primero, *in fine*, LGVBC— (84).

Asimismo, la regulación nacional completa el régimen procesal con dos previsiones. De una parte, se establece, igualmente, una *presunción iuris tantum* en lo que respecta a la entrega, considerándose que ésta se ha efectuado en la fecha que figurare en la factura o tique de compra o, en su caso,

(84) En este orden de cosas, cabría citar la *sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza [Sección Cuarta], de 21 de abril de 2001; R. Ar.: JUR 2001/173190*, que señala que «conforme a una muy reiterada doctrina jurisprudencial, la adquisición de bienes de segunda mano implica la adquisición de un cuerpo cierto, de tal forma que se adquiere en su estado actual, sin que pueda pretenderse un funcionamiento perfecto como si de una cosa nueva se tratara, de tal forma que el comprador lo adquiere a su riesgo y ventura con la sola esperanza de obtener de él un buen comportamiento, de ahí que se haya sostenido que en tales supuestos la necesidad de pequeñas reparaciones no afecta al debido cumplimiento de su obligación de entrega por parte del vendedor [STS 7-4-1993 (RJ 1993, 2798), SAP Badajoz, 30-6-1998, Madrid, 11-5-1998 y de esta misma Sala, núm. 714/2000, de 21 de noviembre].

Ahora bien, esto no quiere decir que no sea de aplicación a esta clase de ventas la doctrina jurisprudencial que entiende incumplida la obligación de entrega que compete al vendedor, con las consecuencias previstas en el artículo 1.124 CC, cuando la cosa usada vendida adolece de tales defectos que la hacen inidónea para satisfacer el interés del comprador [STS 7-4-1993, SAP Navarra 14-1-1999, Murcia, 18-10-1995, Alicante, 12-4-2000 (AC 2000, 939) y León, 6-7-1999]» —*Fundamento de Derecho Segundo*—.

Vide, asimismo, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 75 y sigs.

en el albarán de entrega correspondiente, en el supuesto de que éste fuere posterior —art. 9.2 LGVBC—. De otra parte, se establece un plazo de prescripción de tres años, a contar desde la entrega del bien, para el ejercicio de la acción conducente a reclamar el cumplimiento de los derechos regulados en la Ley —art. 9.3 LGVBC— (85). Ello no obstante, se ha de tener presente que tanto la reparación del bien como la sustitución del mismo, suspenden los plazos contemplados en el artículo 9 LGVBC, si bien, en el caso de la reparación, el período de suspensión comienza desde que el comprador *pusiere el bien a disposición* del vendedor y, en el supuesto de la sustitución, desde que *se ejercitare la opción* —art. 6.c) y d) LGVBC— (86).

De otra parte, la Ley ha incorporado un nuevo apartado 4 al artículo 9 (87), consistente en que el consumidor habrá de informar al vendedor

(85) Por lo que respecta a la no exigencia de una responsabilidad futura ilimitada, cabría señalar la *sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección Primera], de 10 de enero de 2002; R. Ar.: JUR 2002/70897*, que dispone que no se puede «condenar a la demandada reconvenicional a asumir cuantas reparaciones o sustituciones pudieran surgir en el futuro en las instalaciones efectuadas» —*Fundamento de Derecho Tercero*—.

(86) A este respecto, se ha de señalar que el *Proyecto de Ley* contemplaba un régimen diferente para los supuestos de sustitución, toda vez que los plazos se «interrumpían», abriéndose unos nuevos desde la entrega del segundo bien —art. 6.d)—. La modificación se llevó a cabo mediante la *Enmienda, núm. 26*, presentada por el *Grupo Parlamentario Popular en el Congreso* —BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-12, de 25 de febrero de 2003, págs. 38 y sigs.—. La «justificación» que motivaba la enmienda en cuestión, señalaba que «la redacción actual del Proyecto une a la sustitución los mismos plazos previstos en el artículo 9 para los bienes de nueva adquisición, lo que puede desincentivar el ejercicio de esta opción de saneamiento desde el punto de vista del vendedor, con el consiguiente perjuicio para los consumidores. Con la modificación propuesta, la opción de sustitución se coloca en pie de igualdad con la de reparación y, en la parte final del plazo, permite su prolongación efectiva por el tiempo necesario para asegurarse de que el bien sustituto cumple las prescripciones debidas».

A nuestro juicio, resultaba técnicamente más correcta la medida que contemplaba el *Proyecto de Ley*, dado que la «interrupción» tutelaba en mejor medida los derechos de consumidores y usuarios atendiendo a la naturaleza de la medida reparadora. Más aún, el bien sustituto podría adolecer de defectos para cuya detección no resultare suficiente el tiempo que restare, una vez que hubiere concluido el período de suspensión. En igual sentido, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 95 y sigs.

(87) El citado apartado se incorporó a raíz de la *Enmienda, núm. 27*, presentada por el *Grupo Parlamentario Popular en el Congreso* —BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-12, de 25 de febrero de 2003, pág. 39—. La «justificación» señala que «la modificación propuesta hace uso de una opción expresamente planteada en la Directiva (art. 5.2), mediante la cual se otorga mayor seguridad jurídica al vendedor. Teniendo en cuenta que el comportamiento ordinario del consumidor consiste en hacer valer sus derechos desde el momento mismo en que se percató de la falta de conformidad, no cabe aducir que se produzca una mutilación de tales derechos. También hay que excluir que el carácter originario de la falta de conformidad se pueda utilizar en contra del consumidor, de forma que limite el plazo de manifestación de la falta de conformidad a dos meses desde la adquisición del bien, aunque ello dependería de cómo se articule la carga de la prueba: Si se le imputase al consumidor, se estarían restringiendo sus derechos; pero si se le imputa al comprador, en la práctica se estará enervando realmente el requisito previsto. Con excep-

de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que hubiere tenido conocimiento de la misma, habiendo de entenderse que, salvo prueba en contrario, la comunicación del consumidor tuvo lugar dentro del citado plazo (88). Ahora bien, no obstante la «justificación» aducida para su incorporación, a nuestro juicio la exigencia de tal deber minora el nivel de protección del consumidor, lo cual se reconoce expresamente en el tenor literal de la *Directiva*, al señalar ésta que «los Estados miembros podrán garantizar un mayor nivel de protección del consumidor renunciando a establecer dicha obligación» —*considerando 19*—. Más aún, la no previsión de ningún efecto para el supuesto de incumplimiento de la citada obligación, conduce a la consideración de la limitación de su eficacia y eficiencia (89).

A modo de corolario, cabría señalar que el citado régimen de plazos resulta sustancialmente ajeno al sistema concebido y regido por el *Código Civil*, fundamentalmente en su *artículo 1.490* —que prevé únicamente un plazo de seis meses—, si bien, en cambio, se halla más próximo al régimen de plazos contemplado en el *artículo 1.591* del mismo cuerpo legal (90).

Finalmente, también se ha de poner de relieve una tutela adicional que incorpora la *Ley 23/2003*, por cuanto que instaura el ejercicio de la «acción de cesación» contra las conductas contrarias a lo prevenido en la nueva normativa que lesionaren intereses tanto colectivos como difusos (91) de los

ción, en ambos casos, de determinados supuestos marginales y graves en los que se puede demostrar la fecha de manifestación de la falta de conformidad, que son los que verdaderamente justifican la enmienda propuesta. En cualquier caso, para asegurar que los derechos del consumidor se pueden ver recortados porque el vendedor pueda oponer la superación del plazo, la carga de la prueba en relación con este extremo se hace recaer sobre el vendedor. Con esta enmienda se favorece también a los comerciantes en la medida en que se limita el número de reclamaciones; y ello sin perjudicar al consumidor medio, ya que a lo sumo sólo se podría ver perjudicado el consumidor negligente».

(88) A este respecto, cabría señalar el *artículo 39.1 CNUCVIM*, según el cual «el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercancías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto». Ahora bien, en el seno de la *Convención de Viena*, ello se vincula al deber que se impone al comprador de examinar o hacer examinar las mercancías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias —*art. 38.1 CNUCVIM*—.

(89) *Vide*, a este respecto, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, págs. 108 y sigs.

(90) En igual sentido, *vide* SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: *En torno al concepto...*, *ob. cit.*, pág. 1386.

(91) *Vide*, en este sentido, *sentencia del Tribunal Constitucional [Pleno], de 26 de enero de 1989* —*R. Ar.: RTC 1989/15*—. *Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Penal], de 26 de septiembre de 1997* —*R. Ar.: RJ 1997/6366*—. *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Baleares [Palma de Mallorca, núm. 14], de 27 de noviembre de 2002* —*R. Ar.: AC 2003/361*—; *Fundamento de Derecho Segundo. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona [Barcelona, núm. 34], de 26 de marzo de*

consumidores y usuarios (92), en la forma y condiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (93) y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —art. 12.1 LGVBC—. Ahora bien, el texto final de la norma incorpora un nuevo número 2 (94), que contempla la «*legitimación activa ad causam*» para el ejercicio de dicha acción (95). Así, se hallan legitimados 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 —*apartado a*)—; 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, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores —*apartado b*)— (96); el Ministerio Fiscal —*apartado c*)— (97) y las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses

2003 —R. Ar.: AC 2003/843—: *Fundamento de Derecho Segundo. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid [Madrid, núm. 2], de 25 de octubre de 2003* —R. Ar.: AC 2003/362—: *Fundamento de Derecho Primero. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla [Sección Quinta], de 22 de enero de 2004*; R. Ar.: AC 2004/406—: *Fundamento de Derecho Cuarto. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid [Madrid, núm. 46], de 20 de marzo de 2004* —R. Ar.: AC 2004/280—: *Fundamento de Derecho Primero*.

(92) A este respecto, se ha de observar que la *Ley 34/ 2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico —LSSIyCE—* se pronuncia en términos que prevén la interposición de la acción de cesación «contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores» —art. 30.1—; esto es, no exige la acumulación de intereses afectos para el ejercicio de la acción de cesación. De otra parte, a título meramente ilustrativo, cabe señalar, asimismo, que omite expresamente a los usuarios.

(93) A tal efecto, se considera que el procedimiento será el correspondiente al *juicio verbal*, en virtud del artículo 250.1.12.º de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —LEC—*. Este último precepto fue incorporado por el artículo primero, séptimo de la *Ley 39/2002, de 28 de octubre, de Transposición al Ordenamiento Jurídico Español de diversas Directivas Comunitarias en materia de Protección de los Intereses de los Consumidores y Usuarios —LTDCPICyU—*.

Asimismo, serían aplicables las previsiones correspondientes a las diligencias preliminares —arts. 256 a 263 *LEC*— y a las medidas cautelares —arts. 721 a 747 *LEC*—.

(94) En particular, la inclusión del mencionado *apartado 2* obedece a la *Enmienda núm. 29*, presentada por el *Grupo Parlamentario Popular en el Congreso*, cuya «justificación» es la de «recoger la legitimación activa en materia de acciones de cesación en los mismos términos que la *Ley 39/2002, de 28 de octubre*, lo hace en relación con otros supuestos»: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-12, de 25 de febrero de 2003, pág. 40.

(95) *Vide*, a este respecto, MÉNDEZ TOMÁS, ROSA M. & VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Garantías y Acciones...*, *ob. cit.*, págs. 30 y sigs.

(96) *Vide* MÉNDEZ TOMÁS, ROSA M. & VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Ibid.*, págs. 31 y sigs.

(97) *Vide*, en este sentido, los artículos 6.1.6.º y 11.4 *LEC*. Este último precepto fue incorporado por el artículo primero, segundo *LTDCPICyU*.

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 las Comunidades Europeas» —*apartado d)*— (98). De otra parte, también se contempla la legitimación de otras entidades —*art. 12.2, último párrafo, LGVBC*— (99). Ahora bien, nada se contempla en la norma sobre la «competencia territorial», la cual, a nuestro juicio, habrá de ser resuelta en virtud del *artículo 52.16 LEC* (100). Por lo que respecta a la «sentencia», habría de integrarse la laguna que presenta la norma en cuestión mediante la invocación de la *Disposición Adicional Tercera LGDCyU* y de los *artículos 699, 700 y 705 a 711 LEC*. Finalmente, también cabría contemplar la verificación de otros efectos, como la publicación total o parcial de la sentencia o una declaración rectificadora —*art. 221.2 LEC*— (101) u otro tipo de pronunciamientos —*art. 221.1.2.ª y 3.ª LEC*— (102).

VI. EL RÉGIMEN DE LA GARANTÍA COMERCIAL

1. RÉGIMEN COMUNITARIO

Con carácter general, se establecen los *principios de literalidad y extensión o integración* para regular el régimen de la garantía comercial, definida en el *artículo 1.2.e) DVGBC*. Así, la misma obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento mismo de garantía y en la correspondiente publicidad —*art. 6.1 DVGBC*—.

Del mismo modo, se contempla el *contenido* que habrá de presentar la garantía. Así, la misma deberá declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regule la venta de bienes de consumo y especificar, igualmente, que la garantía no afecta a los derechos que asistieren al consumidor con arreglo a la misma. De otra parte, la garantía habrá de indicar con claridad el contenido de la misma y los elementos básicos precisos o exigibles para presentar reclamaciones en virtud de ella, con especial mención de su duración y alcance territorial,

(98) *Vide*, asimismo, el *artículo 6.1.8.º LEC*, en virtud de su incorporación por el *artículo primero, primero LTDCPICyU*.

(99) *Vide*, en este sentido, el *artículo 13 LEC*.

(100) Texto incorporado por el *artículo primero, cuarto LTDCPICyU*.

Asimismo, habría de señalarse que, en los supuestos de acumulación de acciones o en que hubiere pluralidad de demandados, se atenderá a las previsiones del *artículo 53 LEC*. De otra parte, por lo que respecta a la sumisión expresa, se aplicará el régimen del *artículo 54.2 LEC*.

(101) Texto incorporado por el *artículo primero, quinto LTDCPICyU*.

(102) *Vide*, con respecto de estas cuestiones, MÉNDEZ TOMÁS, ROSA M. & VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Garantías y Acciones...*, *ob. cit.*, págs. 36 y sigs.

así como del nombre y dirección del garante —*considerando 21 y art. 6.2 DVGBC*—.

Por lo que respecta a la *forma* de la garantía, ésta se concibe como un derecho del consumidor, por cuanto que, a petición de éste, la garantía habrá de figurar por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le fuere accesible —*art. 6.3 DVGBC*—.

Asimismo, la *Directiva* remite a la legislación nacional de los Estados miembros la determinación del idioma en que hubiere de redactarse la garantía. De acuerdo con ello, los Estados miembros podrán exigir que la garantía de los bienes comercializados en su territorio esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinaren de entre las lenguas oficiales de la Comunidad —*art. 6.4 DVGBC*—. A este respecto, resulta de especial importancia poner de relieve que el punto de conexión establecido a tal fin es el de la *comercialización* en el territorio de un Estado miembro.

Finalmente, atendiendo, igualmente, al *principio de conservación o mantenimiento de la garantía*, la *Directiva* contempla expresamente un régimen de tutela en favor del consumidor, quien, aun cuando en la garantía en cuestión no concurrieren los mencionados requisitos de contenido, forma o lengua oficial de redacción, podrá, en todo caso, exigir el cumplimiento de la misma —*art. 6.5 DVGBC*—.

2. RÉGIMEN NACIONAL

A este respecto, cabe manifestar, en primer lugar, que el régimen vinculante de la garantía y los *principios de literalidad y extensión o integración* de la normativa comunitaria —*art. 6.1 DVGBC*— resultan coincidentes con la previsión de la legislación nacional —*art. 11.1 LGVBC*— (103). Ahora bien, a diferencia del texto comunitario, la norma nacional no contempla una definición y determinación del significado de la garantía comercial, lo cual tampoco autoriza a colegir que cualquier prestación adicional que ofrecieren el vendedor o el productor —como pudieren ser los servicios postventa— hubiere de considerarse como tal (104). Dicha omisión habrá de integrarse con los postulados que contempla el propio *artículo 11 LGVBC*.

(103) En este orden de cosas, por lo que respecta, en particular, a la publicidad, cabría señalar que, amén de la previsión del *artículo 11.1 LGVBC*, la *Exposición de Motivos* de la misma norma ya establece que «la publicidad relativa a la garantía se considera que forma parte integrante de las condiciones de ésta».

(104) En referencia a esta cuestión, cabría señalar que el *artículo 12 LOCM* esboza la diferencia entre garantía comercial y servicio postventa.

Vide, en este sentido, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, pág. 131.

En segundo lugar, en cuanto a la *forma* de la garantía, también resultan coincidentes ambas normativas —*art. 6.3 DVGBC* y *art. 11.2 LGVBC*—, si bien la legislación nacional añade que, en el caso de emplearse un soporte duradero para recoger la garantía, tal soporte habrá de ser acorde con la técnica de comunicación empleada (105). Asimismo, por lo que respecta a la *lengua oficial* de formalización, habrá de ser, al menos, en castellano —*art. 11.2 LGVBC*— (106).

Igualmente, por lo que respecta al *contenido*, también coinciden ambas normativas —*art. 6.2 DVGBC* y *art. 11.3 LGVBC*—, si bien la *Ley*, además, explícita como contenidos de la garantía comercial el bien sobre el que ha de recaer —*apartado a)*—, los derechos del consumidor como titular de la misma —*apartado d)*— y las vías de reclamación de que dispone el consumidor —*apartado f)*—. En este orden de cosas, con respecto al «plazo de duración de la garantía» se ha de integrar la ausencia de previsión temporal concreta o determinada de la *Ley* —*apartado e)*—, con el régimen establecido en la *Disposición Final Primera LRLOCM*. De acuerdo con ésta, en tanto no entrare en vigor la norma que transpusiere la *Directiva* comunitaria, el plazo de garantía no podrá ser inferior a seis meses, a contar desde la fecha de recepción del bien de que se tratare, salvo cuando la naturaleza del mismo lo impidiere y sin perjuicio de lo que, para bienes específicos, establecieren otras disposiciones legales o reglamentarias.

Ello no obstante, se ha de poner de relieve que el Derecho nacional no ha incorporado la previsión comunitaria —*art. 6.5 DVGBC*—, consistente en que, en el supuesto de que una garantía infringiere los requisitos de contenido y de forma, ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor, en todo caso, exigir su cumplimiento. Tal omisión —carente de justificación alguna, toda vez que se procede incluso, en virtud de la *Disposición Final Primera LGVBC*, a la modificación del *art. 8.1 LGDCyU*— constituye, *prima facie*, una minoración del régimen de tutela del consumidor respecto del con-

(105) A este respecto, cabría poner de manifiesto la disposición de *tutela general* que contemplaba el *artículo 11.4 PLGVBC*. En virtud de este precepto, se establecía que, en todo caso —bien se hubiere prestado o no garantía comercial—, el vendedor habría de informar por escrito al consumidor de los derechos que, en caso de falta de conformidad, se derivaren para él de la nueva normativa. Ahora bien, en el supuesto de que se hubiere prestado una garantía comercial, la citada información habría de incluirse en un único documento. Pues bien, la desaparición de la citada disposición del tenor del texto finalmente aprobado constituye un menoscabo para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, ya que, en virtud de la norma aprobada, tal obligación de información solamente concurre en relación con los bienes de naturaleza duradera.

(106) Con relación a esta cuestión, cabe señalar que la normativa nacional no ha incorporado la previsión del *artículo 6.4 DVGBC*, que contempla que los Estados miembros podrán, con arreglo a lo dispuesto en el Tratado, exigir que la garantía de los bienes comerciales en su territorio esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las lenguas oficiales de la Comunidad.

ferido en el ámbito comunitario. Sin embargo, a nuestro juicio, atendiendo a una interpretación finalista de la norma, la solución habría de ser idéntica a la contemplada expresamente por la normativa comunitaria (107).

De otra parte, se establece un plazo de prescripción de seis meses para el ejercicio de la acción conducente a reclamar el cumplimiento de lo dispuesto en la garantía, iniciándose el cómputo del citado plazo de prescripción desde la finalización del plazo de garantía —*art. 11.4 LGVBC*—.

Ahora bien, el texto de la *Ley* incorpora un nuevo *apartado 5* al *artículo 11*, introduciendo un doble régimen en función de la naturaleza duradera o no de los bienes (108). Así, de una parte, en el supuesto de *bienes de naturaleza duradera* —cuya determinación constituye objeto de un doble régimen de transitoriedad y de reenvío— (109), la garantía comercial y los derechos que la *Ley 23/2003, de 10 de julio*, concediere al consumidor ante la falta de conformidad con el contrato, habrán de formalizarse siempre por escrito o en cualquier soporte duradero. Pues bien, la previsión de este precepto merece una crítica por su carencia de rigor hermenéutico, ya que presenta un régimen diferente al contemplado por el *artículo 11.2 LGDCyU*, toda vez que este último establece la entrega de la garantía con *carácter imperativo* —«deberá entregar»—, en tanto que el *artículo 11.1 LGVBC* contempla un *carácter potestativo* —«la garantía comercial que pueda ofrecerse adicionalmente»— en la entrega de la garantía y, además, de un modo genérico; esto es, sin distinción alguna entre las distintas clases de bienes. La distorsión que genera el régimen de la *Ley 23/2003, de 10 de julio* deriva del hecho de que el *Proyecto de Ley* de la misma no contemplaba la distinción

(107) En igual sentido, VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor...*, *ob. cit.*, pág. 144: «Esto no quiere decir, sin embargo, que no sea ésta la solución que deba aplicarse también en nuestro país; lo contrario sería contradecir el carácter tuitivo para el consumidor de tales prescripciones, ya que se dejaría en manos de la contraparte la aplicación de la garantía comercial..., lo que no excluye, por supuesto, que deba entenderse que en ausencia de cualquiera de los requisitos establecidos como contenido mínimo de la garantía, debiendo funcionar ésta ha de hacerlo de manera que se permita al consumidor disfrutar de ella de la forma más completa y efectiva de acuerdo con las características del bien y teniendo en cuenta que la garantía comercial debe ofrecer una protección adicional a la que se ofrece en la Ley».

(108) Con respecto de la conceptualización y determinación de los «bienes de naturaleza duradera» y de los «consumibles», *vide* SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: *En torno al concepto...*, *ob. cit.*, págs. 1357-1393; más, especialmente, págs. 1374 y sigs. y 1380.

(109) Así, de una parte, se establece que el Gobierno determinará los bienes de naturaleza duradera a que se refiere el *apartado 5* del *artículo 11 LGVBC* —*Disposición Final Quinta LGVBC*—, y, de otra, que entretanto no se concreten tales bienes por el Gobierno, se entenderá que los mismos son los enumerados en el *Anexo II* del *Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los Catálogos de Productos y Servicios de Uso o Consumo Común, Ordinario y Generalizado y de Bienes de Naturaleza Duradera*, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los *artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5* de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y normas concordantes —*Disposición Transitoria Segunda LGVBC*—.

entre bienes de diferente naturaleza, siendo, por consiguiente, aplicable, con carácter de supletoriedad, a los bienes de naturaleza duradera el régimen dispuesto por el *artículo 11.2 LGDCyU*. Sin embargo, la determinación expresa de la dualidad de naturalezas introducida por el nuevo *artículo 11.5 LGVBC* conlleva la necesidad de dotar de una solución jurídica a la dualidad de regímenes —fruto de un defecto de técnica legislativa— existentes respecto de los bienes de naturaleza duradera. A este respecto, a nuestro juicio, por lo que respecta a los bienes de tal naturaleza, el *régimen potestativo* que deriva del *artículo 11.1 LGVBC* ha de ceder respecto del *régimen imperativo* que establece el *artículo 11.2 LGDCyU*, toda vez que la previsión de este último precepto goza del *principio de especialidad*. En suma, en los casos de bienes de naturaleza duradera resulta inexcusable la entrega de la garantía. Como corolario, cabría señalar que el *artículo 11.5 LGVBC*, a su vez, completa el régimen del *artículo 11.2 LGDCyU*, ya que, por un lado, introduce un nuevo elemento al contenido que ha de presentar la garantía —las vías de reclamación de que dispone el consumidor [*art. 11.3.f) LGVBC*]—; por otro, a la garantía se le han de añadir los derechos que concede la *Ley 23/2003, de 10 de julio*, al consumidor ante la falta de conformidad con el contrato, y, finalmente, tal régimen de tutela no solamente se podrá formalizar por escrito, sino que también mediante cualquier soporte duradero.

De otra parte, por lo que respecta a los *bienes de naturaleza «no» duradera* —bienes de consumo inmediato o de destino más breve—, la «forma escrita» de la garantía ha de ser rogada; esto es, a diferencia del *artículo 11.2 PLGVBC* —que lo contemplaba con carácter general—, el *artículo 11.2 LGVBC* establece que sea «a petición del consumidor» cuando la garantía deba formalizarse —como mínimo, en castellano— por escrito o en cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el mismo, siendo accesible para él y acorde con la técnica de comunicación empleada.

Ahora bien, a este respecto se ha de formular, una vez más, una enérgica crítica por la deficiente técnica legislativa de falta de sistemática interna que presenta. En efecto, de acuerdo con el tenor literal del *artículo 11.2 LGVBC*, cabría sostener que, en ausencia de petición expresa del consumidor, el otorgamiento de la garantía goza del *principio de libertad de forma*, lo cual vulnera frontalmente el principio consagrado en la *Exposición de Motivos LGVBC*, que exige que «toda garantía comercial debe figurar en un documento escrito en el que se establezcan, de manera clara, los elementos esenciales necesarios para su aplicación» (110). A nuestro juicio —y en base a diversas

(110) En igual sentido, *vide* MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. & VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Garantías y Acciones...*, *ob. cit.*, pág. 28.

El régimen antitético deriva del hecho de que el *Proyecto de Ley* no establecía diferenciación alguna entre bienes de naturaleza duradera o no duradera, siendo la regulación de la garantía idéntica y unitaria para todo tipo de bienes y resultando, por consiguiente,

razones—, la citada divergencia habría de superarse interpretando el tenor del artículo 11.2 LGVBC a la luz del principio que consagra la *Exposición de Motivos LGVBC*. A este respecto, la primera de las razones para tal aseveración la constituye un argumento de hermenéutica interna, que exige la interpretación y aplicación de la parte dispositiva de un texto legal en función de la *Exposición de Motivos* del mismo. A tal efecto, amén de la aplicación del mencionado principio de la *Exposición de Motivos*, que obliga a que, en todo caso, la garantía hubiere de formalizarse por escrito, cabría señalar, asimismo, la mayor o el «plus» de tutela que preconiza la propia *Exposición de Motivos* con respecto a la garantía, por cuanto que «debe poner al consumidor en una posición más ventajosa en relación con los derechos ya concedidos a los consumidores por esta Ley». La segunda de las razones se basaría en el hecho de que la exigencia de la solicitud o petición expresa, por parte del consumidor, situaría a éste en una posición de tutela devaluada en función de la naturaleza —duradera o no duradera— de los bienes o productos que adquiriere.

Finalmente, se excluye expresamente, con respecto de la garantía comercial, la aplicación retroactiva de la nueva regulación, por cuanto que dicho régimen de garantía no será de aplicación a los productos puestos en circulación antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, los cuales se regirán por las disposiciones vigentes en dicho momento —*Disposición Transitoria Primera LGVBC*—.

RESUMEN

GARANTÍAS DE CONSUMO

En este trabajo se analiza el régimen jurídico del estatuto del consumidor y de las garantías de que dispone en la venta de bienes de consumo, en particular la garantía comercial, atendiendo tanto al Derecho de la Unión Europea como al Derecho interno nacional.

ABSTRACT

CONSUMER GUARANTEES

This paper analyses the framework of the consumer's statute and its guarantees in the sale of consumer goods, particularly commercial warrantees, under both European Union law and national domestic law.

(Trabajo recibido el 21-04-06 y aceptado para su publicación el 24-05-2006)

coherente la relación existente entre el principio recogido en la *Exposición de Motivos* y la regulación de la parte dispositiva. Ahora bien, cuando en el texto definitivo de la norma se modifica dicho régimen unitario —mediante la incorporación del art. 11.5 LGVBC y la inclusión de la naturaleza rogada en el art. 11.2 LGVBC— no se procede, en cambio, a modificar, paralelamente, el principio general que contemplaba la *Exposición de Motivos*, lo cual origina la actual antítesis reguladora.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA

I. OBRAS GENERALES

BARCELLONA, Pietro: *Diritto Privato e Società Moderna*, Napoli, 1996.

II. MONOGRAFÍAS

BIANCA, Massimo C.: «Dell'Inadempimento delle Obbligazioni», en *Commentario del Codice Civile* a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1979.

DE CRISTOFARO, Giovanni: *Difetto di Conformità al Contratto e Diritti del Consumatore: L'Ordinamento Italiano e la Direttiva 99/44/CE sulla Vendita e le Garanzie dei Beni di Consumo*, Padova, 2000.

DE LA IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

FERRARI, Franco: *La Vendita Internazionale. Applicabilità ed Applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980. Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. Volume XXI*, Padova, 1997.

FRIGNANI, Aldo: *Il Contratto Internazionale. Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Padova, 1999.

HOUSE OF LORDS: *Select Committee on European Communities. Tenth Report, 1997, EC Directive 1999/44/EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees*, London, 1996-1997, § 38-56.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael & PERALES VISCASILLAS, Pilar: *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Madrid, 2003.

MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. & VILALTA NICUESA, Aura Esther: *Garantías y Acciones derivadas de las Ventas de Bienes de Consumo. Sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Barcelona, 2004.

— *Garantías y Acciones derivadas de las Ventas de Bienes de Consumo. Sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Barcelona, 2004.

ORTÍ VALLEJO, Antonio: *Los Defectos de la Cosa en la Compraventa Civil y Mercantil. El Nuevo Régimen Jurídico de las Faltas de Conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002.

VERGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Navarra, 2004.

III. ARTÍCULOS Y OBRAS COLECTIVAS

ALPA, Guido: «Gli Usi del Termine “Consumatore” nella Giurisprudenza», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata. Parte Seconda*, Milano, 1999, págs. 4-11.

ANNECA, Maria Teresa: «Nozione di Consumatore e Rilevanza dello Scopo nei Contratti Negoziati Fuori dai Locali Commerciali», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli, 1998, págs. 527-533.

- ARNOKOUROS, Georgios I.: «The Transposition of the Consumer Sales Directive into the Greek Legal System», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 259-277.
- AVILÉS GARCÍA, Javier: «Problemas de Derecho Interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 4, Madrid, 2000, págs. 1179-1206.
- BASTIANON, Stefano: «Consumatore ed Imprenditore (...futuro) nel Diritto Comunitario: Luci ed Ombre di due Nozioni dai Confini Incerti. (Nota a Corte Giustizia CE, 3 Luglio 1997, Causa C-269/95)», en *Responsabilità Civile e Previdenza*, núm. 1, Milano, enero-febrero 1998, págs. 62-71.
- BIANCA, Massimo C.: «Consegna di Aliud pro Alio e Decadenza dai Rimedi per Omessa Denuncia nella Direttiva 1999/44/CE», en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, 2001, págs. 16-22.
- «Postilla», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 5, Padova, septiembre-octubre 2002, págs. 629-631.
- BIN, Marino: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. Per un Dialogo con il Futuro Legislatore dell'Attuazione: Ripensare L'Intera Disciplina della Non Conformità de Beni nella Vendita alla Luce della Direttiva Comunitaria», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 403-409.
- BIRD, Timothy C.: «Directive 99/44EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: Its Impact on Existing Irish Sale of Goods Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 279-295.
- BONFANTE, Guido & CAGNASSO, Oreste: «Risoluzione del Contratto ed “Azione di Adempimento” quali Strumenti di Tutela del Consumatore o dell'Impresa?», en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, Padova, 2001, págs. 23-33.
- BRUUN NIELSEN, Anne-Dorte: «Directive 1999/44/EC of the European Parliament and the Council on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees and its Influence on Danish Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 189-196.
- CALAIS-AULOY, Jean: «L'influence du Droit de la Consommation sur le Droit des Contrats», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, núm. 1, Paris, enero-marzo 1998, págs. 115-120.
- CALVO, Roberto: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. L'Attuazione della Direttiva N.º 44 del 1999: Una Chance per la Revisione in Senso Unitario della Disciplina sulle Garanzie e Rimedi nella Vendita», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 463-488.
- CIATTI, Alessandro: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. L'Ambito di Applicazione Ratione Materiae della Direttiva Comunitaria sulla Vendita e le Garanzie dei Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 433-447.
- CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo: Un Nuevo Régimen de Saneamiento en la Compraventa de Bienes Muebles», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5, Pamplona, 2000, págs. 521-536.

- CORSO, Elena: «La Tutela del Consumatore dopo il Decreto Legislativo di Attuazione della Direttiva 99/44/CE», en *Contratto e Impresa*, núm. 3, Padova, 2002, págs. 1317-1361.
- DELOGU, Lucia: «I Patti Modificativi della Responsabilità del Venditore: La Direttiva 1999/44/CE, L'Odierno Diritto Italiano e le Prospettive di Riforma», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 489-515.
- DE MATTEIS, Raffaella: «Il Difetto di Conformità e L'Equilibrio Contrattuale dello Scambio», en *Contratto e Impresa/Europa*, núm. 1, Padova, 2001, págs. 46-56.
- DE POLI, Matteo: «Libero Mercato e Controllo Legale nei Contratti del Consumatore», en *Rivista di Diritto Civile, II*, Padova, noviembre-diciembre 1999, págs. 757-801.
- ELVINGER, Marc: «La Directive 99/44 du 25 Mai 1999 et le Droit Luxembourgeois», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 309-325.
- ESPOSITO, Mario: «La Tutela dei Consumatori tra Codice Civile e Costituzione», en *Giurisprudenza di Merito*, núm. 1, Milano, enero-febrero 2000, págs. 181-221.
- FADDA, Rossella: «Sette Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. Il Contenuto della Direttiva; una Panoramica», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 410-431.
- FALZONE CALVISI, Maria Giovanna: «Setti Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. Garanzie Legali nella Vendita. Quale Riforma?», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 448-457.
- FERRERI, Silvia: «L'intervento dell'Unione Europea a Tutela dei Consumatori e le Possibili Reazioni di Sustrato negli Stati Membri», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 5, Padova, septiembre-octubre 2002, págs. 633-657.
- FERRI, Giovanni B.: «Divagazioni Intorno alla Direttiva N.º 44 del 1999 su Taluni Aspetti della Vendita e delle Garanzie de Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 6, núm. 1, Padova, 2001, págs. 57-77.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *La Ley*, núm. 5747, Madrid, 26 de marzo de 2003, págs. 1-9.
- GENOVESE, Amarillide: «Le Garanzie dei Beni di Consumo, la Direttiva 99/44/CE ed il Diritto Spagnolo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 7, núm. 2, Padova, 2002, págs. 1103-1130.
- GRUNDMANN, Stefan: «European Sales Law - Reform and Adoption of International Models in German Sales Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 239-258.
- HOGG, Martín: «Scottish Law and the European Consumer Sales Directive», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 337-350.
- HONDIUS, Ewoud & JELOSCHKE, Christoph: «Towards a European Sales Law - Legal Challenges Posed by the Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 157-161.

- HONDIUS, Ewoud & SCHELHAAS, Harriët: «In Conformity with the Consumer Sales Directive? Some Remarks on Transposition into Dutch Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 327-336.
- IRTI, Natalino: «Leggi Speciali (dal Mono-sistema al Poli-sistema)», en *Rivista di Diritto Civile*, I, Padova, marzo-abril 1979, págs. 141-153.
- JELOSCHKE, Christoph: «The Transposition of Directive 99/44/EC into Austrian Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 163-175.
- KRUISINGA, Sonja A.: «What do Consumer and Commercial Sales Law Have in Common? A Comparison of the EC Directive on Consumer Sales Law and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 177-188.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La Directiva sobre la Venta y las Garantías de los Bienes de Consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 4, Madrid, 1999, págs. 1365-1385.
- «The Impact on Spanish Contract Law of the EC Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 351-357.
- LUMINOSO, Angelo: «Appunti per l'Attuazione della Direttiva 1999/44/CEE e per la Revisione della Garanzia per Vizi nella Vendita», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 6, núm. 1, Padova, 2001, págs. 83-142.
- «Riparazione o Sostituzione della Cosa e Garanzia per Vizi nella Vendita dal Codice Civile alla Direttiva 1999/44/CE», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, Padova, noviembre-diciembre 2001, págs. 837-862.
- MACARIO, Francesco: «Brevi Considerazioni sull'Attuazione della Direttiva in Tema di Garanzie nella Vendita di Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 6, núm. 1, Padova, 2001, págs. 143-153.
- MARCO MOLINA, Juana: «La Garantía Legal sobre Bienes de Consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre Determinados Aspectos de la Venta y las Garantías sobre Bienes de Consumo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 674, Madrid, 2002, págs. 2275-2348.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «Nuova Disciplina della Vendita de Beni di Consumo nel Diritto Spagnolo» en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 8, núm. 2, 2003, págs. 868-901.
- MUÑOZ ÁLVAREZ, Guadalupe: «La Protección Europea de los Consumidores y Usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 576, Navarra-Madrid, 8 de mayo de 2003, págs. 1-4.
- NANNA, Concetta Maria: «Contratti stipulati fuori dei locali commerciali e diritto di ripensamento: In margine a un caso di "ambigüita" in ordine alla qualità di consumatore», en *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, 1998, págs. 438-457.
- NUZZO, Mario: «I Contratti del Consumatore tra Legislazione Speciale e Disciplina Generale del Contratto», en *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 2, Napoli, enero-marzo 1998, págs. 308-324.

- PATTI, Salvatore: «Sul Superamento della Distinzione tra Vizi e Aliud pro Alio Datum nella Direttiva 1999/44/CE», en *Rivista di Diritto Civile*, núm. 5, Padova, septiembre-octubre 2002, págs. 623-628.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: «Hacia un nuevo Concepto del Contrato de Compraventa: Desde la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 47-48, Madrid, 2003, págs. 1199-1224.
- PINNA, Andrea: «Setti Voci sulla Direttiva 1999/44/CE. I Termini della Disciplina delle Garanzie e la Direttiva 1999/44/CEE sulla Vendita di Beni di Consumo», en *Contratto e Impresa/Europa*. Volume 5, núm. 2, Padova, 2000, págs. 516-535.
- «La transposition en Droit Français», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 223-237.
- PIZZIO, Jean-Pierre: «La Protection des Consommateurs par le Droit Commun des Obligations», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, núm. 1, Paris, enero-marzo 1998, págs. 53-69.
- REYES LÓPEZ, M.^a José: «La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 9, Madrid, 2004, págs. 1008-10019.
- SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: «Garantía de los Bienes de Consumo: Consecuencias de la Nueva Directiva», en *II Congreso Europeo de Consumo. Nuevas Tendencias en Materia de Protección del Consumidor*, Vitoria-Gasteiz, 2003, págs. 71-89.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Distorsiones operadas en el Derecho Contractual como consecuencia de la transposición del Derecho Comunitario *pro consumatore*», en *Actualidad Civil*, núm. 3, Madrid, 2003, págs. 931-957.
- SANNA, Paolo: «Considerazioni a margine del DLGS. 22 Maggio 1999, N.º 185 in tema di Tutela dei Consumatori nei Contratti a Distanza», en *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milano, 2000, págs. 462-490.
- SANZ VALENTÍN, Luis Antonio: «La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Determinados Aspectos de la Venta y Garantías de los Bienes de Consumo», en *Actualidad Civil*, núm. 3, Madrid, 1999, págs. 1073-1094.
- «En torno al concepto de Bienes de Naturaleza Duradera y su incardinación en las Garantías de la Venta», en *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LVI. Fascículo III, Madrid, julio-septiembre 2003, págs. 1357-1393.
- SCOTTON, Manola: «Directive 99/44/EC on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 297-307.
- SIRENA, Pietro: «Controllo Giudiziale e Controllo Amministrativo dei Contratti Stipulati dai Consumatori», en *Banca Borsa Titoli di Credito*, núm. 4, Milano, julio-agosto 2001, págs. 469-490.
- SIVESAND, Hanna: «Sweden-Delayed Reforms Due to the Consumer Sales Directive?», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 359-367.
- SOMMA, Alessandro: «Il Diritto dei consumatori è un Diritto dell'impresa», en *Politica del Diritto*, Bolonia, 1998, págs. 679-685.

- TWIGG-FLESNER, Christian & BRADGATE, Robert: «The EC Directive on Certain Aspects of The Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees-All Talk and No Do?», en *Web Journal of Current Legal Issues*, núm. 2, London, 2000, págs. 1-22.
- VALENTINO, Daniela: «Obblighi di informazione e vendite a distanza», en *Rassegna di Diritto Civile*, Napoli, 1998, págs. 375-395.
- WATTERSON, Stephen: «Consumer Sales Directive 1999/44/EC - The Impact on English Law», en *European Review of Private Law*. Volume 9, núm. 2-3, New York, 2001, págs. 197-221.
- ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo: «Il Diritto Europeo dei Contratti (verso la Distinzione tra “Contratti Commerciali” e “Contratti dei Consumatori”)», en *Giurisprudenza Italiana*. IV, Torino, 1993, págs. 57-73.

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL ORGÁNICO Y CRONOLÓGICO

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- * Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de julio de 1994 —*Paola Faccini Dori V. Recreb S.R.L.; Asunto C-91/92*—.
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Sexta], de 3 de julio de 1997 —*Francesco Benincasa V. Dentalkit S.R.L.; Asunto C-269/95*—.
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Quinta] de 17 de marzo de 1998 —*Bayerische Hypotheken— und Wechselbank AG V. Edgard Dietzinger; Asunto C-45/96*—.
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Tercera], de 22 de noviembre de 2001 —*Cape Snc V. Idealservice Srl [Asunto C-541/99] / Idealservice MN RE Sas V. OMAI Srl [Asunto C-542/99]*—.
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Tercera], de 19 de febrero de 2004 —*Comisión de las Comunidades Europeas V. Gran Ducado de Luxemburgo, Asunto C-310/03*—.
- * Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Tercera], de 19 de febrero de 2004 —*Comisión de las Comunidades Europeas V. Reino de Bélgica, Asunto C-312/03*—.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- * Sentencia del Tribunal Constitucional [Pleno], de 26 de enero de 1989 —R. Ar.: RTC 1989/15—.

III. TRIBUNAL SUPREMO

- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Penal], de 26 de septiembre de 1997 —R. Ar.: *RJ* 1997/6366—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 16 de mayo de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/5082—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 24 de julio de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/6193—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 5 de octubre de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/7542—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 10 de octubre de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/7718—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 14 de octubre de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/8805—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 16 de noviembre de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/9598—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 14 de diciembre de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/10443—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 20 de diciembre de 2000 —R. Ar.: *RJ* 2000/10128—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 23 de mayo de 2003 —R. Ar.: *RJ* 2003/7150—.
- * Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil], de 27 de febrero de 2004 —R. Ar.: *RJ* 2004/1753—.

IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- * Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas [Sección Cuarta], de 18 de abril de 2001 —R. Ar.: *JUR* 2001/210454—.
- * Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza [Sección Cuarta], de 21 de abril de 2001 —R. Ar.: *JUR* 2001/173190—.
- * Sentencia de la Audiencia Provincial de Avila, de 30 de noviembre de 2001 —R. Ar.: *JUR* 2001/110287—.
- * Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección Primera], de 10 de enero de 2002 —R. Ar.: *JUR* 2002/70897—.
- * Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla [Sección Quinta], de 22 de enero de 2004 —R. Ar.: *AC* 2004/406—.

V. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- * Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Baleares [Palma de Mallorca, núm. 14], de 27 de noviembre de 2002 —R. Ar.: AC 2003/361—.
- * Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona [Barcelona, núm. 34], de 26 de marzo de 2003 —R. Ar.: AC 2003/843—.
- * Sentencia del Juzgado de Primera Madrid [Madrid, núm. 2], de 25 de octubre de 2003 —R. Ar.: AC 2003/362—.
- * Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid [Madrid, núm. 46], de 20 de marzo de 2004 —R. Ar.: AC 2004/280—.

RESUMEN

En este trabajo se analiza el régimen jurídico del estatuto del consumidor y de las garantías de que dispone en la venta de bienes de consumo, en particular la garantía comercial, atendiendo tanto al Derecho de la Unión Europea como al Derecho interno nacional.

ABSTRACT

This paper analyses the framework of the consumer's statute and its guarantees in the sale of consumer goods, particularly commercial warranties, under both European Union law and national domestic law.

La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad

por

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO:
 1. DESIGNACIÓN DEL ADMINISTRADOR.
 2. FACULTADES DEL ADMINISTRADOR:
 - A) *Consideraciones generales.*
 - B) *Especial referencia a la facultad de representación.*
 3. APORTACIONES DE BIENES O DERECHOS AL PATRIMONIO PROTEGIDO:
 - A) *Régimen jurídico.*
 - B) *Constancia registral de los bienes y derechos.*
 - C) *Afección de los bienes y derechos.*
 4. LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.
- III. SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, responde al mandato a los poderes públicos, contenido en el artículo 49 de la Constitución Española, de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, estableciendo los mecanismos necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida disfrutar de los derechos que reconoce la Constitución a toda persona, y pretende atender a la preocupación de muchas familias, que desean tener prevista la situación en que quedará su familiar discapacitado cuando sus progenitores o tutores no puedan hacerse cargo de él, pues, aun cuando el Estado les otorgue prestaciones sociales, beneficios fiscales, subvenciones, etc., es básicamente la familia la que ampara y mantiene económicamente a estas personas.

Con esta finalidad, la Ley prevé la creación de un patrimonio protegido, es decir, un conjunto de bienes y derechos —carente de personalidad jurídica propia— vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular-beneficiario y aislado del resto del patrimonio, sometiéndolo a un régimen de administración y supervisión específico, en beneficio de una persona discapacitada (vid. ap. II.1.º, 2.º y 3.º EM y art. 1.1) —siempre que cumpla los requisitos del art. 2.2, o sea, estar afectada bien por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 o bien por una minusvalía física o sensorial superior al 65 por 100, y con independencia de que concurran o no en ella las causas de incapacitación judicial del art. 200 del Código Civil y de que, concurriendo, haya sido o no judicialmente incapacitada (ap. II, párr. 4.º EM)—, que será su titular (art. 2.1).

Este patrimonio puede ser constituido por la propia persona con discapacidad, si tiene capacidad de obrar suficiente, o por sus padres, tutores o curadores cuando carezca de ella [art. 3.1.a) y b)]. También el guardador de hecho, en el caso de personas con discapacidad psíquica, podrá constituirlo con los bienes que los padres o tutores del discapacitado le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por ellos [art. 3.1.c)]. Del mismo modo, cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar a la persona con discapacidad o, si ésta no posee capacidad suficiente, a los padres, tutores o curadores la constitución del citado patrimonio si hace, al mismo tiempo, una aportación de bienes y derechos suficiente para ese fin, pudiendo acudir al Fiscal en caso de negativa injustificada de éstos, para que inste al Juez a que proceda a su constitución (art. 3.2) (1).

(1) Visto lo dispuesto en el artículo 3, surge la duda de si pueden los padres, tutores, curadores y guardadores de hecho constituir el patrimonio protegido en beneficio de un

El patrimonio protegido se constituirá en documento público o por resolución judicial, si es el Juez el que lo ha constituido (art. 3.3, párr. 1.º), debiendo constar en dicho documento, junto con el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio, las reglas para su administración y, en su caso, fiscalización —incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización—, y cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo (art. 3.3, párr. 2.º).

Una de las principales notas características del patrimonio protegido es estar sometido a un régimen especial de administración. Como en cualquier patrimonio, el nombramiento de un administrador y el establecimiento de unas reglas de administración se hace imprescindible para el mantenimiento y la mejora de la productividad del mismo, con la particularidad de que, en el supuesto analizado, es preciso destacar que la finalidad del patrimonio protegido es cubrir las necesidades vitales de su beneficiario. Por otro lado, dada la especial situación en la que se encuentran las personas con discapacidad, es indispensable, además, fijar un sistema de supervisión de la actuación del administrador, sobre todo en los casos en los que el beneficiario no tiene capacidad de obrar suficiente.

De todas estas cuestiones nos vamos a ocupar en las páginas que siguen.

discapacitado con capacidad de obrar suficiente. La respuesta ha de ser afirmativa, puesto que la Ley, al tratar de la administración del patrimonio protegido en el artículo 5, tiene en cuenta dicha posibilidad. Así, en su número 1.º regula la administración cuando el constituyente es el propio beneficiario del mismo, y en el número 2.º cuando el constituyente es un tercero, imponiendo al administrador la obligación de obtener autorización judicial en determinados casos, de cuyo cumplimiento le exime si el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente. A mayor abundamiento, pueden citarse algunas afirmaciones de la Exposición de Motivos; por ejemplo, en el apartado III dice: «cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.1 de la Constitución), *no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad*», y en el IV afirma: «dado el especial régimen de administración al que se sujeta el patrimonio protegido, es perfectamente posible que, a pesar de que su beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente, la administración del patrimonio no le corresponda a él, sino a una persona distinta, sea porque así lo ha querido la propia persona con discapacidad, cuando ella misma haya constituido el patrimonio, sea *porque lo haya dispuesto así el constituyente del patrimonio y lo haya aceptado el beneficiario, cuando el constituyente sea un tercero*» (la cursiva es mía).

II. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

1. DESIGNACIÓN DEL ADMINISTRADOR

Si la persona con discapacidad posee capacidad de obrar suficiente, la administración podrá corresponder al mismo discapacitado o a otra persona, ya porque así lo ha querido el discapacitado cuando él mismo haya constituido el patrimonio protegido, ya porque lo haya aceptado cuando el constituyente sea un tercero; si aquél no tiene esa capacidad, corresponderá a sus padres o tutores o, si así lo decide el constituyente, a otra persona distinta (vid. ap. IV, EM y art. 5), sin que en ningún caso puedan ser administradores —dice el art. 5.5— «las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de Derecho Civil, Foral o Especial, que, en su caso, fueran aplicables». De modo que, atendiendo a lo dispuesto en el Código Civil, podrán ser administradores del patrimonio protegido todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no concorra en ellas alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos 243 a 245 (art. 241) (2),

(2) Artículo 243: «No pueden ser tutores:

1.º Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.

2.º Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.

3.º Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.

4.º Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela».

Artículo 244: «Tampoco pueden ser tutores:

1.º Las personas en quienes concorra imposibilidad absoluta de hecho.

2.º Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.

3.º Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.

4.º Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.

5.º Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona».

Artículo 245: «Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

Para RIVERA ÁLVAREZ, la remisión a estos artículos plantea «no pocos problemas cuando se trata de nombramiento por el propio beneficiario, especialmente en cuanto a las posibilidades señaladas en el artículo 246 del Código Civil» («Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, pág. 99, nota a pie de página núm. 20). Este artículo dice que «las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4.º y 244.4.º, no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de la última voluntad de los

y también las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242).

En opinión de SERRANO GARCÍA, es posible que de la composición del patrimonio protegido resulte que estas personas jurídicas no sean las entidades más adecuadas para la gestión de alguno de ellos, como, por ejemplo, cuando su composición sea la que señala el artículo 8: «participaciones en fondos de inversión, acciones o participaciones en sociedades mercantiles»; una entidad especializada, aunque tenga finalidad lucrativa, es más adecuada para gestionar un patrimonio con esta composición que las actuales personas jurídicas tutoras (3).

Ello tendría sentido si el patrimonio protegido estuviese compuesto única y exclusivamente por ese tipo de bienes, pero hay que tener presente que lo habitual es que en un patrimonio se encuentren bienes de distinta naturaleza, en cuyo caso parece más conveniente atender al criterio del Código de acudir a las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados; es más, aun cuando en el momento de la constitución del patrimonio y del nombramiento del administrador, aquél esté compuesto por un tipo de bienes específico, ello no implica que esa composición se mantenga durante toda la vida del mismo, puesto que es posible que se vea alterada por aportaciones posteriores.

Si no se puede designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el Juez competente, a solicitud del Ministerio Fiscal, proveerá lo que corresponda (art. 5.6), es decir, el Juez podrá tanto nombrar administrador, como establecer para el caso concreto las reglas para la designación (4).

Advierte LÓPEZ-GALIACHO PERONA sobre «la posible coexistencia de varios administradores sobre el patrimonio general del discapacitado incapacitado. Así, por una parte, estaría el tutor que por ministerio de la ley tiene encomendada la administración de su patrimonio; por otra, el administrador nombrado para gestionar específicamente el posible *patrimonio protegido*; pero también, si se hubieran deslindado —como prevé el art. 236 del Código

padres cuando fueran conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

(3) SERRANO GARCÍA, I., «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RJN*, octubre-diciembre, 2004, pág. 248.

En el mismo sentido RIVERA ÁLVAREZ, quien añade que «la falta de ánimo de lucro de las entidades no garantiza que no pueda haber cierto conflicto de intereses en la gestión patrimonial cuando dichas entidades se dedican también a la atención personal o cuando obtienen una retribución por los servicios ofertados» («La administración separada de la patria potestad y tutela y la necesidad de autorización judicial de los actos de los representantes legales a raíz del artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *RDP*, núm. 89, 2005, pág. 69).

(4) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *Una perspectiva civil...*, cit., pág. 99.

Civil— las funciones de tutor del patrimonio y tutor de la persona del tutelado, se nombraría un tutor para gestionar el patrimonio del incapacitado; y, a mayor abundamiento, cabe también que en la práctica se nombrara un cuarto administrador patrimonial, como sería aquél que tiene encargado, por la persona que realiza la atribución, el gestionar aquella serie de bienes dispuesta a título gratuito a favor del tutelado, cuando la aportación se haya querido hacer al margen de la figura del *patrimonio protegido*, y sí, en cambio, por la vía permitida en el artículo 227 del Código Civil» (5).

En función de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley, el cargo de administrador, cuando no corresponda al beneficiario del mismo, lo que conlleva su representación legal, debe inscribirse en el Registro Civil.

2. FACULTADES DEL ADMINISTRADOR

A) *Consideraciones generales*

Respecto de las facultades del administrador del patrimonio protegido, no se plantea la discusión en torno a si se incluyen o no las dispositivas, como ocurre, por ejemplo, en el caso del administrador de los bienes nombrado por el disponente a título gratuito (art. 164.1 y 227 del Código Civil), puesto que la propia Ley, en su artículo 5.2 —como más adelante veremos— lo contempla, y en el apartado IV de la Exposición de Motivos dice que «el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición». De este modo, el administrador podrá realizar, respecto de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, tanto actos de administración en sentido estricto como actos de disposición.

En el estudio de las reglas de administración del patrimonio protegido hemos de distinguir dos supuestos, según sea o no el beneficiario el constituyente del mismo. En ambos casos, la administración se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución pero, en el segundo, o sea, cuando el beneficiario no es el constituyente del patrimonio, dichas reglas deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de Derecho Civil, Foral o Especial, que fueran aplicables (art. 5.1 y 2, párr. 1.º). Sin embargo, el régimen de la autorización judicial se flexibiliza, pues se exime al administrador de su obtención cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente (art. 5.2, párr. 2.º) y se

(5) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero, 2005, págs. 52 y 53.

establece la posibilidad de que los constituyentes o el administrador insten al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza (art. 5.3).

Respecto de esta última posibilidad, dice RIVERA ÁLVAREZ que «el legislador se ha cuidado de permitir justificaciones para la exoneración de la autorización judicial: unas de orden subjetivo, como la de la solvencia del administrador o la condición del discapacitado —ya que pudiere éste tener capacidades naturales de comprensión y volición que permitan poder eludir la intervención del juez, siendo que él mismo puede realizar un control previo y posterior de la administración—; otras de orden objetivo, a partir de la composición del patrimonio —imaginemos una cartera de valores de alto riesgo que necesita de medios rápidos de control previo de actividad—» (6).

Por tanto, si el beneficiario no es el constituyente del patrimonio protegido y, además, no tiene capacidad de obrar suficiente, el administrador requerirá autorización judicial en los mismos casos en los que se le exige al tutor, es decir, los actos comprendidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil.

Según el primero de los citados artículos, «el tutor necesita autorización judicial:

- 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
- 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- 3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
- 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
- 5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- 8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.
- 9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

(6) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit, pág. 71.

10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título onerosos los créditos de terceros contra el tutelado».

Algunos actos contenidos en este artículo no son compatibles con el cargo de administrador del patrimonio protegido ni con la finalidad a la que tiende dicho patrimonio. No cabe duda de que el internamiento es uno de ellos, por afectar a la esfera personal de la persona, pero incluso es posible encontrar algún ejemplo entre los de carácter patrimonial: así, la renuncia de derechos y las disposiciones a título gratuito, salvo que por circunstancias excepcionales el mantenimiento del bien en el patrimonio protegido del discapacitado suponga un grave perjuicio para el mismo.

Por su parte, el artículo 272 del Código Civil establece: «No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial».

Puede ser que el administrador tenga que intervenir en la división de un bien en el que el discapacitado sea copropietario y dicho derecho de copropiedad forme parte del patrimonio protegido, pero no parece factible que el administrador, dada la naturaleza de su cargo, intervenga en la partición de una herencia.

En opinión de LUCINI NICÁS, los artículos 271 y 272 del Código Civil plantean problemas de interpretación sobre el alcance de las facultades del tutor, que se trasladan ahora al patrimonio protegido; por tanto, lo deseable será, dado que la ley lo permite, establecer un conjunto de normas lo más claro posible, evitando la remisión a las normas de la tutela (7).

La normativa actual en materia de autorización judicial presenta problemas muy importantes, derivados no solo de la dificultad, en algunos casos, de interpretar los términos utilizados por el artículo 271 del Código Civil, sino de las carencias que el mismo presenta, echándose en falta una enumeración clara, concreta y precisa de los actos para los que los padres necesitan autorización judicial, es decir, puede afirmarse que dicha normativa es insuficiente y confusa. Insuficiente, porque estos artículos se limitan a enumerar sin más dichos actos, echándose en falta una regulación más detallada (por ejemplo, se exige autorización judicial para «entablar demanda» pero no se dice nada del allanamiento) y la inclusión de otros supuestos, como el aval, la fianza, la adquisición de condición de socio, etc., por lo menos en sentido similar al Código de Familia de Cataluña (arts. 151 y 212); y confusa, porque se utilizan términos tan ambiguos como el de «objetos preciosos», «valores mobiliarios» o «gastos extraordinarios en los bienes», de difícil determinación.

(7) LUCINI NICÁS, J. A., «La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», en *Act. Civ.*, núm. 14, julio, 2004, pág. 1628.

Una de las mayores carencias, en esta materia, es el silencio del legislador en relación a la cuestión de qué ocurre cuando los representantes legales celebran actos o contratos sin la previa autorización judicial. La solución no es fácil, como lo demuestra que este supuesto ha sido objeto de numerosos debates doctrinales, sin haberse encontrado una solución definitiva, y de sentencias contradictorias. Se debe resaltar la trascendencia práctica de la cuestión planteada, pues de la postura que se tome en cuanto al régimen jurídico a aplicar resultarán consecuencias jurídicas muy distintas. En mi opinión, los negocios celebrados por los padres o tutores en nombre de sus hijos o tutelados sin la autorización judicial exigida en los artículos 166 y 271 del Código Civil son negocios en los que concurren los elementos esenciales previstos en el artículo 1.261 del Código, pero que adolecen de una irregularidad en su estructura al haberse realizado sin poder suficiente, lo que determina su nulidad de pleno derecho (art. 1.259 del Código Civil). Ahora bien, como la nulidad viene establecida en interés de los menores o incapacitados, será relativa —sólo a ellos corresponde la acción de nulidad—, con la consecuencia de que, una vez adquirida la capacidad de obrar necesaria para celebrar el negocio de que se trate, puedan ratificar la gestión del representante si estiman que les es favorable. La ratificación habrá de producirse antes de que el tercero que contrató con el representante revoque su consentimiento, en los casos en que a éste le es atribuida tal facultad (8).

Obsérvese que la exigencia de autorización judicial para los actos de los artículos 271 y 272 del Código Civil, relativos a la tutela, se aplica no sólo cuando el administrador es el tutor de la persona con discapacidad, sino también cuando lo son los padres u otra persona distinta; de forma que los padres titulares de la patria potestad de su hijo discapacitado tendrán más limitaciones en relación a la administración del patrimonio protegido de éste que respecto del resto del patrimonio del mismo. No obstante, el establecimiento de un criterio uniforme es lógico y acertado, toda vez que las circunstancias en las que se puede encontrar el administrador con respecto del beneficiario son muy variadas, no sólo por el hecho de que el administrador sea una persona distinta de los padres, sino también porque pueden serlo éstos respecto de un hijo discapacitado sobre el que no ostenten la patria potestad ni la tutela, y porque es posible la excepción de la autorización judicial por el juez en determinados casos (9).

(8) Sobre las cuestiones que plantean los artículos 271 y 272, vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

(9) En contra, LÓPEZ-GALIACHO PERONA considera que, respecto de la administración de los padres, hubiera sido correcta una remisión específica al artículo 166 del Código Civil (*ob. cit.*, pág. 50, nota a pie 41).

Es igualmente acertada la flexibilización del régimen de autorización judicial para los actos recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil (en este último artículo lo que se prevé es una aprobación judicial). Con ello, a la vez que se establece un sistema de control sobre la actuación de los administradores, para proteger los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad, se adecuan las reglas de administración del patrimonio protegido a las circunstancias especiales de cada caso concreto, dejando al arbitrio del juez la posibilidad de eximir a los administradores de la necesidad de obtener la autorización judicial en ciertos supuestos. Se evitan así muchos de los problemas que plantea dicha autorización en relación a la patria potestad y a la tutela, como, por ejemplo, el entorpecimiento que supone obtenerla para vender acciones que cotizan en bolsa. La solución adoptada por la ley de dejar en manos del juez la posibilidad de liberar al administrador de la necesidad de autorización judicial, atendiendo al caso concreto, para evitar que esta medida, impuesta en principio en beneficio de las personas con discapacidad, tenga un efecto contrario, es más acorde con los intereses de los beneficiarios del patrimonio protegido que el establecimiento en la propia ley de excepciones específicas, las cuales pueden ser convenientes en unos casos, pero no en otros.

Sería deseable el establecimiento de una regla similar en el Código Civil que atenuase la rigidez con la que está concebida la exigencia de autorización judicial de los artículos 166 y 271, puesto que en estos casos también estamos ante patrimonios administrados por personas distintas de su titular. Si, en el supuesto de administración de un patrimonio protegido, la posibilidad de prescindir de autorización judicial se prevé para establecer unas reglas de administración adecuadas al caso concreto, con la finalidad de proporcionar el mayor beneficio posible a la persona con discapacidad, tales consideraciones deberían tenerse presentes igualmente cuando se trata de la administración de patrimonios de menores o incapacitados.

Para RECOVER BALBOA, la flexibilización de la autorización judicial aporta algo nuevo en relación con la normativa anterior, y apunta a que, al menos, se establece una posible posición similar en la nueva y futura regulación de la jurisdicción voluntaria (10). Incluso, este autor aboga por empezar a con-

(10) El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, año 59, núm. extraordinario 1, 2005) no establece ninguna medida que suponga una flexibilización del régimen vigente de solicitud de autorización judicial, limitándose a regular el procedimiento para obtener dicha autorización en los casos en los que la legislación la requiera. Así, el artículo 100, titulado *Ámbito de aplicación* y recogido en el Capítulo VIII («De los actos de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores e incapacitados y de la transacción acerca de sus derechos») del Título III («La jurisdicción voluntaria en materia de personas») del Anteproyecto, establece: «Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en todos los casos en que, conforme a las leyes, se exija previa autorización judicial para realizar actos de disposición o gravamen

fiar en los padres y tutores, de forma que, en vez de solicitar autorización judicial, deban comunicar al juzgado lo que se va a realizar, y éste efectúe una valoración presumiendo *a priori* válida la actuación, y no al contrario; mostrándose partidario, además, de que algunas actuaciones de la jurisdicción voluntaria puedan pasar de la actuación judicial a la notarial, para que el fedatario público dé fe, documentalmente, de que el acto jurídico responde a los criterios legales establecidos, y ello porque hay que valorar la situación y la necesidad de la persona incapaz y la posición asumida por su tutor, que puede haber adoptado la mejor decisión para la administración del patrimonio de aquél, pero se ve obstaculizada por la mecánica judicial (11).

Sin embargo, MONTES REYES piensa que la exención de autorización judicial en determinados supuestos «no va a solucionar el problema, ya que la exención deberá ser concedida con anterioridad atendiendo a la «composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza» (art. 5.3). El problema es el mismo que para obtener la autorización» (12). Ciertamente, para obtener la exoneración de la autorización judicial habrá que seguir unos trámites y requerirá un periodo de tiempo más o menos largo, pero lo importante es que, una vez concedida, podrán realizarse actos sin necesidad de solicitar la autorización, lo cual, sin duda, supone una importante ventaja para los intereses del discapacitado. En efecto, es posible que, atendiendo a la composición del patrimonio, fuera necesario realizar un tipo concreto de actos con cierta frecuencia (por ejemplo, la venta de acciones que cotizan en bolsa, expuesto anteriormente); la dispensa de autorización judicial supone una agilización para la realización de esos actos y, consiguientemente, un beneficio para el patrimonio de la persona con discapacidad.

Cabe preguntarse si sería posible que el aportante eximiese de la necesidad de autorización judicial al administrador del patrimonio protegido.

En el caso del administrador especial de los bienes de menores e incapacitados nombrado por el disponente a título gratuito —regulado en los arts. 164 del Código Civil, para la patria potestad, y 227 del mismo Texto legal, para la tutela—, discute la doctrina sobre la posibilidad de que el

sobre bienes o derechos de menores o incapacitados y para transigir acerca de sus derechos» (vid. arts. 101 a 107).

(11) RECOVER BALBOA, T., «La próxima reforma de la jurisdicción voluntaria. Su incidencia en el ámbito de la tutela: nombramiento de tutor, rendición de cuentas, autorización judicial, remoción, excusa, subasta para venta de bienes... Propuesta de *lege ferenda*», en la obra *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pág. 341.

(12) MONTES REYES, A., «La próxima reforma de la jurisdicción voluntaria. Su incidencia en el ámbito de la tutela», en la obra *Discapacidad intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pág. 331.

disponente pueda eximir al administrador de la necesidad de autorización judicial, sobre todo por la afirmación del primero de los artículos citados de que «se cumplirá estrictamente la voluntad de éste (disponente a título gratuito) sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos» (13).

Sin embargo, en relación al patrimonio protegido, no encontramos en la Ley ninguna norma en la que basar la posibilidad de que el aportante libere al administrador de la necesidad de la autorización judicial. Lo único que se le permite al aportante, al hacer la aportación, es establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido (art. 4.3).

Por otro lado, el artículo 5 es claro al decir que, cuando el beneficiario no tenga capacidad de obrar suficiente, las reglas de administración estable-

(13) La mayoría de la doctrina admite que el disponente, ejercitando la facultad que tiene para establecer reglas especiales de administración, exima al administrador del requisito de la autorización judicial, dado que el precepto no recoge ninguna excepción a la regla de que se cumpla *estrictamente* la voluntad del disponente. Vid. ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, pág. 47; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1107; CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, I, 3.ª ed., Aranzadi, 1983, pág. 618; GONZÁLEZ LAGUNA, M., «Bienes de menores y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, septiembre-octubre, 1985, págs. 1181 y 1185; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, T. II, Reus, Madrid, 1957, pág. 54; MARTÍNEZ SANCHEZ, «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia», en *RDN*, núm. 132, 1986, págs. 148 y 149; RAMOS FOLQUÉS, R., «Enajenación de inmuebles del *filius-familias*», en *RCDI*, diciembre, 1945, núm. 211, pág. 795; RUBIO MARTÍNEZ, F., «La administración de los bienes de menores por persona designada por el disponente a título gratuito», en *Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Valladolid*, 1991, núm. 9, pág. 15; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pág. 177.

Las Resoluciones de 5 de noviembre de 1887, 16 de septiembre de 1890 y 25 de agosto de 1891 admiten también la posibilidad de establecer la no necesidad de autorización judicial.

DE PRADA GONZÁLEZ duda de que ello sea posible en el supuesto de administración confiada a los padres, aunque sea con modificaciones: «De una parte, los términos estrictos e imperativos del artículo no pueden ser objeto de modificación por vía testamentaria o de donación, pero reconocemos que no deja de ser incongruente que se acepte la posibilidad de liberar de dichas limitaciones por la vía de confiar la administración a un tercero y no poder hacerlo si la administración está confiada al padre» (*ob. cit.*, págs. 398 y 399).

En contra, LINACERO DE LA FUENTE, M.ª A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, cit., pág. 108, entiende que ello supone burlar lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil, precepto de orden público que constituye una garantía del patrimonio del menor. En el mismo sentido, PRATS ALBENTOSA, L., *Derecho de Familia* (VV.AA.), 1991, cit., pág. 471.

También parece contrario a la posibilidad de que el disponente a título gratuito exima al administrador especial de la autorización judicial FERNÁNDEZ GALBÍS, cuando afirma, respecto del administrador especial, que «la ineludible autorización judicial supone un importante filtro que evita cualquier acto dispositivo que no resulte necesario o conveniente para los intereses del menor» (*ob. cit.*, pág. 314).

cidas en el documento público de constitución deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos casos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, siendo el Juez el único que puede eximir de dicho requisito al administrador, cuando se den las circunstancias que el artículo cita y que acabamos de ver. A ello hay que añadir que, según el artículo 4.1, las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas para su constitución.

Hemos de elogiar también la supresión del requisito de la subasta pública para la enajenación de bienes o derechos que integran el patrimonio protegido, establecida en el último párrafo del artículo 5 de la Ley: «En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881».

El artículo 2.015 de la LEC de 3 de febrero de 1881 dispone que la venta de bienes o derechos pertenecientes a menores o incapacitados sometidos a tutela se ejecute en pública subasta, exigencia que, establecida en principio por el legislador para proteger los intereses de estas personas, no está exenta de importantes inconvenientes, que se han ido poniendo de manifiesto en la práctica: dilación en el tiempo, aumento de costes, valoración a la baja, reducción o ausencia de posibles compradores, riesgo de fraudes por la intervención de licitadores profesionales, etc. Por ello, la doctrina se muestra favorable a la supresión del requisito de la subasta pública, y a su no aplicación en el caso de la tutela, a tenor de una interpretación de las normas en función de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, como ordena el artículo 3.1 del Código Civil, argumentando, además, que los intereses de los menores e incapacitados quedan protegidos mediante el control judicial (14).

En la doctrina de las Audiencias Provinciales encontramos pronunciamientos en diversos sentidos.

Algunas resoluciones consideran necesaria la subasta pública para la venta de los bienes del incapacitado, manifestando que no puede entenderse derogado el artículo 2.015 de la LEC de 1881 —a pesar de que en el art. 271 del Código Civil, redactado conforme a la Ley de 1983, se suprime la exigencia de la subasta pública—, porque su redacción actual proviene de la Ley 15/

(14) Vid. ARAGONCILLO IBEAS, A., *Tutela*: «Especial estudio de la enajenación de bienes de menores e incapacitados», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, págs. 322 a 326, y GARCÍA-NOBLEJAS SANTAOLALLA, I., «La próxima reforma de la jurisdicción voluntaria. Su incidencia en el ámbito de la tutela», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, págs. 334 y 335.

1989, de 29 de mayo; poniendo de manifiesto, además, su carácter imperativo: «si lo que se quiere es vender bienes de un incapaz, salvo en el caso de que el mismo sea un menor de edad, el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, exige la venta en pública subasta. Y no puede entenderse que se trate de un precepto obsoleto o derogado, pues el mismo fue redactado con arreglo a la Ley 15/1989, de 29 de mayo; por lo tanto, se trata de una norma redactada no hace mucho tiempo, respecto de la que la derogación u obsolescencia no puede ser mantenida» (AAP de Burgos de 7 de junio de 2001, Fundamento Jurídico 3.º) (15); «sin que por lo demás exista la alegada contradicción entre el artículo 271 del Código Civil y el artículo 2.015 de la LECiv en cuanto en el primero de dichos preceptos se regulan los actos para los que el tutor necesita autorización judicial y en el artículo 2.015 de la LECiv se establece la forma en que deben enajenarse determinados bienes de menores e incapacitados, precepto imperativo y que además se ubica en el contexto de un procedimiento que no puede considerarse excesivamente gravoso para los intereses del incapaz, que pretenden preservarse a través del mismo» (AAP de Lleida de 18 de marzo de 2005, Fundamento de Derecho 1.º) (16), procedimiento que «viene regulado en los artículos 2.016 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pudiéndose admitir postura que no cubra el valor dado a los bienes (art. 2.018 LECiv) y pudiendo el tutor, caso de no existir postura admisible, instar que se le tenga por apartado y se sobresea el expediente, o bien que se le autorice para la venta extrajudicial por el precio y las condiciones que sirvieron para la subasta, o bien, que se anuncie una segunda subasta con la rebaja de un 20 por 100 en el precio (art. 2.019 LECiv)» (AAP de La Rioja, de 3 de mayo de 2002, Fundamento de Derecho 2.º) (17).

Por el contrario, otras resoluciones prescinden del requisito de la subasta pública, en base a que no ofrece mayores garantías y resulta excesivamente onerosa y, por ello, menos beneficiosa para los intereses de los tutelados, criterio este que informa y preside la función tutelar (art. 216 del Código Civil) (18), o se muestran contrarias a convertir la subasta pública en una exigencia absoluta, siendo factible su flexibilización o matización en casos puntuales, operándose en este aspecto con criterio restrictivo, y así admitir

(15) *JUR* 2001/236850.

(16) *JUR* 2005/103318.

El carácter imperativo del artículo 2.015 de la LEC de 1881 ya había sido puesto de manifiesto con anterioridad por diversas Resoluciones; así, AAP de La Rioja, de 24 de octubre de 2001 (*JUR* 2002/17215); AAP de Madrid, de 9 de julio de 2002 (*JUR* 2002/227329); AAP de Toledo, de 24 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/112503).

(17) *JUR* 2002/193290. En el mismo sentido, SAP de Granada, de 15 de abril de 2003 (*AC* 2003/1070).

(18) AAP de Zaragoza, de 19 de junio de 2001 (*AC* 2001/229125) y AAP de Baleares, de 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28349).

la autorización judicial para la venta de inmuebles directa cuando existan razones de urgencia y se garantice en mayor medida el interés del incapacitado (19).

Al respecto, el AAP de Ciudad Real, de 10 de abril de 2003, dice que los artículos 2.011 y siguientes de la LEC de 1881, en lo referente a la necesidad de venta de bienes inmuebles del incapaz en pública subasta, «sólo pueden ser interpretados como requisito establecido en su día en beneficio del mismo, y por otra parte, es claro que las normas deben ser interpretadas conforme a la realidad social del momento en el que hayan de ser aplicadas, según dispone el artículo 3 del Código Civil, siendo evidente que la exigencia de venta en subasta pública supone lentitud en la resolución del conflicto, contraria a la supuesta necesidad de obtener liquidez, que es lo que se busca con la venta y no supone una mayor garantía de la que puede otorgarse mediante la imposición de determinadas condiciones por el Juez, bajo la supervisión del Ministerio Fiscal, además la fijación final de un precio, es una situación de libre concurrencia en el mercado inmobiliario siempre preferible a la rigidez del procedimiento establecido en los artículos 2.011 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A todo esto debe añadirse que la actual Ley de Enjuiciamiento Civil mira con desconfianza la tradicional subasta, especificando en el apartado XVII de su Exposición de Motivos el literal siguiente: «Con independencia de las mejoras introducidas en la regulación de la subasta, la ley abre camino a vías de enajenación forzosa alternativas, que, en determinadas circunstancias, permitirán agilizar la realización entre ejecutante y ejecutado y la posibilidad de que, a instancia del ejecutante o con su conformidad, el Juez acuerde que el bien que se enajene lo sea por persona o entidad especializada, al margen, por tanto, de la subasta judicial». La plasmación legislativa de lo anteriormente reseñado se encuentra en el artículo 636 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Razonamiento Jurídico 3.º) (20).

Este artículo, titulado *Realización de bienes o derechos no comprendidos en los artículos anteriores*, se halla incardinado en la Sección 1.ª («Disposiciones generales para la realización de los bienes embargados») del Capítulo IV («Del procedimiento de apremio») del Título IV («De la ejecución dineraria») del Libro III («De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares») de la vigente LEC, y prevé la realización de los bienes en la forma

(19) SAP de Cantabria, de 17 de septiembre de 2002 (AC 2002/1554). En el caso, la Audiencia considera que se da una situación especial que justifica la admisión de la venta sin necesidad de pública subasta, al existir una oferta concreta, individualmente detallada tanto respecto a la persona que la realiza como del precio, ofreciéndose condiciones de transparencia, y al advertirse que el precio ofrecido es más ventajoso para la tutelada que el que pudiera obtenerse en subasta pública (Fundamento de Derecho 3.º).

En el mismo sentido, AAP de Madrid, de 24 de diciembre de 2004 (JUR 2005/36659).

(20) JUR 2003/142983. Vid., también, AAP de Barcelona, de 23 de abril de 2004 (JUR 2004/150955) y AAP de Toledo, de 19 de abril de 2005 (JUR 2005/105986).

convenida entre las partes e interesados y aprobada por el tribunal, con arreglo a lo previsto en el artículo 641 del mismo texto legal. A falta de convenio de realización, la enajenación de los bienes se llevará a cabo mediante alguno de los siguientes procedimientos: 1.º Enajenación por medio de persona o entidad especializada, en los casos y en la forma previstas en la Ley (cfr. arts. 641 y 642); 2.º Subasta judicial (arts. 655 a 675).

Los argumentos expuestos en torno a la conveniencia de no acudir al mecanismo de la subasta pública para la enajenación de bienes inmuebles por el tutor han hecho que el legislador suprima —como decíamos, con acierto— dicho requisito para la enajenación de los bienes inmuebles integrantes del patrimonio protegido en el artículo 5 de la Ley (21); precepto de gran importancia, pues su influencia trasciende el ámbito del citado patrimonio, tomándose como referente para evitar la subasta pública en la venta de los bienes inmuebles del tutelado.

Debe destacarse el Auto de la AP de Cáceres, de 12 de marzo de 2004, que aplicó analógicamente el último párrafo del artículo 5 de la Ley 41/2003 para permitir la enajenación de bienes de la incapacitada sometida a tutela sin necesidad de acudir a la pública subasta. Dice el Auto que este artículo «es susceptible de aplicación analógica en la medida en que, con el máximo rigor, en poco o en nada difiere la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de bienes de personas declaradas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquéllas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para éstas, si bien se estima necesario que el Órgano Jurisdiccional adopte las medidas de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas y pertinentes en beneficio del tutelado de conformidad con lo establecido en el artículo 233 del Código Civil» (Fundamento de Derecho 2.º) (22).

En definitiva, la administración del patrimonio protegido se sujetará a las reglas establecidas en el título constitutivo, con la particularidad de que, cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el propio beneficia-

(21) Siguiendo esta línea, el artículo 104 del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, titulado *Petición simultánea de autorización de venta extrajudicial*, establece:

«1. Podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta extrajudicial directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada.

2. En tal caso, deberán expresarse y justificarse razones de urgencia y mejor conveniencia para los intereses del menor o incapaz, acompañarse dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate o solicitar que se proceda a su tasación por perito designado por el tribunal, y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar».

(22) *JUR* 2004/97010. Idéntica solución adopta el AAP de Cádiz, de 21 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/144287).

rio, dichas reglas deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado (arts. 271 y 272 del Código Civil). El problema puede plantearse si las normas establecidas en el título constitutivo resultan insuficientes para la correcta administración del patrimonio.

LUCINI NICÁS encuentra censurable que la Ley no contenga alguna prevención para el caso de que las normas establecidas sean insuficientes o ambiguas, sometiendo esta eventualidad a alguna cautela o regulación de mínimos, si bien la cuestión podría resolverse por la remisión a las normas de la tutela, lo que —dice este autor— no deja de ser insuficiente, pues puede dar lugar a contiendas judiciales sobre la interpretación, sentido y alcance de las normas de administración (23). Por el contrario, HERBOSA MARTÍNEZ considera que «tal previsión resultaría innecesaria, pues el contenido general de la administración ya está determinado por el citado artículo 5.4 de la Ley, respetando las previsiones concretas que, en su caso, hayan podido establecerse» (24).

Al respecto, LÓPEZ-GALIACHO PERONA afirma que, si la administración se hubiera encomendado a los padres del beneficiario que ejerzan la patria potestad, por tratarse de un menor de edad no emancipado o siendo ya mayor por haberse prorrogado la misma, el ejercicio del cargo de administrador estará sujeto a la normativa propia de ésta (arts. 154 y sigs. del Código Civil), mientras que, si es el tutor, el curador o el guardador de hecho el que está encargado de la administración, lo estará a las normas de la tutela o de la curatela (25). No obstante, como apunté anteriormente, es más acertado el establecimiento de un criterio uniforme en relación a las reglas de administración del patrimonio protegido, toda vez que las circunstancias en las que se pueden encontrar el administrador con respecto del beneficiario son muy variadas, y además, en materia de solicitud de autorización judicial, la ley se remite a las normas de la tutela (arts. 271 y 272 del Código Civil), tanto si el administrador es el tutor como si lo son los padres, el curador o un tercero, cuando podía haber hecho también referencia al artículo 166 del Código Civil, que es el que regula los actos que precisan autorización judicial en sede de patria potestad.

En relación al régimen jurídico aplicable, el artículo 1 de la Ley dice, en su número segundo, que «el patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para

(23) LUCINI NICÁS, J. A., *ob. cit.*, pág. 1627.

(24) HERBOSA MARTÍNEZ, I., «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», en *Act. Cív.*, núm. 16, septiembre, 2005, pág. 1942.

(25) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 50.

regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil», relativos a la incapacitación, y a la tutela, curatela y guarda de los menores o incapacitados, respectivamente.

En general, afirma el autor citado en último lugar, sobre la administración y la gestión del patrimonio, y ante el silencio que ofrece la Ley 41/2003, que serán aplicables las reglas del Código Civil en sede de tutela que se van a exponer a continuación, y especialmente las que dedica al tutor que se encarga, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, sólo de sus bienes (arts. 235 y concordantes del Código Civil) (26):

- La actuación del administrador se ejercerá siempre en beneficio del discapacitado (art. 216 del Código Civil).
- El administrador que, en el ejercicio de su función, sufra daños y perjuicios, tendrá derecho a una indemnización con cargo a los bienes del tutelado, de no obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220 del Código Civil).
- Se prohíbe que el administrador reciba liberalidades del beneficiario discapacitado; que le represente cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; y queda impedido para adquirir a título oneroso bienes del discapacitado o transmitirle bienes por igual título (art. 221 del Código Civil).
- Si no hubiera administrador designado o, habiéndolo, no acepta el cargo, pueden ser llamados a la administración, y por el orden que establece, las personas designadas en el artículo 234 del Código Civil. Esta disposición sería especialmente aplicable en el caso de que el Juez ordenara la constitución del patrimonio protegido en medidas cautelares sobre el patrimonio del discapacitado presunto incapaz o en la sentencia de incapacitación, aunque siempre le cabe designar a quien por sus relaciones con el discapacitado, y en beneficio de éste, considere más idóneo.
- En cuanto a la retribución a percibir por el administrador del patrimonio, si no se hubiera fijando en las reglas de administración o si no hubiera renuncia expresa de aquél para cobrarla, se aplicará el artículo 274 del Código Civil, cuando dispone que «el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes».

(26) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, págs. 50 a 52.

- Extinguido el patrimonio protegido, o en caso de cese o renuncia en el cargo de administrador, podrá exigirse a éste la rendición de cuentas a que se refiere el artículo 279 del Código Civil, cuando señala que «al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogable por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo». El contenido de los artículos 280 a 285 del Código Civil también le sería exigible.

B) *Especial referencia a la facultad de representación*

El artículo 5.7 de la Ley otorga al administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, «la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia». Dicha representación se hará constar en el Registro Civil (art. 8.1).

La razón de otorgar esta representación estriba en la posibilidad de que el administrador del patrimonio protegido sea una persona distinta de los padres o tutores, a los que legalmente corresponde la administración del resto del patrimonio de la persona con discapacidad, en cuyo caso no será preciso el concurso de éstos para la validez y eficacia de los actos de administración realizados por aquél.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la persona beneficiaria del patrimonio protegido ha de estar afectada por unos determinados grados de minusvalía, con independencia de que concurren o no en ella las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, haya sido o no incapacitada judicialmente (apartado II, párr. 4.º EM), los padres de un mayor de edad con discapacidad, pero no incapacitado y, por tanto, no sometido a patria potestad prorrogada ni rehabilitada, pueden ser administradores del patrimonio protegido constituido en beneficio de su hijo (vid. arts. 2 y 5); y considerando, además, que el artículo 5.7 matiza que «tendrá la condición de representante legal» cuando el administrador «no sea el propio beneficiario del mismo», hemos de concluir que este artículo no sólo se aplica cuando el administrador es una persona distinta de los padres o tutores, sino también cuando lo sean aquéllos y no ostenten la representación legal del discapacitado respecto del resto de su patrimonio por no hallarse éste incapacitado.

La expresa atribución de representación legal al administrador del patrimonio protegido tiene sentido también cuando la administración corresponde

al curador, puesto que, como sabemos, éste no es representante legal del incapacitado, solamente complementa su capacidad, es decir, tiene una labor de asistencia para los actos que el incapacitado no puede realizar por sí mismo.

Sin embargo, este razonamiento, encuentra un obstáculo en la Exposición de Motivos de la Ley, la cual, en su apartado V, párrafo 9.º, al hablar sobre las medidas de publicidad registral que adopta la Ley, dice que, «cuando la administración del patrimonio protegido no corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores, la representación legal que el administrador ostenta sobre el beneficiario del patrimonio para todos los actos relativos a éste debe hacerse constar en el Registro Civil». Teniendo en cuenta que los padres pueden ser administradores del patrimonio protegido de su hijo sin tener sobre éste representación legal y que el curador en ningún caso puede considerarse como representante legal del incapacitado, la representación que el artículo 5.7 les atribuye sobre el patrimonio protegido debe tener acceso, igualmente, a la publicidad registral prevista para el resto de los supuestos, o ¿acaso la Ley, además de no haber tenido presente como posible caso incluíble en el supuesto de hecho del artículo 5.7 el de los padres no representantes legales de su hijo, considera al curador como un representante legal y, por eso, lo excluye de la publicidad registral del artículo 8.1? Pienso que se trata simplemente de una descoordinación entre lo dispuesto en la Exposición de Motivos y el articulado de la Ley y, dado que el artículo 5.7 se refiere al administrador del patrimonio protegido «cuando no sea el propio beneficiario del mismo», sin hacer más distinción, y que el artículo 8.1 se remite de forma general a la representación atribuida en el citado artículo 5.7, ha de llegarse a la conclusión de que los dos supuestos anteriores se hallan comprendidos en ambos preceptos.

La Ley dispone el otorgamiento de representación al administrador del patrimonio protegido, que califica de legal; pero ¿realmente nos encontramos ante un supuesto de representación legal?

Para resolver esta cuestión es preciso, por un lado, hacer una breve referencia al concepto y a las notas características de la representación legal y, por otro, distinguir según que el beneficiario posea o no capacidad de obrar suficiente, y tener en cuenta las facultades del administrador en uno y otro caso.

El ordenamiento jurídico prevé la institución de la representación legal como medio para proteger los intereses de las personas menores o incapacitadas, ya que, por las concretas circunstancias en las que se encuentran, precisan una especial atención por parte de los poderes públicos.

Dice LACRUZ que «una persona representa a otra cuando actúa facultada por ella o por la ley, como si fuera ella, en nombre de ella, y por consiguiente, recayendo en ella las consecuencias de los actos jurídicos realizados en

esas condiciones» (27). En el primer caso, es decir, cuando una persona (representante) actúa facultada por otra (representado), la representación tiene su origen en la voluntad de éste último (representación voluntaria); en el segundo, o sea, cuando es la ley la que legitima al representante, la posibilidad de actuación de éste en la esfera jurídica del representado se encuentra prevista y regulada en la ley (representación legal).

El doble origen de la representación se recoge en el artículo 1.259 del Código Civil: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal».

Los supuestos para los que la ley prevé la figura de la representación legal son los siguientes:

- a) El de los padres, titulares de la patria potestad, respecto de los hijos menores no emancipados y, en algunos casos, respecto de los mayores de edad incapacitados (arts. 154.2, 162.1 y 171 del Código Civil).
- b) El del tutor, en relación a los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad y a los incapacitados no sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada (arts. 222 y 267 del Código Civil).
- c) El del defensor judicial, respecto de los menores e incapacitados, en los asuntos en que exista conflicto de intereses entre ellos y sus representantes legales o cuando el tutor no desempeñe sus funciones (arts. 163 y 299 del Código Civil).
- d) El del defensor del desaparecido (art. 181 del Código Civil) y el del representante del declarado ausente (art. 184 del Código Civil).
- e) El del concebido y no nacido (art. 627 del Código Civil).

De estos supuestos se desprenden una serie de notas caracterizadoras de la representación legal, puestas de manifiesto por DE CASTRO:

«1. Existe el *númerus clausus* y una estricta tipificación legal. Creación de la ley, ella señala facultades del representante, límites de sus poderes y, en su caso, organismos de control.

2. El representante no depende de la voluntad del representado, de lo que éste declara en el poder o en unas instrucciones a las que deba arreglarse. Cuando se habla de extralimitación o abuso de poder del representante legal se hace referencia a la extensión de las funciones confiadas por las disposiciones legales o determinadas por los organismos de los que dependa.

3. El representante recibe, en general, poderes indeterminados de administración sobre un patrimonio o unos bienes. Lo que ha determinado que, entre los autores, no se haya sentido repugnancia para admitir que el representante

(27) LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 269.

legal pueda actuar como representante indirecto y respecto de actos no negociales. Bastará que actúe dentro del círculo de la administración confiada, para que se entienda que está obrando en concepto de representante.

4. Muestra a las claras el alejamiento de la representación legal del ámbito de la autonomía de la voluntad, el que haya casos en que la representación viene automáticamente impuesta al representante (art. 155) y en que es irrenunciable, a no ser en virtud de causa legítima, debidamente justificada (art. 202).

5. En el Registro Civil existe la sección cuarta, titulada «De las tutelas y representaciones legales» (arts. 88-91 LRC). En ella se inscribirán, se nos dice: «el Organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones» (art. 88 LRC). Esta disposición no se concreta a las representaciones legales que afecten directa o indirectamente al estado civil y a la capacidad de la persona, como parecía natural; se extiende a la administración del caudal relicto (art. 89 LRC) y a los cargos de albaceas, depositarios, administrador e interventor judiciales, síndicos o cualesquiera otros representantes que tengan mandamiento especial y asuman la administración y guarda de un patrimonio (art. 283, párr. final, Reg. LRC). Señalándose expresamente también que no están sujetos a inscripción los apoderamientos voluntarios (art. 284, núm. 4.º, Reg. LRC)» (28).

Vistas las notas caracterizadoras de la representación legal, debemos ocuparnos de las diferencias existentes entre ésta y la representación voluntaria, de las cuales, la más importante es la relativa al distinto fundamento o función de una y otra. La representación voluntaria supone un medio para ampliar las posibilidades de actuación jurídica del representado, valiéndose voluntariamente de la actividad ajena para llevar a cabo actos respecto de los cuales el interesado tiene capacidad suficiente para realizarlos por sí mismo. Por el contrario, la representación legal se fundamenta en la necesidad de suplir la falta de capacidad de obrar del representado, o evitar las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse para un patrimonio cuando carece de titular o cuando el titular del mismo no está en condiciones de asumir su gestión (29).

Además, ARAGONÉS (30) establece las siguientes notas diferenciales entre uno y otro tipo de representación:

(28) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 132 y 133.

(29) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, I-1.º, Bosch, Barcelona, 1979, págs. 960 y 961; LÓPEZ/MONTÉS/CAPILLA/ROCA/VALPUESTA, *Derecho Civil. Parte General*, 3.ª ed., 1998, disponible en *tirantonline.com*, epígrafe núm. 2.16.22, título «La representación legal», ref. 163901; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Curso de Derecho Civil*, I (VV.AA.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 378.

(30) ARAGONÉS, J., «Notas sobre la representación legal en el Código Civil», en *RCDI*, marzo, 1933, núm. 99, págs. 193 a 195.

- Al ser la representación legal una medida tuitiva o de protección, el legislador estatuye una serie de fiscalizaciones o garantías en su ejercicio (por ejemplo, la autorización judicial de los arts. 166 y 271 del Código Civil), de las que está exenta la representación voluntaria, la cual no está sujeta a más control ni formalidades que las que el mandante quiera adoptar.
- En cierto aspecto, la representación legal es más extensa que la voluntaria y, en otros, más restringida. Es más extensa en cuanto que el representante legal ha de proveer no sólo a las atenciones que exija el patrimonio del representado, sino también a la persona del mismo (31). Es más restringida en cuanto que la representación voluntaria puede revocarse por la libre voluntad de quien la confiere, expresa o tácitamente (art. 1732.1.º del Código Civil), mientras que la legal termina fatal y necesariamente cuando cesaron las causas que la motivaron o cuando el representante es separado del cargo por la autoridad competente, en virtud de causas predeterminadas, suficientemente justificadas y en oportuno procedimiento.
Por otro lado, la representación voluntaria puede extinguirse por libre renuncia del representante (art. 1732.2.º del Código Civil), mientras que la legal, en unos casos, no puede ser renunciada (caso de los padres) y, en otros, para que la renuncia sea válida y capaz de producir los consiguientes efectos, es necesario que se funde en una de las causas que la ley tiene establecidas (caso del tutor). En la representación voluntaria, el representante puede sustituir o delegar el poder a favor de otra persona (art. 1.721 del Código Civil); en cambio, en la legal, el representante no puede delegar su representación, excepto

(31) En este sentido, LACRUZ dice que el aspecto funcional de la representación legal «se conjuga con otras misiones (a veces más importantes) confiadas al representante, en el marco de una institución superior, en la que aquella se inserta y éste es su valedor. Así, en la patria potestad, acompaña a las de crianza, educación y formación integral (art. 154); respecto de los incapaces, a las de alimentarlos, educarlos y promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su inserción social (art. 269); en cuanto a los ausentes, a la de búsqueda de su persona (art. 184).

(...)

La facultad de actuar *erga omnes* con efectos sobre el patrimonio del representado es aquí, pues, un instrumento al servicio de otras finalidades. El *poder* que confiere la ley no constituye una atribución unilateral de posibilidades de actuación en nombre ajeno, sino uno de los medios que se ponen a disposición del representante para el cumplimiento de su misión; y se halla en íntima relación con la misión misma, que modaliza su uso (el del poder) incluso frente a los terceros. Los cuales no tratan con un simple apoderado, sino con un padre o madre, un tutor, un representante del ausente, etc., provistos de un elenco de facultades y deberes diseñado por la ley; en consecuencia los terceros son corresponsables del abuso notorio o conocido de las facultades de tales representantes» (*ob. cit.*, pág. 312).

para actos puramente administrativos o ejecutivos, precisamente porque la ley se ha fundado para otorgársela en vínculos de parentesco y afecto, que suponen insustituible garantía en beneficio del representado; por esto, cuando por incompatibilidad de intereses, en determinados asuntos, entre representante y representado se presume que aquella garantía pueda debilitarse, la ley exige un nuevo representante, el defensor judicial.

- La representación voluntaria es gratuita, salvo pacto en contrario (art. 1.711 del Código Civil); sin embargo, la representación legal es casi siempre retribuida, pues la ley establece unos mecanismos para que, bajo determinadas circunstancias, el representante pueda también beneficiarse del patrimonio del representado (arts. 165, 186 y 274 del Código Civil).

A pesar de la existencia de importantes diferencias entre la representación legal y la representación voluntaria, la opinión mayoritaria sostiene que ambas son especies de una misma figura jurídica, la representación en general, puesto que tanto en una como en otra se manifiesta la esencia de todo fenómeno representativo: una persona (representante) actúa por cuenta de otra (representado), con la consiguiente producción de efectos en la esfera jurídica de esta última (32).

Dado que la representación legal es una especie de la representación en general, cabe preguntarse, en relación a la forma de actuación del representante, si ésta podría ser, además de en nombre del representado (representación directa), en nombre propio pero por cuenta y en interés de aquél

(32) ALBALADEJO GARCÍA, M., «La representación», en *ADC*, julio-septiembre, 1958, págs. 790 a 792; ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, pág. 14; DE CASTRO BRAVO, F., *ob. cit.*, pág. 131; DíEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979, págs. 50 y 289; LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *ob. cit.*, págs. 273 y 309; PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B., *Representación, poder y mandato*, Porrúa, México, 1989, pág. 79; PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, págs. 959 y 960; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *ob. cit.*, pág. 378; SERNA MEROÑO, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII, vol. 1.º A, Edersa, Madrid, pág. 547; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, págs. 66 y 67.

No obstante, MOSCO (*La representación voluntaria*, trad. esp., Barcelona, 1963) matiza esta conclusión: «Las numerosas y sustanciales diferencias entre la representación legal y la representación voluntaria que la breve investigación anterior han puesto en claro, tanto desde el punto de vista conceptual como desde el punto de vista de la disciplina positiva, inducen a afirmar que las dos formas de representación, aun siendo englobadas en un solo género para algunos autores comunes, constituyen, sin embargo, dos especies diferentes claramente distintas, y en algún aspecto contrapuestas» (págs. 29 y 30). La breve investigación mencionada por el autor se refiere al estudio que realiza sobre las diferencias entre la representación legal y la representación voluntaria con relación a la naturaleza del poder y su contenido, a los requisitos subjetivos del representante, al ejercicio del poder y a las causas de extinción de este último (págs. 22 a 30).

(representación indirecta), igual que ocurre en la representación voluntaria. El silencio del legislador puede llevarnos a pensar en una respuesta afirmativa; sin embargo, la especial misión del representante legal y la conveniencia de que la situación aparezca lo más clarificada y dotada de certidumbre posible parecen requerir, como regla general, la representación directa (33).

Volviendo a la regulación del patrimonio protegido, el beneficiario, si no tiene capacidad de obrar suficiente, no podrá realizar actos relacionados con la administración del mismo, necesitando, por ello, una persona que lo gestione en su nombre, es decir, una persona que lo represente, como ocurre en la administración del patrimonio ordinario de menores y de incapacitados sometidos a patria potestad o a tutela; por tanto, en estos casos está justificado el calificativo de legal que la ley otorga a la representación del administrador.

Pero no puede decirse lo mismo en los supuestos en los que el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente.

Como veíamos, la representación legal tiene su fundamento en la necesidad de suplir la falta de capacidad de obrar del representado, o evitar las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse para un patrimonio cuando el titular del mismo no está en condiciones de asumir su gestión; por tanto, se trata de una medida que el ordenamiento jurídico prevé para la protección de determinadas personas, y, como tal medida tuitiva, el legislador estatuye una serie de fiscalizaciones o garantías en su ejercicio (por ejemplo, la autorización judicial de los arts. 166 y 271 del Código Civil), de las que está exenta la representación voluntaria, por la sencilla razón de que, en esta última, el representado, al ser una persona capaz, puede intervenir en la actuación del representante, cosa que no ocurre en la representación legal.

Teniendo en cuenta el fundamento y las características de la representación legal, hemos de concluir que la representación otorgada al administrador por la Ley 41/2003 cuando el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente presenta más similitudes con la representación voluntaria que con la legal (34). Prueba de ello es el hecho de que la propia Ley exige al administrador, en este caso, de la necesidad de autorización judicial, por entender, a mi juicio, que al tener el beneficiario capacidad de obrar suficiente puede supervisar la actuación del administrador, de forma que la autorización judicial carecería de justificación.

(33) DíEZ-PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 290; EGEA FERNÁNDEZ, J., «El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela», en *RJC*, núm. 1, 1986, pág. 90, y LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *ob. cit.*, pág. 312.

(34) PEREÑA VICENTE dice que «este supuesto se aproxima más a un representante voluntario porque el representado tiene capacidad y en la representación legal está presente la idea de que el representado no tiene capacidad» («El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Act. Cív.*, núm. 15, septiembre, 2004, pág. 1771).

Según LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «aunque en un primer momento del tenor literal del artículo 5.7 (...), pudiera desprenderse que también tendría la consideración de representante legal, el administrador nombrado por el beneficiario constituyente de su propio patrimonio, esta interpretación debemos rechazarla porque nadie puede arrogarse la representación legal de quien no está incapacitado, crea además su patrimonio, y decide no administrarlo directamente, sino a través de un tercero o terceros, quien, por otra parte, no deja de ser un representante directo o indirecto suyo» (35).

Ahora bien, si el beneficiario, inicialmente con capacidad de obrar suficiente, la pierde en un momento posterior, el administrador quedará sujeto a la necesidad de recabar autorización judicial para los actos recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil. Ni que decir tiene que, si el beneficiario que pierde la capacidad de obrar es además el administrador del patrimonio, la administración del mismo pasará a cargo de la persona designada como representante legal de aquél tras su incapacitación, o a otra persona distinta si así lo ha previsto el constituyente, la cual deberá solicitar autorización judicial en los casos citados.

PEREÑA VICENTE (36) se plantea el supuesto de que «en el documento constitutivo el beneficiario/constituyente se anticipe y prevea su posible y futura pérdida de capacidad, en cuyo caso, se aplicarán las reglas que él mismo haya previsto. En este caso, el problema surge cuando la previsión sea que la persona encargada de la administración, continuará ésta sin necesidad de autorización judicial a pesar de la incapacitación del constituyente. Puede interpretarse que, este supuesto es asimilable a un mandato que se otorga en previsión de la futura incapacitación y que, por tanto, será aplicable el artículo 1.732, reformado también por esta Ley, que prevé la no extinción del mismo por la incapacitación del mandante, aunque sí podrá extinguirse por resolución judicial».

En definitiva, sólo puede hablarse de representación legal en el caso de beneficiarios que no tengan capacidad de obrar suficiente.

No obstante, RIVERA ÁLVAREZ entiende que este caso debe tratarse dogmáticamente como un supuesto de representación voluntaria: «la administración separada que se establece convencionalmente debe encuadrarse, si se confiere facultades de actuación por cuenta ajena, dentro de un supuesto de representación voluntaria y no de representación legal. Es cierto que, a partir del hecho de la minoría de edad o/e incapacitación, el apoderamiento no se confiere por el representado, sino por el que constituye el patrimonio protegido. El nacimiento de la representación es puramente convencional y por lo tanto no se puede hablar consecuentemente de caso de representación legal;

(35) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 50.

(36) PEREÑA VICENTE, M., *ob. cit.*, pág. 1770.

si bien tampoco debe considerarse un contrato a favor de tercero —de los establecidos en el art. 1.257, 2.º párrafo del Código Civil—. Y ello, a pesar de que, equívocamente, el artículo 5.7 de la Ley 41/2003, hable de representante legal, por cuanto lo que debe entenderse es que, designado un tercero como administrador, no hay que ir directamente al documento de constitución para conocer si tiene o no facultades representativas, sino que *ex lege* se confieren. A esta conclusión se llega interpretando la Ley no sólo teniendo presente la nueva categoría de patrimonio protegido sino también la nueva regulación del artículo 1.732 del Código Civil» (37).

Y considera adecuado el calificativo de voluntaria de la representación otorgada al administrador del patrimonio protegido a pesar de la posibilidad recogida en la Ley de que sea el Juez el que constituya dicho patrimonio o nombre al administrador, pues, «la intervención judicial para constituir el patrimonio protegido no implica alterar la naturaleza voluntaria ya que pretende que no queden frustradas las expectativas de creación del patrimonio protegido —en caso de que el beneficiario no tenga capacidad suficiente de obrar— cuando un aportante de bienes y derechos hace el ofrecimiento para constituir un patrimonio protegido y los padres, tutores y curadores se negaren injustificadamente a constituirlo. Obrando como un supuesto de sustitución legal de la voluntad negocial de constitución del patrimonio protegido» (38).

Cuando el beneficiario no tiene capacidad de obrar suficiente, el nombramiento de administrador no lo hace él, sino un tercero o, en su caso, el Juez, de donde se deduce que no podemos estar ante un supuesto de representación voluntaria. Por otro lado, hay que tener presente las características de dicha representación vistas anteriormente; ninguna de ellas se da en la representación ejercida por el administrador del patrimonio protegido, fundamentalmente el alejamiento de ésta del ámbito de la autonomía de la voluntad, de modo que el representante no depende de la voluntad del representado. Por último, si las facultades representativas se las otorga la ley al administrador, ello quiere decir que el origen de la representación del mismo se halla en la ley, lo cual es consustancial a la representación legal.

3. APORTACIONES DE BIENES O DERECHOS AL PATRIMONIO PROTEGIDO

A) Régimen jurídico

El artículo 1.1 de la Ley establece que el objeto de ésta es «favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afec-

(37) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit., págs. 56 y 57.

(38) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit., pág. 68.

ción de tales bienes y derechos, así como sus frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad».

Los bienes y derechos que componen el patrimonio protegido no son únicamente los aportados en el momento de la constitución del mismo [art. 3.3.a)], pues es posible que con posterioridad cualquier persona, con el consentimiento de la persona discapacitada, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, realice aportaciones de bienes o derechos al patrimonio, las cuales deberán hacerse siempre a título gratuito, no pudiéndose someter a término (art. 4.2, párr. 1.º). Así pues, la salida de los bienes del patrimonio protegido únicamente podrá producirse por la extinción del mismo; no obstante, el aportante podrá establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, al equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido (art. 4.3). Si aquéllos negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al Fiscal, quien instará del Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad (art. 4.2, párr. 2.º).

En definitiva, la aportación podrá hacerla, según el artículo 4, el titular-beneficiario o un tercero —cualquier persona distinta de aquél, incluidos los padres, tutores o curadores— en el momento de la constitución o en un momento posterior. Ahora bien, las realizadas por un tercero deberán hacerse a título gratuito, estando sometidas a las reglas de la donación (de forma que pueden rescindirse por estar hechas en fraude de acreedores, revocarse por las causas establecidas en el Código Civil o reducirse por inoficiosas) y no podrán someterse a término (39).

Para HERBOSA MARTÍNEZ, aun cuando pueda parecer justificado, en cierta medida, que no se admita el término final, pues quizá con ello se podrían crear expectativas de una situación económica que no podría mantenerse cuando el término llegue, este argumento no es muy convincente, porque ya se sabe de antemano el carácter temporal de la aportación y, obviamente, es mucho mejor disfrutar de unos bienes durante un determinado período de tiempo que no llegar a hacerlo. La prohibición del término inicial tiene aún menos sentido, pues parece totalmente comprensible que se aporten unos bienes a partir de cierto día, sobre todo teniendo en cuenta que lo dispuesto en esta Ley tiene bastante de previsión de futuro. Por ello, la autora no alcanza a comprender el sentido de la prohibición del término; bien es verdad que se podría pensar que esta prohibición es, en realidad, un beneficio en

(39) MARTOS CALABRÚS, M.ª A., «El patrimonio protegido de la persona discapacitada (Ley 41/2003, de 18 de noviembre)», en *Tendencias actuales en el Derecho de familia* (VV.AA.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 2004, pág. 150.

cuanto que obliga a hacer las aportaciones con carácter definitivo, pero también lo es que puede disuadir a quien podría hacer una aportación limitada en el tiempo (40).

Tiene razón la autora al criticar la prohibición de hacer aportaciones a término contenida en la Ley, pues si dicha prohibición puede dar lugar a que una persona que esté dispuesta a hacer una aportación por un período determinado de tiempo no la haga porque no quiera realizarla con carácter definitivo, ello sería contrario al principio del mayor interés de la persona con discapacidad, puesto que se estaría privando a ésta de obtener un beneficio, sobre todo si la cosa objeto de la aportación produce frutos.

Descartada la posibilidad de hacer aportaciones a término, se plantea la cuestión de si caben las aportaciones condicionales. MORETÓN SANZ opina que «*a sensu contrario* se podrán realizar aportaciones sometidas a condición o modales (...) Nada impide, porque nada se prevé, acerca de la aportación de bienes muebles o inmuebles sobre los que recaiga alguna garantía, o sobre cualquier género de aportación sobre cosa gravada o capaz de suscitar gastos. Se reclama el título de la aportación, no que la aportación esté libre de cargas, por lo que en su caso habrá de recurrir al sistema previsto en el Código Civil para las donaciones modales» (41).

Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades que los bienes primitivos, es decir, las establecidas en el documento constitutivo (art. 4.1); de este modo, tanto la constitución del patrimonio como las aportaciones posteriores de bienes deberán realizarse en documento público o mediante resolución judicial (cfr. art. 3.3).

B) *Constancia registral de los bienes y derechos*

A la *constancia registral* de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido se refiere el artículo 8, que dice lo siguiente:

«2. Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente.

La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o insti-

(40) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág. 1940.

(41) MORETÓN SANZ, M.^a F., «Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero, 2005, pág. 85. En el mismo sentido, HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág. 1940.

tuciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el Notario autorizante o por el Juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad.

3. Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior».

A la vista de este precepto, GÓMEZ GÁLLIGO afirma que «la constancia registral se puede realizar de dos formas: *a*) en la propia inscripción de la adquisición por el discapacitado (...) (art. 8.2 párrafo primero de la Ley 41/2003); *b*) mediante nota marginal. La misma mención (dice el párrafo segundo del art. 8.2 de la Ley 41/2003) se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables (por tanto en los ya inscritos con anterioridad a favor de los discapacitados)» (42).

La constancia registral no debe limitarse a la integración del bien en el patrimonio especial, sino que debe abarcar también las reglas relativas a su régimen de administración y disposición (43), y supone el cierre del Registro a todos aquellos actos inscribibles que no respeten dichas reglas, incluida la necesidad de obtener autorización judicial en los casos en que ésta sea preceptiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 (44).

En opinión de PEREÑA VICENTE, la mención en el Registro de la Propiedad de que el bien forma parte de un patrimonio protegido no tiene fuerza para sustraer el bien del tráfico jurídico. Ello es así porque, aunque la Ley habla de afección de los bienes, frutos, productos y rendimientos al cumplimiento de la finalidad prevista (la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado y el mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido), no puede hablarse en sentido técnico de afección, pues los mecanismos que

(42) GÓMEZ GÁLLIGO, J., «El Registro de la Propiedad y la protección del discapacitado», en *Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con discapacidad*, VV.AA., Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, págs. 55 y 56.

(43) VALLE MUÑOZ, J. L., *Discapacitados: aportación a un patrimonio protegido por discapacitado con plena capacidad de obrar*. Casos prácticos planteados en los seminarios de Cataluña de los días 17 de enero y 1 y 2 de febrero de 2005 en el SERC, Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 117, marzo-abril, 2005, pág. 23.

En el mismo sentido, MARTÍNEZ DÍE dice que «la regla que se recoge en el inciso 2 del artículo aludido, es, cuanto menos, insuficiente, ya que no bastará, como es obvio, que se haga constar en el Registro la mera cualidad de bien integrado en un patrimonio protegido, sino que es preciso que la inscripción recoja aquellas circunstancias de trascendencia real que afecten al bien de que se trate» («La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 177 y 178).

(44) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág. 1930.

la Ley impone para garantizar el destino de tales bienes no implican la sujeción real de éstos al cumplimiento de ningún fin (45).

La falta de auténtica vinculación, afirma HERBOSA MARTÍNEZ, radica en que, para que técnicamente exista un patrimonio adscrito a un fin, es necesario que dicho fin se imponga por encima de la persona física, de manera que aquél adquiera entidad superior al individuo, es decir, que el patrimonio adscrito a un fin implica un «fin con personalidad jurídica»; y se aprecia dicha falta de vinculación si se considera que, en caso de que el acto realizado por el administrador no esté encaminado a satisfacer las necesidades básicas del beneficiario, éste no sería, como regla general, impugnabile. En consecuencia, la mención de que los bienes forman parte de un patrimonio protegido no es causa de ineficacia de las enajenaciones realizadas contraviniendo la finalidad a la que los bienes se hallan afectos, ni de la consiguiente recuperación de los mismos. Se trata de una norma preventiva, dirigida más bien al registrador como un elemento que éste ha de tener en cuenta en la calificación, pues una vez constatada la cualidad de bien integrante de un patrimonio especial del discapacitado, deberá exigir el cumplimiento de los requisitos legales para los actos inscribibles (46).

Además, continúa diciendo la autora, «esta mención elimina el requisito de la buena fe, de manera que los terceros subadquirentes no quedan protegidos en cuanto figura en el Registro una posible causa de resolución. Respecto del primer adquirente no sería necesaria ninguna prevención pues la inscripción no convalida los actos que sean nulos con arreglo a la Ley (cfr. art. 33 LH). Por tanto, la afectación como tal no tiene repercusión alguna, es decir, el hecho de que no se destine a satisfacer las necesidades vitales no puede determinar la resolución sino el mero incumplimiento de una obligación por parte del administrador» (47).

C) *Afectación de los bienes y derechos*

Dice la Ley que todos los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido (art. 5.4), lo cual plantea el problema de determinar qué ha de entenderse por necesidades vitales y si es posible destinarlos a otro tipo de gastos que no encajen estrictamente en el concepto de necesidades vitales. Puede ocurrir, por ejemplo, que la persona con discapacidad sea aficionada a la práctica de algún tipo de depor-

(45) PEREÑA VICENTE, M., *ob. cit.*, pág. 1764.

(46) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, págs. 1929 y 1930.

(47) HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, pág.1930.

te o a acudir a determinados espectáculos; si los beneficios que proporciona el patrimonio son elevados, es decir, si el discapacitado dispone de cierta solvencia económica, ¿no podrían emplearse dichos beneficios en proporcionar a la persona con discapacidad la posibilidad de realizar tales actividades? Dada la redacción del precepto no parece posible, puesto que los gastos derivados de actividades de ocio difícilmente encajan en el concepto de *necesidades vitales*; sin embargo, deberían permitirse, pues la satisfacción de *otras necesidades* no estrictamente vitales redundaría en beneficio de la persona con discapacidad.

La insistencia del legislador en «las necesidades vitales» —afirma SERRANO GARCÍA— plantea la cuestión de si se pretende que el patrimonio tenga una limitación cuantitativa, es decir, en el sentido de si sólo se puede constituir en cuantía suficiente para atender a lo vital, término bastante impreciso; por ello, considera que hubiera sido más adecuado utilizar la expresión que aparece en el artículo 634 del Código Civil en sede de donaciones, cuando dice que el donante tiene que reservarse bienes para vivir en un «estado correspondiente a sus circunstancias» (48).

No hay en la Ley ningún precepto del que pueda deducirse la existencia de límite cuantitativo alguno al importe del patrimonio; los límites existentes están referidos únicamente al destino que debe darse a los elementos que integran aquél. Por otro lado, el establecimiento de una limitación cuantitativa plantearía problemas en orden a la fijación de la cuantía suficiente para atender a las necesidades vitales del discapacitado, ya que ésta tendría que quedar determinada en el momento de la constitución del patrimonio, y estas necesidades pueden sufrir variaciones a lo largo del tiempo, de forma que el discapacitado podría verse perjudicado. Supongamos que en el momento de la constitución del patrimonio haya personas dispuestas a aportar bienes que superen la cuantía que en dicho instante se fija como suficiente para cubrir las necesidades vitales del discapacitado; si se estableciese la limitación cuantitativa y después aumentasen dichas necesidades, resultaría que ese patrimonio sería insuficiente para atender a las necesidades vitales del discapacitado, y puede que ya no se encuentren personas que quieran aportar bienes al citado patrimonio.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Una de las mayores carencias de la Ley es la falta de previsión de la limitación de la responsabilidad del patrimonio protegido únicamente a sus propias deudas.

(48) SERRANO GARCÍA, I., *ob. cit.*, págs. 248 y 249.

Es evidente que el legislador ha pretendido crear una masa de bienes y derechos independiente del patrimonio general del beneficiario, pero esto no implica de por sí un régimen distinto para la responsabilidad por sus deudas. No voy a entrar a valorar la naturaleza de este patrimonio, ni en la discusión que mantienen los autores en torno a si, para que exista patrimonio separado, es preciso que se establezca separación de responsabilidades (49), porque, a los efectos del presente trabajo, lo que interesa es si existe o no una responsabilidad diferenciada, y, en este caso, con independencia de cómo se quiera calificar al patrimonio protegido, no se ha establecido expresamente esa separación.

Inicialmente, lo que se pretendía con la creación del patrimonio protegido era establecer una fórmula similar a la institución del *trust* del Derecho anglosajón (50), pero las diferencias entre uno y otro son importantes (51), sobre todo porque en el Derecho anglosajón sí se ha dispuesto una diferenciación en lo que a las responsabilidades se refiere.

Opina SERRANO GARCÍA que, al no haberse atrevido el legislador a modificar el artículo 1.911 del Código Civil, el patrimonio protegido sólo tiene de patrimonio unas reglas especiales de administración y supervisión (52).

Pero no es necesaria la modificación del artículo 1.911 del Código Civil para establecer un régimen de responsabilidad diferenciado en el patrimonio protegido, pues la responsabilidad universal que dicho artículo instaura y la separación de responsabilidades entre patrimonios cuya titularidad recae en una misma persona son cosas totalmente distintas. Es la propia Ley 41/2003

(49) Sobre el patrimonio, vid. ROCA SASTRE, R. M.^a, «El patrimonio», en *RCDI*, núm. 15, marzo, 1926, págs. 171 a 187; FAIRÉN, M., «Patrimonio y responsabilidad», en *RDN*, abril-junio, 1962, págs. 241 a 313; DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, cit., págs. 35 a 66; DE LOS MOZOS, J. L., «Aproximación a una teoría general del patrimonio», en *RD*, julio-agosto, 1991, págs. 587 a 609.

La mayoría de la doctrina considera que la ausencia de un régimen específico para la responsabilidad impide caracterizar al patrimonio protegido como un patrimonio separado (por ejemplo, MORETÓN SANZ, M.^a F., *ob. cit.*, pág. 77; PASTOR ÁLVAREZ, M.^a C., «Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas», en *Ar. Civ.*, núm. 20, marzo 2005, pág. 31; SERRANO GARCÍA, I., *ob. cit.*, pág. 250; RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *La administración separada...*, cit., pág. 52; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *ob. cit.*, págs. 1928 y 1929). En contra, MARTÍNEZ DÍE, R., *ob. cit.*, págs. 159 y 160; PEREÑA VICENTE, M., *ob. cit.*, pág. 1766, y PÉREZ JIMÉNEZ, M.^a T., «Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en *Act. Civ.*, núm. 21, diciembre, 2004, págs. 2543 a 2551.

(50) SERRANO GARCÍA, I., «Reflexiones apresuradas acerca de los sujetos en el Proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Discapacidad Intelectual y Derecho*, IV Jornadas Fundación Aequitas, Madrid, 2004, pág. 189.

(51) Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, S., «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 612, Pamplona, 2004, págs. 1 a 7 (BIB 2004/90).

(52) SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad...*, cit., pág. 250.

la que debería haber contenido una disposición que determinase la responsabilidad del patrimonio protegido solamente respecto de sus propias deudas, para evitar que dicho patrimonio respondiese por créditos que nada tienen que ver con los fines perseguidos con la constitución del patrimonio protegido. Una vez instaurada esa separación de responsabilidades entre el patrimonio protegido y el patrimonio personal del discapacitado, cada patrimonio habría de hacer frente a sus propias deudas, en función de la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil.

La figura del patrimonio protegido aportaría algo verdaderamente novedoso si se hubiese limitado la responsabilidad de dicho patrimonio únicamente a sus propias deudas. El legislador ha perdido la oportunidad de establecer un mecanismo de gran efectividad para garantizar la satisfacción de las «necesidades vitales» de los beneficiarios del patrimonio protegido. Dice MARTÍN SANTISTEBAN que, por lo menos, podría haberse concedido una preferencia para hacer efectivos sus créditos sobre los demás acreedores particulares del discapacitado a quienes contratasen directamente con el patrimonio protegido (53).

No obstante, a juicio de GÓMEZ GÁLLIGO, «siempre es posible establecer convencionalmente esta limitación en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución del patrimonio protegido. De forma análoga a lo previsto en el artículo 1.807 del Código Civil (54), cabría prever entre las reglas de constitución, administración y disposición, la no sujeción de tales bienes a otras obligaciones o deudas que las contraídas con arreglo al régimen específico del patrimonio protegido, y si está integrado por aportaciones de terceros, que estuvieran exentas de responsabilidad por cualquier deuda del discapacitado. Es cierto que esta interpretación tiene en contra la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que admite la posibilidad de anotaciones de embargo sobre bienes sujetos a prohibición de disponer, por considerar superior el principio de responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil (Resolución de 22 de febrero de 1989); sin embargo, en este caso, la procedencia externa de los bienes, y el principio de protección del discapacitado, justificarían una excepción a esa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que por otra parte significó un cambio radical de su tradicional posición» (55).

Afirma DUQUE DOMÍNGUEZ que, en caso de concurso del incapacitado, el patrimonio protegido es una parte (con administración separada) del patrimonio total de la persona con discapacidad, rompiendo así la *ratio* de la insti-

(53) MARTÍN SANTISTEBAN, S., *ob. cit.*, pág. 5. En el mismo sentido, PASTOR ÁLVAREZ, M.^º C., *ob. cit.*, pág. 32.

(54) Artículo 1.807 del Código Civil: «El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista».

(55) GÓMEZ GÁLLIGO, J., *ob. cit.*, págs. 57 a 59.

tución de proteger al incapacitado. Intentando buscar posibles formas de alcanzar la separación del patrimonio protegido, desde el punto de vista de la voluntad del constituyente del mismo, analiza la posibilidad de constituir una persona jurídica, bien acudiendo al tipo *fundación* o bien al tipo *sociedad unipersonal*, descartando ambas; la primera, por incompatibilidad de los fines institucionales de ambas figuras, y la segunda, porque las participaciones del beneficiario quedarían integradas en el patrimonio concursado del incapacitado, de manera que no soluciona el problema (56). Por ello, concluye el autor que «si se quiere poner de acuerdo la ratio del patrimonio protegido con una protección eficaz en el marco de un procedimiento concursal, será necesario que el mismo legislador, al promulgar las disposiciones de desarrollo anunciadas en el artículo 1, aproveche los vacíos de la Ley para, sin violar sus mandatos, actúe una protección eficaz en beneficio del incapacitado —como ya se había previsto en las propuestas de entidades privadas antes de la Ley— o, incluso, durante los debates parlamentarios» (57).

No cabe la menor duda de que la falta de separación de responsabilidades entre el patrimonio protegido y el resto del patrimonio del discapacitado es claramente opuesta a la finalidad perseguida por la Ley de atender a las necesidades vitales del discapacitado, debilitando, además, la eficacia de todo el sistema de administración y de supervisión específica que la misma instaura, pues los bienes del patrimonio protegido pueden verse afectados por deudas que corresponden a un patrimonio distinto.

Visto lo anterior, se plantea la cuestión de si podría llegarse a los mismos resultados mediante la aplicación de los artículos 164 y 227 del Código Civil, relativos al administrador nombrado por el disponente a título gratuito (58), y el 223, que faculta a los padres para establecer en testamento o documento público notarial «órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las

(56) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 1, 2004, págs. 49 a 51.

(57) DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *ob. cit.*, pág. 52.

(58) Artículo 164 del Código Civil: «Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.

Se exceptúan de la administración paterna:

1. Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

2. Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.

(...).

personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados».

SERRANO GARCÍA afirma que, si ya se encuentra en el Código un mecanismo que puede servir para proteger, como el disponente quiera, a menores e incapacitados, debería haberse limitado el legislador a la regulación de los beneficios fiscales, y dejar a los padres y tutores, o a las personas que quieran destinar sus bienes a las necesidades de otras, que establecieran lo que les pareciera conveniente (59).

Debe apuntarse a favor de la Ley 41/2003 el sistema de control y supervisión del patrimonio protegido, la flexibilización de la autorización judicial y la exención del requisito de la pública subasta para la venta de los bienes y derechos integrantes del mismo, analizadas anteriormente, si bien la trascendencia de estas medidas disminuye cuando el beneficiario tiene capacidad de obrar suficiente.

No obstante, dada la complejidad de la Ley 41/2003, así como las dificultades teóricas y prácticas que su aplicación puede plantear, cabe preguntarse, con BERCOVITZ, si la eficacia real de la Ley justificará tanta complejidad y tanta dificultad (60).

III. SUPERVISIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

El régimen de supervisión de la administración del patrimonio protegido se articula en función de dos tipos de supervisión:

1. Las normas que al respecto haya podido establecer el constituyente.
2. La supervisión de carácter institucional a cargo del Ministerio Fiscal, respecto del cual se establecen —dice la Exposición de Motivos— dos tipos de actuaciones: una supervisión permanente y general y una supervisión esporádica y concreta.

La primera consiste en la obligación impuesta al administrador, si es persona distinta del propio beneficiario o sus padres, de rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen —todo ello justificado documentalmente—, pudiendo requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes (art. 7.2).

(59) SERRANO GARCÍA, I., *Discapacidad e incapacidad...*, cit., págs. 249 y 250.

(60) BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R., «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *Ar. Civ.*, vol. III, 2004, pág. 2093.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA entiende que, aun cuando a los padres se les exige de esta obligación de rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal, no quedan relevados del mandato del artículo 168 del Código Civil acerca de la obligación de, acabada la patria potestad o la patria potestad prorrogada, rendir cuentas a solicitud del hijo de la administración que han hecho de sus bienes, entre los que figura, especialmente, su patrimonio protegido (61).

La segunda se refiere a la posibilidad del Ministerio Fiscal, de oficio o a solicitud de cualquier persona, de instar al juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza, debiendo ser oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido (art. 7.1). Estas actuaciones se sujetan a los trámites de la jurisdicción voluntaria, sin que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida transforme en contencioso el expediente (Disp. Ad. 1.^ª).

Como puede observarse, la Ley atribuye al Ministerio Fiscal importantes funciones de control en la administración del patrimonio protegido y, para favorecer el desarrollo de las mismas, crea, como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del citado Ministerio, la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (en la que participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública más representativa, en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad), cuya composición, funcionamiento y funciones manda la Ley que se determinen reglamentariamente (art. 7.3), lo cual se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad (BOE de 6 de febrero de 2004), modificado por el Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre (BOE de 17 de diciembre de 2004).

Las funciones de la Comisión son, según el artículo 2 del Real Decreto 177/2004, las siguientes:

- a) El auxilio, apoyo y asesoramiento al Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones de supervisión encomendadas a éste.
- b) El apoyo al Ministerio Fiscal en cualquier actuación judicial relativa al patrimonio protegido.
- c) El asesoramiento al Ministerio Fiscal en el examen de la rendición de cuentas de gestión del administrador, de la relación de la gestión y del inventario de los bienes y derechos que formen parte del patrimonio protegido.

(61) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 57.

- d) La colaboración con el Ministerio Fiscal para el requerimiento de documentación adicional que se estime pertinente al administrador del patrimonio protegido.
- e) La emisión de informes en cuantos asuntos le sean requeridos por el Ministerio Fiscal.
- f) Auxiliar al Ministerio Fiscal en sus funciones, recabando el asesoramiento de carácter técnico en los asuntos que estime necesario a entidades públicas y privadas.
- g) Elaborar una memoria anual sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que será elevada, para conocimiento, al Consejo Nacional de la Discapacidad.
- h) Proponer al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos prácticos sobre la legislación patrimonial de las personas con discapacidad que contribuyan a guiar y a orientar a sus eventuales beneficiarios.
- i) Podrá ser consultada sobre cualquier iniciativa normativa que tenga incidencia en el ámbito de la protección patrimonial de las personas con discapacidad.
- j) Efectuar estudios e investigaciones que redunden en la mejora de los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de dichas personas, así como proponer las actuaciones necesarias para la promoción y ordenación de aquéllos y elevar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales las propuestas que consideren convenientes.

El artículo 3 determina la composición de la Comisión, en la que tienen representación la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Direcciones Generales de las Familias y la Infancia y de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, los Ministerios de Justicia y de la Presidencia y las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y de Economía.

Para LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «llama la atención la no previsión de intervención del Ministerio Fiscal ni del Consejo General del Notariado, lo que resulta extraño, dado que representan a los funcionarios encargados de velar por la protección de la persona con discapacidad, tanto en la constitución, modificación y extinción de cada patrimonio protegido» (62).

(62) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *ob. cit.*, pág. 57. También en «Herramientas registrales de protección a las personas con discapacidad: El Registro de patrimonios protegidos y el Libro especial de incapacitados (un acercamiento a la regulación legal del llamado patrimonio protegido del discapacitado)», en *Registro de la Propiedad y protección de las personas con discapacidad. Aspectos registrales de la protección de las personas con*

La supervisión de la administración del patrimonio protegido supone, sin lugar a dudas, una medida de protección de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad. No obstante, hay que advertir sobre la posibilidad de que se planteen ciertos problemas en la práctica, como, por ejemplo, la dificultad que puede suponer para el Ministerio Fiscal el conocimiento de la existencia de un patrimonio protegido constituido en documento público, teniendo en cuenta que sobre el notario no recae la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal que se ha producido la constitución del mismo, y tampoco se ha previsto ningún medio en el que quede constancia de la creación de los patrimonios protegidos, como podría ser un registro especial.

RIVERA ÁLVAREZ afirma que «el mecanismo de supervisión trazado es imperfecto, por cuanto que a falta de constitución judicial, la simple constancia registral del nombramiento de administradores no beneficiarios no será bastante para que el Ministerio Fiscal tome noticia, recabe la rendición de cuentas y lleve a cabo los cambios precisos que vemos en el artículo 7.1 de la Ley. Conveniría indicar que el órgano externo de apoyo debería, entre sus facultades o deberes, llevar a cabo una eficaz gestión de recopilación y listado de sujetos beneficiarios de patrimonios protegidos, a los efectos del cumplimiento de sus labores, coordinándose con los diferentes Registros Civiles, a través de la Dirección General de Registros y del Notariado que debería estar representada en dicha Comisión. Por otro lado, teniendo presente la posibilidad de modificaciones o empeoramientos en la situación del discapacitado, el Ministerio Fiscal o la Comisión deberían llevar un seguimiento de las constituciones de patrimonios protegidos por parte del propio beneficiario, a los efectos de vigilar los posibles abusos, coordinándose con los notarios que los constituyen a través del mismo organismo visto anteriormente» (63).

Además, en el caso de que el discapacitado tenga capacidad de obrar suficiente y la administración corresponda a un tercero, surge la duda de si

discapacidad, VV.AA., Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2006, págs. 105 y 106.

(63) RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, *Una perspectiva civil...*, cit., pág. 100.

En un trabajo posterior este autor dice que «la constancia registral garantiza el conocimiento de la administración, no sólo para terceros interesados, sino también para los propios órganos de supervisión públicos impuestos por la Ley. De modo que estos puedan llegar a conocer las constituciones que se hagan en documento público e intervenir eficazmente. Y ello dado que la Ley 41/2003 se ha olvidado de indicar que el notario autorizante debería comunicar al Ministerio Fiscal o a la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad la constitución del patrimonio protegido» (*La administración separada...*, cit., pág. 70).

No obstante, esta constancia registral no parece suficiente para que el Ministerio Fiscal pueda desarrollar adecuadamente sus funciones de supervisión y tenga un conocimiento adecuado y completo de los patrimonios protegidos que se constituyan, sobre todo teniendo en cuenta que de dicha constancia registral se excluyen los casos en los que el administrador sea el propio beneficiario del patrimonio protegido (cfr. art. 5.7).

debe o no tenerse en cuenta la opinión de aquél en relación a la actuación de éste. Como indica LÓPEZ-GALIACHO PERONA, «a no ser por la vigilancia de los beneficios fiscales, debería regir el máximo respeto posible a su autonomía de la voluntad» (64).

RESUMEN

PATRIMONIO PROTEGIDO

Una de las novedades más importantes introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad es la previsión de un patrimonio protegido en beneficio de una persona discapacitada, es decir, un conjunto de bienes y derechos—carente de personalidad jurídica propia— vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular-beneficiario y aislado del resto del patrimonio, sometiéndolo a un régimen de administración y supervisión específico.

El nombramiento de un administrador y el establecimiento de unas reglas de administración se hace imprescindible para el mantenimiento y la mejora de la productividad del mismo, con la particularidad de que, en el supuesto analizado, la finalidad del patrimonio protegido es cubrir las necesidades vitales de su beneficiario. La extensión de las facultades del administrador depende de si el beneficiario tiene o no capacidad de obrar suficiente; entre ellas destaca el otorgamiento a éste de la representación legal sobre los bienes que componen el citado patrimonio.

La Ley no ha establecido, como correlativo al régimen de administración específico, la previsión de que el patrimonio protegido responda únicamente de sus propias deudas, lo que supone un obstáculo para el cumplimiento de la fi-

ABSTRACT

PROTECTED ESTATE

One of the most important new features introduced by Act 41/2003 of 18 November on the protection of the estate of persons with disabilities is to call for a protected estate for the benefit of a disabled person, i.e., a set of assets and rights (having no legal personality of its own) linked to the satisfaction of the living needs of its holder/beneficiary and isolated from the rest of the estate, and subject to a specific administrative and supervisory framework.

The appointment of an administrator and the establishment of some rules of administration are vital for the maintenance and improvement of the estate's productivity, with the special consideration that here the purpose of the protected estate is to cover the living needs of its beneficiary. The scope of the administrator's faculties depends on whether or not the beneficiary has sufficient capacity to act for him or herself; inter alia, one leading faculty of an administrator is the power to act as legal representative with regard to the assets comprising the aforesaid estate.

The act fails to stipulate, as a measure correlative to the specific administrative framework, that the protected estate may secure its own debts only. This poses an obstacle to the fulfilment of the act's stated purpose of protecting persons with disabilities.

(64) LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *Aportaciones al estudio...*, cit., pág. 58.

nalidad de protección de las personas con discapacidad, a la que la Ley se dirige.

Por último, dada la especial situación en la que se encuentran las personas con discapacidad, es indispensable, además, fijar un sistema de supervisión de la actuación del administrador, sobre todo en los casos en los que el beneficiario no tiene capacidad de obrar suficiente, el cual corre a cargo del Ministerio Fiscal.

Lastly, given the special situation in which persons with disabilities find themselves, it is moreover indispensable to set up a system for supervising the administrator's actions, especially in cases where the beneficiary does not have sufficient capacity to act for him or herself. Such a system should be run by the Public Prosecutor's Office.

(Trabajo recibido el 22-05-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)

DICTÁMENES Y NOTAS

De nuevo sobre el artículo 788 del Código Civil (La perpetuidad y la hipoteca) (*)

por

ANTONIO DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO
Notario Honorario

SUMARIO

PRELIMINAR.

I. LA PERPETUIDAD:

- A) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.
- B) LA IMPOSICIÓN COMO MODO.
- C) LA IMPOSICIÓN DE LA CARGA PERPETUA SOBRE BIENES INMUEBLES. ELIMINACIÓN DE SOLUCIONES.
- D) SOLUCIÓN PROPUESTA.
- E) LA JURISPRUDENCIA.
- F) LA LEGISLACIÓN:
 - a) *El reconocimiento de la personalidad.*
 - b) *La dotación.*

II. LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA:

- A) PLANTEAMIENTO GENERAL.
- B) LA FUNDACIÓN COMO ACREEDORA HIPOTECARIA.

III. LA ESCRITURA.

APÉNDICE.

(*) Este trabajo está destinado al Libro Homenaje a don Luis ROJAS MONTES (q.e.p.d.), que editará el Colegio Notarial de Granada y con permiso expreso del Ilmo. Señor Decano don Andrés TORTOSA MUÑOZ, que agradezco, se publica ahora en esta revista. A.E.M.R.

PRELIMINAR

En 1962 apareció el tomo I de los «Estudios de Derecho Privado» (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado) que recogían los trabajos escritos por varios opositores Notarios redactados para contestar a los correspondientes temas de las oposiciones restringidas entre Notarios que acababan de celebrarse. Dicho tomo incluía bajo el título «Para una interpretación funcional del artículo 788 del Código Civil», una aportación mía, escrita un tanto a *vuelatecla*, en 1961, con la premura propia de la ocasión que requería que los temas estuvieran cuanto antes en poder de los opositores, ya que acuciaba la inminencia del segundo ejercicio en el que había que contestar oralmente al cuestionario.

Mi contribución permaneció en la penumbra sin tener el honor ni la fortuna de ser recogida por los posteriores escritores o tratadistas de Derecho Civil, salvo una referencia debida a mi admirado y querido amigo Jaime Castro García, excelente jurista y prestigioso Magistrado de la Sala 1.^a del TS, hoy jubilado, en el tomo III, pág. 602, de los «Comentarios al Código Civil», Trivium, 2.^a edición, Madrid, 1991, dirigidos por José Luis Albácar, en donde, sin citarme, se acepta la solución a la que yo había llegado, tomada, posiblemente de mi comentario al artículo 788 en el «Código Civil» editado por COLEX, obra esta en la que ambos colaborábamos y en el que sintetiqué, como era lógico, la postura que había razonado en el más extenso trabajo antes mencionado. Mi opinión, también comprimida o resumida, fue incorporada por mí a la segunda edición del magnífico «Compendio de Derecho Sucesorio», del preclaro y admirado jurista y amigo Manuel de la Cámara, que me honró al confiarme la revisión de la primera edición.

El referido trabajo no intentaba resolver toda la complicada problemática que contiene el artículo 788 del Código Civil, sino que se limitaba al examen y exégesis de los párrafos tercero, cuarto y quinto del enigmático precepto legal; concretamente, las cuestiones que centraban mi atención eran, por una parte, cómo conseguir esa perpetuidad que el texto legal establece como posible y, por otra, a favor de quién se constituye la hipoteca a la que se refiere el párrafo tercero del citado artículo.

Se han escrito algunas referencias a la perpetuidad, pero no he visto en ningún tratado ni revista solución a la titularidad de la hipoteca. La mayor parte de las veces se pasa como de puntillas sobre nuestro texto positivo y otras se limitan los autores a transcribirlo.

No obstante, el TS parece haber aceptado mi tesis en cuanto al modo de conseguir la perpetuidad, lo que posteriormente ha tenido confirmación en las disposiciones legales, con lo que se resuelve la segunda cuestión planteada, la de la hipoteca, conforme a mi opinión entonces sustentada. Parece oportuno

tuno, pues, insistir y aclarar la tesis entonces sostenida y adecuarla, en cuanto fuere menester, a la normativa vigente.

El artículo 788 del Código Civil dispone:

«Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o a favor de los pobres de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador Civil de la provincia y con audiencia del Ministerio Público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes».

I. LA PERPETUIDAD

A) LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

Ante todo es menester dejar sentado que la figura regulada por el artículo 788 no es una sustitución fideicomisaria, no obstante estar ubicada en la Sección tercera, *De la sustitución*, del Capítulo II, *De la herencia*, del Título III, *De las sucesiones* del Código Civil.

Así lo estima la generalidad de la doctrina, ALBALADEJO (*Comentarios al Código Civil...*, t. X, vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1984), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, pág. 540), y, por todos, VALLET, (*Panorama del Derecho de sucesiones, I, Fundamentos*, pág. 411), según el cual, «este artículo 788 del Código Civil establece —como explica BONET RAMÓN—, «el modo como disposición por causa de muerte agregada a la institución de heredero, por la cual el testador ordena una carga o gravamen, imponiendo un fin, objeto, destino o aplicación a parte de la herencia que entraña para el heredero una obligación de dar. Mas para obviar los inconvenientes de la vinculación, dicta las oportunas reglas».

En efecto, en la sustitución fideicomisaria «*se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia*» (art. 781 del Código Civil) (prescindiendo de la sutil distinción que hace JERÓNIMO LÓPEZ al

hablar de la «*oración de relativo*»), y en el supuesto de hecho que regula el artículo 788 del Código Civil, ni «*el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario*» (art. 783 del Código Civil), ni se impone «*al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero*» (art. 785.1.º, del Código Civil), porque, ciertamente, los bienes inmuebles gravados no se transmiten a los beneficiarios, sino que continúan en la titularidad de quien los adquiere para seguir cumpliendo su destino benéfico, ni los beneficiarios (estudiantes, doncellas...) tienen este carácter de herederos del testador ni, consiguientemente, son continuadores de su personalidad. Nótese, por otra parte, que el artículo 785 del Código Civil en su número 1.º habla de «*sustituciones fideicomisarias*», mientras que en su artículo 788 se refiere a «*la disposición*», eludiendo así denominar sustitución fideicomisaria a lo que por su esencia, su contenido y su misión es notoriamente otra cosa.

No se puede alegar como argumento el lugar, *sedes materiae*, en que el del Código Civil regula este supuesto. Como repetidamente se ha escrito, nuestro primer cuerpo legal no se distingue por su rigor sistemático. Lo que sucede es que el mismo texto legal, el artículo 788 del Código Civil, regula un caso de difícil acomodo, que contempla una situación de una lejana semejanza con la sustitución fideicomisaria pero que no lo es.

B) LA IMPOSICIÓN COMO MODO

La primera impresión —y, a mi modo de ver, exacta— que produce la lectura del artículo es que se hace referencia a una disposición modal. En efecto, se habla de una disposición, lógica y exclusivamente *testamentaria*, ya que estamos en el libro III, título III, que trata precisamente de las sucesiones y se dirige al *heredero* al que se le impone una obligación, lo que cabalmente es un modo. El artículo comprende dos supuestos diferentes, según que la obligación impuesta al heredero, la carga, se imponga temporal (párrafo segundo) o perpetuamente (párrafos tercero, cuarto y quinto).

Está claro que el testador puede imponer al heredero esa «*obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública*» y otros supuestos no específicamente nombrados pero que quepan en una generosa o amplia interpretación del citado precepto. Esta imposición con el carácter de simple o mera obligación a cargo del heredero está concretamente admitida a través de la institución modal recogida en el artículo 797 del Código Civil, a cuyo tenor «*la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad*».

En tales casos hay que tener en cuenta:

- a) Esta imposición, es decir, la obligación impuesta al heredero y asumida por éste, no representa una contraprestación (que sólo cabe en los negocios onerosos), ni un consejo (porque no vincula y el modo sí) ni una condición (porque ésta no obliga y, en cambio, subordina la disposición a un hecho futuro o incierto, mientras que el modo a nada subordina), sino que, como dice NART FERNÁNDEZ («La fundación», en *RDP*, 1951), es una obligación accesoria impuesta al favorecido por un negocio lucrativo, de realizar una prestación o serie de prestaciones al disponente o a un tercero.
- b) Esta obligación impuesta personalmente al heredero no puede ser perpetua:

- 1.º Porque la posibilidad de las cargas perpetuas está condicionada en el propio artículo 788 del Código Civil a que su imposición se haga sobre bienes inmuebles y no personalmente sobre el heredero, aunque, como las cosas no se hacen solas, alguien tiene que hacer que se cumpla la voluntad del testador, pero esta obligación, que recae sobre el heredero, se refuerza con algo más, precisamente con la carga sobre inmuebles.
- 2.º Porque la limitación aparece expresa y diáfana en el número 3.º del artículo 785 del Código Civil, según el cual «no surtirán efecto... 3.º Las (disposiciones) que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión», precepto suficientemente claro, consecuente con el sistema general que impide que esa obligación se prolongue más allá del segundo grado en la línea sucesoria del gravado, con lo que rotunda y terminantemente se elimina la perpetuidad.

Algunos autores (vid., por todos, CÁMARA, «Compendio de Derecho Sucesorio», *La Ley*, 2.ª ed., Madrid, 1999, pág. 141; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, pág. 376) estiman que este artículo 788 es una excepción al principio proclamado por el artículo 785. ALBALADEJO dice que este artículo levanta el límite que impone el artículo 785.3.º (*loc. cit.* y *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, pág. 1937, Madrid, 1993). En realidad no es que se trate de una excepción, sino que formula una solución para un supuesto que no es el contemplado por el artículo 785.3.º del Código Civil, sino otra cosa, que tiene otra vía lógica y posiblemente única para resolver el caso que plantea, esto es, la imposición de una carga perpetua sobre inmuebles para satisfa-

cer fines benéficos. Ciertamente, la lectura de ambos preceptos, 785.3.º y 788 del Código Civil pone de manifiesto que no regulan supuestos de hecho absolutamente iguales, pues mientras el primero se refiere al simple «encargo» que se hace al heredero, el artículo 788.3.º regula una «obligación» impuesta al heredero mediante una «carga perpetua» que recae sobre bienes inmuebles. Y, al no tratarse en modo alguno de supuestos de hecho idénticos, el del artículo 788 del Código Civil no está sujeto a los límites legalmente impuestos al caso referido en el artículo 785.3.º del Código Civil, sino que se trata de una situación distinta que requiere una propia y ajustada solución. El testador, por tanto, puede optar entre encargar simplemente al heredero que pague cierta renta o pensión a determinadas personas, con lo que se cae en la prohibición de perpetuidad que recoge el 785.3.º del Código Civil, o imponer esa obligación al heredero reforzándola con una carga sobre bienes inmuebles, con lo que se alcanza la perpetuidad que el artículo 788 del Código Civil concede, siempre que, además, se persiga un fin benéfico. En otras palabras, para lograr la perpetuidad es menester que, además de la obligación que se ordena al heredero, exista el soporte de la imposición de una carga que recaiga sobre bienes inmuebles. Cabe estimar, por tanto, que no se trata de una regla, artículo 785.3.º del Código Civil, y una excepción, artículo 788 del Código Civil, sino de dos situaciones diferentes, cada una con su particular régimen. En todo caso será una cuestión sistemática sin mayor importancia, porque, aun admitiendo que hay una regla y una excepción, quedarían sin resolver los problemas de cómo se alcanza esa perpetuidad y de a favor de quién se constituye la hipoteca a la que se refiere el párrafo 3.º del artículo 788 del Código Civil.

- 3.º Por otro lado, es imprescindible tener en cuenta —lo que estará presente a lo largo de este trabajo— que si el heredero decide la capitalización de la carga (como permite el párrafo tercero del art. 788 del Código Civil), que supone la liberación de los inmuebles, que, lógicamente, quedan exentos de la carga, ésta ya no se impondrá sobre bienes inmuebles, se saldrá del supuesto regulado por los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 788 del Código Civil y se entrará en la órbita que regula el artículo 785.3.º del Código Civil, prohibitivo de la perpetuidad (así lo afirma MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, 5.ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 756). Esto es, que la excepción, según los autores, que el artículo 788 del Código Civil

supone, requiere la imposición de la carga sobre bienes inmuebles; si no hay tal imposición, al desaparecer por la capitalización, ya no tiene razón de ser la aplicación del artículo 788 del Código Civil, sino que actuará la prohibición de perpetuidad del artículo 785.3.º del Código Civil establecido para cuando la imposición sobre inmuebles no existe. En definitiva, la perpetuidad deseada, que requiere, como se dice, la imposición de la carga sobre bienes inmuebles, tendrá como consecuencia que esa perpetuidad depende de la voluntad del heredero que quiera capitalizar.

ALBALADEJO (*loc. cit.*) afirma que esta capitalización no supone la liberación de los bienes, puesto que «lo que parece conveniente señalar es que la capitalización en cuestión, tal como aparece en el artículo, no da lugar a liberarse el heredero de la carga mediante el pago de la suma en que resulte capitalizada». Ante todo hay que hacer notar que la «carga» no se impone al heredero, sino que recae sobre los inmuebles por lo que, si —en la opinión de este autor— no se liberan, serán estos los que, pese a la capitalización, seguirán gravados. Pero entonces ¿para qué se capitaliza? ¿Qué hace el heredero con el capital resultante? ¿A quién paga esa suma? Podría pensarse que lo invierte y que con los intereses paga la carga, pero ¿en qué se impone o lo invierte? ¿A nombre de quién pone el capital? ¿Quién puede disponer en adelante de ese capital y de los intereses que produzca? ¿Los herederos del inicialmente obligado? ¿Cómo se blinda ese capital de modo que su titular sólo pueda disponer de él para los fines benéficos previstos? ¿Con una prohibición de disponer perpetua saltándose el límite del artículo 785.2.º del Código Civil? (vid. arts. 26.2.º y 27 de la Ley Hipotecaria). ¿Y si se cobran con ese capital los acreedores de estos o posteriores herederos? ¿Cómo se preserva ese capital de la acción de estos acreedores? ¿Cabe una carga real sobre un capital? Como a la capitalización ha de seguir la constitución de la hipoteca, ¿a favor de quién se constituye ésta? La liberación de los bienes inmuebles parece evidente porque la capitalización tiene que servir para algo, que es justamente la sustitución del gravamen sobre los bienes por un capital que el citado comentarista no dice qué se hace con él. Pagar pero, ¿a quién? Y resulta, además, que según esta tesis, el pago tampoco libera al heredero de la carga. ¿Qué consigue entonces el heredero con la capitalización y con el pago a no nos dice quién? Porque resulta un tanto extraño que el pago, a quien sea, que no lo dice, no sea liberatorio y extintivo de la obligación, como claramente dispone el artículo 1.156 del Código Civil. Además de la respuesta a estos interrogantes, siguen pendientes y sin resolver las cuestiones de la vinculación perpetua del heredero, lo que, como se vio, no es posible, y la de determinar quién será el titular activo, el acreedor hipotecario de la hipoteca. Por último, es de resaltar que, cuando en el Código Civil se

hace referencia tácita a la capitalización (arts. 603, respecto a la servidumbre de pastos; 839, en cuanto al usufructo del cónyuge viudo; 1.608, 1.611 y 1.612, que habla este último expresivamente de «redención y liberación»; 1.651, referentes a los censos) es para liberar del gravamen el bien sobre el que recae.

En cuanto al párrafo segundo del referido artículo, esto es, la imposición de la carga con carácter temporal sobre inmuebles, es evidente que este carácter de temporalidad es esencialmente relativo. En efecto, si se constituye una carga temporal con una duración de tres o cuatro mil años, pese a esa duración previamente fijada se habrá constituido de hecho una carga tan perpetua como la que más. Aun sin llegar a plazos tan desmesurados, en los que no hay seguridad ni de que exista la especie humana, cuando la carga es temporal, el heredero tiene las facultades que le concede el artículo 788.2.º del Código Civil.

C) LA IMPOSICIÓN DE LA CARGA PERPETUA SOBRE BIENES INMUEBLES.
ELIMINACIÓN DE SOLUCIONES

Centrados ya en los párrafos tercero, cuarto y quinto del polisémico artículo, es de advertir que sumen al intérprete en una inquietante perplejidad, porque, como tantos otros preceptos tienen más aptitud para producir dudas que para resolverlas. Ante situación tan confusa, quizá sea oportuno eliminar diversas posibles interpretaciones:

- a) La obligación de pagar esas becas, dotes, pensiones, etc., parece que no corresponde personalmente al heredero, porque esa perpetuidad exigida por el artículo 788 del Código Civil, es inconciliable con el sistema legal y con la limitación de la vida humana. Ya se vio *supra* que la configuración puramente personal que pueda hacerse a través de una institución modal tropieza con los límites del artículo 785.3.º del Código Civil. La afectación de bienes inmuebles al fin benéfico previsto por el testador demuestra o, al menos, colabora a la idea de que esa perpetuidad no puede basarse exclusivamente en la obligación impuesta al heredero, sino que necesita algo más. Lo que ocurre es que este *algo más* es precisamente lo que tiene que hacer el heredero para cumplir la voluntad de su causante basándose en que la imposición de la carga se hace sobre bienes inmuebles, y que cuenta con estos para conseguir el objetivo deseado, ya que, como queda dicho, la limitación de la vida humana, la del heredero, hace imposible que éste personalmente pueda cumplir a perpetuidad los fines perseguidos por el testador.

- b) Podría pensarse que resultaría obligado al cumplimiento de la carga quien en cada momento fuera titular dominical de los bienes gravados, de modo que esta obligación fuese ambulatoria o *propter rem*, pero entonces surge el obstáculo de la capitalización e imposición del capital en primera y suficiente hipoteca, que implica la liberación de los bienes inmuebles gravados. Y, una vez liberados, los sucesivos dueños los adquirirían sin esa obligación, sin la carga, de donde resultaría el absurdo de que la efectividad o perpetuidad de la obligación quedaría al arbitrio del heredero que quiera capitalizar la carga y quedaría también sin cumplir la voluntad del testador.
- c) Tampoco parece adecuado pronunciarse por la inexistencia de una obligación sin sujeto pasivo determinado, lo que aproximaría la figura a la deuda territorial alemana, atributiva del derecho a cobrar una cantidad determinada sobre una finca, extraña totalmente al ordenamiento jurídico español. Por otro lado, la dicción del artículo 788 del Código Civil es contraria a esta solución, pues, aunque no se conceda demasiada importancia a una interpretación necesariamente ceñida a la letra del precepto, es lo cierto que el artículo expresa y claramente se refiere a «una obligación impuesta al heredero». No se puede concebir en nuestro sistema una relación obligatoria sin la existencia de al menos dos personas en recíproca conexión, y no se puede admitir que se dé una relación jurídica obligatoria (y el modo lo es) entre la cosa gravada y los favorecidos por la disposición testamentaria que, además, son indeterminados y pueden transitoriamente no existir, lo que dificulta más la relación, dado lo difuso de uno de los polos de la pretendida relación.
- d) No puede encontrarse solución en las figuras censales, de difícil adaptación al supuesto en estudio y, sobre todo, dada su redimibilidad, con lo que la subsistencia de la obligación quedaría al arbitrio del heredero que capitaliza (vid. VALLET en *Dictámenes e informes de un Notario*. Editorial Montecorvo, pág. 191 y sigs., Madrid, 1987).

Por lo demás, parece también evidente que el derecho de los favorecidos no puede considerarse como hereditario estricto en el sentido de estimarlos como herederos o legatarios del testador, porque para ello tendrían que tener capacidad para heredar, estimada ésta al tiempo del fallecimiento del testador (cfr. art. 758 del Código Civil) y si se supera este obstáculo a través de la sustitución fideicomisaria que, ciertamente, elimina tal requisito, siempre habrá que considerar que, efectivamente, estamos ante tal sustitución, lo que ya quedó descartado, o, si se admitiera, se tropezaría con el artículo 781 del Código Civil, que impone una rígida limitación impidiendo la efectividad más allá del segundo grado.

D) SOLUCIÓN PROPUESTA

Descartadas las anteriores soluciones, es preciso dar efectividad a la voluntad del testador porque no cabe pensar que el Derecho le permita algo —dar validez a la disposición testamentaria de invertir perpetuamente cantidades en los fines expresados— y no le suministre los medios lícitos para conseguirlo. El trascendente obstáculo de la perpetuidad está expresamente impuesto por el artículo 788 del Código Civil y es menester salvarlo.

Resulta así que es necesario e imprescindible interponer entre el testador y los beneficiarios algo o a alguien que posibilite el cumplimiento perpetuo (dentro de la perpetuidad de todo lo humano) de la voluntad del causante. La voluntad del *de cuius* hay que respetarla, puesto que el Ordenamiento Jurídico permite su validez y la refrenda y hay que cumplirla.

¿Puede existir ese algo o ese alguien que por sus características de perpetuidad sea capaz de posibilitar el cumplimiento de la lícita voluntad del testador?

Efectivamente existe: Si se han señalado bienes bastantes que por su rentabilidad puedan proporcionar los recursos económicos suficientes para invertir ciertas cantidades periódica y perpetuamente en dotes, becas, etc., y si hay una organización destinada a realizar de forma permanente y reiterada esa obra benéfica, no cabe duda de que en realidad se están dando los elementos integrantes de una verdadera y auténtica fundación.

La cuestión queda así perfectamente aclarada con solución del espinoso asunto de la perpetuidad, porque, al menos, ya se ha encontrado la persona encargada de dar efectividad a la voluntad del testador y a cuyo cargo estará la entrega de dotes, becas, recursos y demás beneficios. Efectivamente, la fundación es perpetua por naturaleza, no tiene límite en el tiempo y, como dice CÁRDENAS («Las fundaciones familiares en Derecho Privado», en *RDP*, 1952), su característica es ser una organización destinada a realizar una obra benéfica de forma permanente y reiterada.

Sin necesidad de examinar todas las teorías vertidas en torno al concepto de fundación, es lo cierto que puede considerarse como tal, como clara y expresivamente dice NART (*loc. cit.*), la vivificación de un patrimonio separado para un fin de interés humano por medio de una organización a la que se le reconoce personalidad por el Ordenamiento positivo.

El negocio fundacional —estudiado, entre otros, por NART (*loc. cit.*), ESPINOSA ANTA («La fundación. El negocio jurídico fundacional», en *Estudios de Derecho Privado*, I, pág. 261, *ERDP*, Madrid, 1962), y BADENES (*Las fundaciones de Derecho privado*, 2.^a ed., Madrid, 1986)—, en esencia y en síntesis, requiere:

- Un elemento objetivo: una base económica consistente en la asignación de un grupo de bienes suficiente de un patrimonio para constituir otro autónomo e independiente.
- Un elemento subjetivo: la fijación del fin al que se vinculan los bienes asignados. Un fin de carácter benéfico, altruista.
- Un elemento funcional: una organización de esos bienes, al menos en sus líneas generales, básicas y suficientes.

La fundación, permítaseme el símil, como un cohete espacial, precisa la conjunción de los tres elementos citados: El cohete necesita combustible; la base económica, los bienes en la fundación; un motor o sistema de propulsión, cables, etc., que permitan su funcionamiento, esto es, una organización jurídica adecuada; y un fin benéfico en la fundación y de altura, las estrellas, el espacio en el vehículo astral.

En el mismo sentido, como dice CASTRO («Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares», en *ADC*, 1953), para que exista una fundación se requiere que se haya querido hacer una obra benéfica permanente, que sirva principalmente al interés público y que los bienes puedan beneficiar a un amplio círculo de personas.

Pues bien, en el supuesto del artículo 788.3.º del Código Civil hay conjunción de los tres requisitos:

- 1.º Hay una base económica consistente en los bienes inmuebles sobre los cuales se impone la carga expresada por el testador.
- 2.º Hay un fin o destino, que también se expresa por el causante al especificar la finalidad, precisamente benéfica, perseguida, es decir, dotes, becas, pobres o establecimiento de beneficencia. La enumeración que hace el artículo 788 del Código Civil ha de entenderse *ad exemplum*, no cerrada, de modo que también puede consistir en cualquier otra actividad benéfica, suministro de medicinas, misiones religiosas o humanitarias, auxilios de todas clases, etc.
- 3.º Hay una organización. Quizá quepa pensar, a primera vista, que el testador se limitó a señalar los bienes que proporcionarían los recursos necesarios para cumplir los fines benéficos por él previstos, pero sin dictar las normas de organización al efecto, con lo que parece que el negocio fundacional, el nacimiento de la fundación, carece del tercer requisito mencionado. No obstante, eso no es así. En primer lugar, porque el testador puede perfectamente señalar las líneas generales y aun detalladas de la organización, por ejemplo, beca a favor de un estudiante nacido en determinado lugar y que desee cursar cierta carrera, o donar (suprimida actualmente la dote, pero subsistentes las donaciones por razón de matrimonio, arts. 1.336 y sigs. del Código Civil) una cantidad a la futura contra-

yente que haya nacido en una comarca o pueblo y carezca de fortuna, etc.; expresando, v.g., que el Alcalde, el Juez y el Párroco o quien sea decidirán destinatario, en fin, sin limitación alguna. En segundo lugar, porque si el testador no lo hiciere, aun resulta cumplido este requisito, ya que el párrafo último del artículo 788 del Código Civil dispone que *«cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes»* con lo que, no solamente se cumple aquel requisito que parecía faltar, sino que demuestra que el pensamiento del legislador para el caso de imposición de una renta perpetua sobre bienes inmuebles está orientado y referido a la existencia de una fundación, cuya constitución indudablemente facilita. En este sentido quizá convenga recordar que, según el «Diccionario de la Lengua Española» editado por la Real Academia Española, «orden», en su tercera acepción, es «regla (modo que se observa para hacer las cosas)» y que «regla» es en su cuarta acepción, «estatuto, constitución o modo de efectuar algo», por lo que el transcrito párrafo viene a decir que *«cuando el testador no hubiere establecido un modo que hay que observar para hacer las cosas —la fundación— o una regla, estatuto, constitución o modo de efectuar algo, lo hará la autoridad administrativa a quien corresponda»*, concordante con la tesis que aquí se sostiene.

Quizá esta interpretación pudiera parecer un tanto forzada en la época de la aparición de mi primera aportación, al principio citada, pero tenía en su haber, en primer lugar, que no hay otro modo de cumplir perpetuamente la voluntad del testador y, por último, porque el párrafo 5.º del artículo 788 del Código Civil, al conceder facultades a la autoridad administrativa para suplir la voluntad del causante en cuanto al establecimiento de un «orden» para la administración y aplicación de la manda, refuerza la idea de que en los supuestos de hecho regulados por el párrafo 3.º del precepto, la existencia de una fundación, no sólo tiene su razón de ser, sino que ha sido prevista por el legislador. Es decir, que, ante la voluntad de constituir una fundación, aunque el testador no hubiera empleado esta palabra, que no es sacramental ni imprescindible, este «orden», esta organización, en suma, la *«autoridad administrativa a quien corresponda»* tenía facultades, en una interpretación integradora, para completar esta intención del causante suministrando los datos o elementos exigibles para que la fundación naciera.

Actualmente, en este sentido, la solución propuesta en mi primer trabajo mencionado encuentra su confirmación, a mi juicio, en lo dispuesto en el artículo 9 de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, a

cuyo tenor, «1. La fundación podrá constituirse por actos inter vivos o mortis causa... 3. La constitución de una fundación por acto mortis causa se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de su constitución. 4. Si en la constitución de una fundación por acto mortis causa, el testador se hubiera limitado a su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta Ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial».

Se trata, en definitiva, de indagar la verdadera voluntad del testador por encima de las palabras empleadas por éste, es decir, si realmente desea una fundación aunque no emplee precisamente esta palabra que, como queda dicho, no es imprescindible. Si prevalece el espíritu sobre la forma.

No es menester citar a los numerosos autores acordes con este principio espiritualista que ha de presidir toda interpretación testamentaria ni aportar la convergente y abrumadora jurisprudencia consolidada en este mismo sentido. Así, en la famosa STS de 6 de agosto de 1918, de «Pacicos», aunque la testadora no emplea la palabra «heredero» al dejarlo «todo para ti, todo», el Alto Tribunal estimó que se trataba de una verdadera y auténtica institución de heredero.

La cuestión, en suma, es averiguar la verdadera voluntad del testador conforme al principio espiritualista que recoge el artículo 675 del Código Civil y que ha sido reiteradamente recogido por numerosa y unánime jurisprudencia. Según el citado precepto, «*toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención según el tenor del mismo testamento*».

Ante una disposición testamentaria que regule un supuesto de hecho que encaje en los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 788 del Código Civil, el problema está en determinar si las cláusulas correspondientes llevan consigo la creación de una fundación, aunque esta palabra no se mencione, o tienen un significado diferente. En todo caso, tales cláusulas habrán de interpretarse según el citado principio espiritualista recogido en el artículo 675 del Código Civil y que inspira el mencionado precepto, en el que se concede preferencia a la voluntad efectiva del testador sobre la mera literalidad de las palabras por él empleadas. Evidentemente, esta interpretación espiritualista cobra excepcional importancia en supuestos de testamentos ológrafos redactados sin el correspondiente y oportuno asesoramiento notarial, ya que los testadores, muchas veces, saben lo que quieren pero ignoran la terminología precisa que debe emplearse.

Por lo que respecta a la doctrina, MANRESA (*Comentarios al Código Civil*, t. VI, pág. 219, 7.^a ed., Madrid, 1951) hace referencia a la existencia de una fundación sin que quede claro que ésta es erigida por el testador, como la tesis aquí sostenida, o ya existe con anterioridad, y parece también partidario de la opinión de la liberación de los bienes inmuebles en caso de capitalización de la carga. Por lo demás, ni trata ni resuelve el problema de a favor de quién se constituye la hipoteca prevista en el artículo 788.3.º CÁRDENAS (*loc. cit.*) tras ver en el artículo 788 del Código Civil una «fundación modal», estima que en este caso no hay fundación considerada como persona jurídica.

E) LA JURISPRUDENCIA

Por las razones que sean, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo no ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre una interpretación del artículo 788 del Código Civil. No obstante, la única que he podido encontrar es la muy elocuente y significativa STS de 12 de diciembre de 1963 (ponente el Magistrado don Antonio Tutor y Guelbenzu) —posterior a la aparición de mi primer trabajo inicialmente citado, que es de 1962— con relación a la sucesión de un español fallecido en Beirut, bajo testamento ológrafo otorgado en El Cairo, el 24 de septiembre de 1942, debidamente protocolizado, referente a varios bienes inmuebles en España, en el que el testador no creaba expresamente una fundación, como se deduce de las alegaciones de los abogados en defensa de los derechos de sus respectivos clientes. Así en el resultando segundo uno de los Letrados aduce: «D) Que no se establece en el testamento ninguna Fundación». En el resultando tercero, en uno de los razonamientos, se centra adecuadamente el problema, tal y como se hace en estas líneas, al decir que la cuestión consiste: «en síntesis, en determinar si las cláusulas en él (testamento) contenidas envolvían la creación de una Fundación testamentaria dotada de personalidad propia o tienen un significado distinto»... «que el testador no crea una Fundación ni de sus cláusulas testamentarias rectamente puede deducirse intención de establecerla».

Planteada así la controversia, el primer considerando de la sentencia acertadamente la sintetiza y dice:

«Que todo el problema litigioso se circunscribe a la interpretación que deba darse al testamento ológrafo otorgado por don J. M. R. el 24 de diciembre de 1942, para determinar si constituye la creación de una fundación benéfico-docente con todos sus elementos precisos para ello, conforme sostiene la sentencia recurrida, o si, por el contrario y como afirman los recurrentes, entraña una institución de herederos a su favor sujeta a determinadas obligaciones de tipo benéfico-docentes...»

En el segundo considerando se resuelve el tema debatido al establecer:

«Del estudio de las cláusulas testamentarias, todas suficientemente claras y terminantes, se desprende que contienen todos los elementos precisos para constituir una fundación de tipo benéfico-docente, puesto que, una vez pagados los legados y las obligaciones que señala, todas de reducida cuantía en proporción al capital, deja éste en su totalidad para un fin de tipo social, determinando hasta en sus menores detalles la distribución que debe hacerse de sus rentas o productos, manteniendo por plazo indefinido la integridad del capital a los fines permanentes que señala y creando no sólo una organización de todo ello y de los órganos encargados de la administración, sino que llega a prevenir y regular la sustitución de los administradores en caso de muerte, renuncia o incapacidad todo ello con carácter permanente o indefinido; y si bien es cierto que no regula el destino que deba darse al capital en el caso de extinción de la Fundación, no lo es menos que ello se debe a su voluntad de que ésta tenga vida perpetua; pero aun cuando así no fuera, siempre resultará que tal dato no es imprescindible desde el momento que el Código Civil y las Legislaciones reguladoras de las fundaciones e instituciones benéficas señalan el destino de los bienes en tales casos».

Como se ve, la parcialmente transcrita sentencia recoge la tesis aquí sostenida, es decir, la existencia de una fundación para cumplir la voluntad del testador, aunque éste en ninguna parte emplee expresamente la palabra «fundación».

F) LA LEGISLACIÓN

a) *El reconocimiento de la personalidad*

La regulación sobre las fundaciones se ha basado en España en una abigarrada multitud de instrucciones, órdenes, leyes, decretos y reglamentos en los que, en esta ocasión, no parece oportuno detenerse. Como resume VALLET («Panorama...», cit., I, 427), la atribución de personalidad a las personas jurídicas, y entre ellas a las fundaciones en el Derecho positivo moderno, fluctúa entre tres posiciones principales: a) El sistema de libre constitución, es decir, el reconocimiento por la mera existencia; b) El de reconocimiento, una vez cumplidos determinados requisitos, pero siendo de advertir que ese reconocimiento puede ser declarativo o confirmativo, según la personalidad surja independientemente de su reconocimiento o bien la requiera; c) El de concesión por reconocimiento constitutivo.

En un plano histórico, a la publicación del Código Civil, como dice BADENES (*loc. cit.*), para que exista la persona jurídica se exige el reconoci-

miento legal, según se desprende del artículo 35 del Código Civil, a cuyo tenor «*son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente reconocidas*».

Ahora bien, que este reconocimiento se producía por la mera existencia, es decir, sin un acto especial de concesión ni siquiera de inscripción en Registro alguno, según se deducía antes de la vigente Ley de Fundaciones, incluso de la precedente de 1994:

Del artículo 9.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, al disponer que las fundaciones benéfico-docentes constituyen una personalidad jurídica con capacidad legal para ejercitar sus derechos y cumplir sus deberes desde el momento mismo de su constitución.

Del artículo 10 del mismo Real Decreto, que establece que se entenderán constituidas desde que por cualquier modo se acredite su existencia.

De la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1920, que establece, con plausible doctrina, que ningún artículo del Código Civil (es de suponer que en ninguna parte o texto positivo, dada la minuciosidad y rigurosidad de nuestro más Alto Tribunal), exige para la existencia de la fundación la aprobación del Estado, requiriéndose sólo una finalidad lícita, sin que la previa declaración de licitud sea igualmente precisa. La cuestión, como se dice, está actualmente solucionada legislativamente.

En la actualidad, el problema de la personalidad de la fundación ya fue resuelto por el artículo 4 de la anterior Ley 30/1994, de 24 de noviembre, reiterado por el artículo 3 de la vigente citada, de Fundaciones, según cuyos textos coincidentes: «*las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones*».

En consecuencia, cuando se den los supuestos de hecho del artículo 788.3.º del Código Civil, esto es, cuando se afecte bienes inmuebles suficientes para el efectivo cumplimiento de una finalidad benéfica y se establezca un orden para su funcionamiento, se contará con los elementos integrantes de una fundación que adquirirá la personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de Fundaciones, capaz, por su esencia, de cumplir perpetuamente la voluntad benéfica del testador.

Como se ve, la concesión de la personalidad precisa dos requisitos: Escritura pública e inscripción en el Registro de Fundaciones.

En cuanto al artículo 9 de la Ley, anteriormente transcrito, conviene señalar:

En primer lugar, que no es necesario que el testamento contenga todos los requisitos que se exigen en los artículos 10 y 11 de la Ley, puesto que el

número 4 del artículo 9 ya previene que si tales requisitos no se recogen en el testamento, la escritura pública en donde se contengan se otorgará por los albaceas, por los herederos o por el Protectorado.

En segundo lugar, que si bien el artículo 9.4 requiere que el testador establezca su voluntad de crear una fundación, esta voluntad, como ya señaló anteriormente, no es preciso que sea expresa, sino que puede deducirse de los términos del testamento en una interpretación espiritualista de éste, criterio reiterado por la jurisprudencia, en especial por sentencia reseñada recogida precedentemente de 12 de diciembre de 1963, ya que, como escribe VALLET («Panorama...», cit., I, 412), lo dispuesto en el artículo 788 del Código Civil, el testador puede establecerlo bien como modo *propter rem* o como deber moral; «y en el primer caso el Derecho ha de ofrecer los medios más eficaces para que aquél se cumpla y no sea burlada la voluntad del testador. Otra cosa parecería una incongruencia». Es decir, que la voluntad del causante, ley fundamental de la sucesión, ha de encontrar cauces adecuados para que pueda ser cumplida, por encima de las palabras empleadas.

Por último, el artículo 9.4 dice que la escritura de constitución se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 788 del Código Civil, que se refiere exclusivamente al heredero. Ahora bien, si el testador impone esta obligación a un legatario al que encomienda el destino que haya de darse a los bienes inmuebles que grava con carga perpetua, parece que, en defecto del albacea, será el legatario y no los herederos quien tenga que realizar los actos constitutivos de la fundación y, entre estos, el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. También le corresponderá la facultad de elección a que se refiere el siguiente apartado *b*). En efecto, únicamente al legatario corresponderá esa facultad de capitalizar e imponer el capital primera y suficiente hipoteca. Así resulta, además, del artículo 789 del Código Civil, según el cual *todo lo dispuesto en este capítulo respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios*». Por otra parte, si la obligación se impone a un heredero, sin más, habrá que atenerse al artículo 768 del Código Civil, a cuyo tenor *«el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario»*.

VALLET («Panorama...», cit.) plantea el problema de los escrúpulos de la doctrina moderna respecto a las instituciones de heredero o legados a fundaciones aun no constituidas. La duda se suscitó por entender que se trataba de una vocación hereditaria de persona futura, que no existía al causarse la sucesión. Cita el maestro a FERRARA, que estimaba que no se puede nombrar heredero o legatario a quien no existe, ni puede presuponerse la condición de *nasciturus*, que equivale a abolir el principio de que para suceder es necesario existir en el momento de la delación hereditaria, ni tampoco es posible, a falta de texto legal expreso, conceder efecto retroactivo al reconocimiento de

una persona jurídica. La réplica consiste en que no es verdad que el ente no exista al causarse la sucesión, sino que tiene una personalidad inicial y embrionaria que puede parangonarse con la del concebido, siéndole aplicable el principio *nasciturus pro iam nato habetur*. El mismo FERRARA —sigue VALLET— al examinar si es posible nombrar heredero a quien todavía no existe, afirma que la creación de una fundación por acto *mortis causa* no es un llamamiento de heredero o legatario, por lo que no se rige por los principios sucesorios, sino que es un negocio autónomo de constitución de una obra de destinación de un patrimonio y, en suma, se decide por la licitud de tal procedimiento porque si la fundación ha de nacer en lo futuro, es legítimo que el patrimonio sea reservado y vinculado en espera de esa eventualidad. VALLET no ve ningún obstáculo en que se confiera un legado como dotación de la fundación que el testador ordena y distingue, en fin, los supuestos en que el crea y ordena la fundación, a la que instituye heredera o dota con un legado de aquellos otros casos en los que encarga su creación a los albaceas.

b) *La dotación*

El artículo 10 de la Ley exige que la escritura de constitución de una fundación deberá contener: «c) *la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación*».

Ahora bien, prescindiendo de otras cuestiones, entre ellas la acertada exigencia de suficiencia y adecuación de la dotación, que impide una megalomanía filantrópica, resulta que el heredero tiene una doble opción:

- Entregar los bienes inmuebles como dotación a la fundación.
- Capitalizar la carga e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

Corresponde al heredero elegir entre una de estas dos opciones, según el artículo 788.3.º del Código Civil, con lo que se guarda correspondencia con el artículo 1.132 del Código Civil que en las obligaciones alternativas concede esta elección al deudor. Una vez hecha la elección y notificada (art. 1.133 del Código Civil) al albacea o, en su caso, al Patronato, hay que entender que es irrevocable.

Respecto a la primera opción, entrega de los inmuebles como dotación, podría objetarse que, según el artículo 788 del Código Civil, la obligación de invertir cantidades para los fines expresados se impone al heredero. Pero si, como parece demostrado, ésta no puede ser una obligación que se imponga al heredero con carácter perpetuo, al ser incompatible la perpetuidad con lo limitado de la vida humana, hay que entender que la obligación impuesta al heredero es la de posibilitar esa perpetuidad, lo que sólo puede conseguirse

a través de la fundación. Lo que se impone y asume el heredero es cabalmente la constitución de la fundación y para ello es imprescindible dotarla.

Habida cuenta que la existencia de la fundación es inexcusable para dotar de perpetuidad a la carga impuesta, la dotación puede originar alguna cuestión.

Al ser los inmuebles objeto de la dotación, puede plantearse si la fundación adquiere directamente del testador o han de ser adquiridos previamente por el heredero o legatario al que se impone la obligación.

Por un lado cabe pensar que los inmuebles son adquiridos previamente por el heredero, puesto que si éste decide capitalizar la carga e imponer *sobre los mismos inmuebles gravados* primera y suficiente hipoteca, la previa adquisición por el heredero resulta imprescindible para inscribir los inmuebles a nombre de éste. No será necesaria la previa adquisición de los bienes por el heredero si éste constituye la hipoteca sobre otros bienes, propios o de un tercero que se preste a ello.

Por otra parte, puede estimarse que quien constituye la fundación, quien la ordena, es el causante y que el heredero al que se impone la obligación es un mero ejecutor de la voluntad de aquél. Si así se considera, entonces no se precisará normalmente la adquisición de los bienes por parte del heredero, ya que, según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, *«no será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los... albaceas y demás personas que, con carácter temporal, actúen como órganos de representación y disposición de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes»*.

En cuanto a la segunda opción, capitalizar la carga, está claro que no puede hacerla libremente el heredero, sino que la hará con intervención del Gobernador Civil de la provincia (actualmente, al suprimirse los Gobiernos Civiles, el Delegado o el Subdelegado del Gobierno) y con audiencia del Ministerio Público. Ahora bien, el destino del capital resultante no puede ser otro que el de entregarlo a la fundación como dotación. No puede olvidarse que, como ya se indicó anteriormente, al capitalizar se liberan los inmuebles, por lo que estos ya no son el soporte que requiere el artículo 788 del Código Civil y se entra en la prohibición de perpetuidad del artículo 785.3.º del Código Civil. ¿Qué se hace con ese capital resultante? ¿Dónde, cómo y a favor de quién se impone? Descartada, como se verá, la solución de que la hipoteca se imponga a favor de los estudiantes, doncellas, etc., ¿a favor de quién se constituye la ordenada hipoteca? ¿A quién se entrega si no el capital? ¿Se queda con él el heredero? Pero es que si se liberan los bienes, lo que no puede admitirse es que el heredero adquiera los bienes liberados y no tenga nada que hacer con el capital resultante, no tenga que entregarlo a alguien. Como se ha intentado demostrar, cuando se dan los elementos integrantes de una fundación y hay una voluntad tácita de constituirla, como clara y paladinamente ha proclamado nuestro Tribunal Supremo en la sentencia citada,

hay necesariamente que constituir tal fundación y hay que dotarla. Porque ¿qué otra cosa puede hacer el heredero más que dotar a la fundación con ese capital? En este sentido, si los bienes inmuebles están destinados a constituir el soporte económico de la fundación, lo que parece incuestionable, si por la capitalización se sustituyen esos bienes por un capital, éste tendrá el mismo destino que el de los bienes a los que sustituye, esto es, servir de base económica a la fundación, aunque sólo sea por subrogación real.

En definitiva, no hay más solución que constituir la fundación y dotarla mediante el cumplimiento de una de las dos opciones mencionadas: o con los inmuebles o con el capital, ya que la dotación es imprescindible para que la fundación surja y únicamente con la fundación se consigue la perpetuidad.

La constitución de la fundación es obligatoria, según el antes parcialmente transcrito artículo 9 de la Ley de Fundaciones que dice que la escritura «*se otorgará*» por el albacea, primero, en su defecto, por el heredero y, por último, por el Protectorado. El heredero habrá de optar por una de las dos opciones antes señaladas y comunicar su opción al albacea para, según su elección, proceder de una u otra manera.

Por consiguiente:

Si el heredero, el albacea o el Protectorado dota a la fundación con los bienes inmuebles gravados, no se adquieren éstos previamente por el heredero ni se inscribirán a su nombre, pues pasan directamente a la fundación. Es un tanto absurdo pensar que los bienes han de ser adquiridos previamente por el albacea o por el heredero o por el Protectorado e inscribirse a nombre de éstos. Ahora bien, será necesario que el albacea o el Protectorado cuente con el consentimiento del heredero al que evidentemente corresponde decidir si los inmuebles se aportan como dotación o si prefiere capitalizar la carga y dotar a la fundación con la suma resultante. Consecuentemente, el albacea o el Protectorado debe requerir al heredero para que manifiesta su intención de capitalizar o no, dándole un plazo que, en su caso, señalarán los Tribunales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.128 del Código Civil.

Si el heredero decide capitalizar e imponer el capital en primera y suficiente hipoteca, es absolutamente necesaria su conformidad en cuanto a plazo, intereses y demás circunstancias de la hipoteca puesto que, como antes se dijo, además, los bienes se adquirirán por éste como liberados de la carga.

Si el heredero, en defecto del albacea, desea otorgar él la escritura de constitución y aportar los bienes inmuebles como dotación, será un mero ejecutor de la voluntad del testador, no será menester que los bienes inmuebles sean adquiridos por él ni que se inscriban a su nombre; los bienes pasan directamente *recta via* de la herencia a la fundación. Si, por el contrario, decide capitalizar la pensión e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca, para liberar los bienes y adquirirlos sin la carga, al pasar

ésta a la fundación, entonces, para constituir esa hipoteca sobre esos mismos bienes, será necesaria la previa adquisición de estos por el heredero.

Lo que resulta claro en todo caso es que ni el albacea ni el Protectorado pueden por sí solos capitalizar la carga e imponer esa primera hipoteca, porque esta opción, con la que tienen que contar, corresponde clara y exclusivamente al heredero.

II. LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

Según el transcrito párrafo tercero del artículo 788 del Código Civil, el heredero podrá capitalizar la carga perpetua e imponer el capital en primera y suficiente hipoteca, segunda opción del heredero señalada en el apartado F, b) precedente.

Si, efectivamente, el heredero hace uso de esa facultad, si no se admite la existencia de una fundación, se tropieza con dificultades insalvables.

En primer lugar, aunque el heredero parezca ser el sujeto pasivo de una obligación, la de entregar periódicamente cantidades a doncellas, estudiantes, etc., ¿a favor de quién se constituye la hipoteca? ¿Quién la acepta, exige y ejecuta? ¿Quién será el acreedor hipotecario?

Hay que desechar absolutamente que los acreedores hipotecarios sean las personas que reúnan los requisitos exigidos por el testador, esto es, las doncellas, los estudiantes, etc., porque el artículo 9.4.º de la Ley Hipotecaria exige que se haga constar en el Registro «*la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción*» y en ésta, según el artículo 51.9.º del Reglamento Hipotecario, ha de precisarse «*el nombre, apellido y circunstancias de las personas a cuyo favor se practique la inscripción*» y tales beneficiarios están indeterminados hasta el momento en que, examinados los méritos y circunstancias de los candidatos o solicitantes, se les conceda la beca o la ayuda económica establecida. Pero es que tales personas favorecidas pueden incluso no existir por no haber quien, durante un plazo más o menos largo, indefinidamente, reúnan los requisitos exigidos para recibirla. O, sencillamente, aun reuniéndolos, no soliciten ni deseen recibir las «*ciertas cantidades periódicamente*» en que consista el beneficio.

Conviene señalar, para rechazar una posible interpretación contraria, que no cabe aducir que, según el artículo 154 LH, se permite la hipoteca a favor de los tenedores de los títulos transmisibles al portador sin más determinación que hacer constar expresamente, que la hipoteca queda constituida a favor de tales tenedores presentes o futuros de las obligaciones sin necesidad de expresar los nombres y circunstancias de estos. Y no cabe este argumento

por asimilación porque, en primer lugar, tal precepto es excepcional y no permite su interpretación extensiva; y, en segundo lugar, porque en el caso del artículo 154 LH, los titulares activos existen en cada momento, mientras que en el supuesto del artículo 788.3.º del Código Civil, los titulares activos pueden no existir o, aun existiendo, pueden no querer aceptar ni la hipoteca ni siquiera la dote o beca. No parece, por tanto, que este artículo 154 LH sirva de ayuda a una tesis a todas luces inadmisibles.

Un buen número de autores (por todos, ALBALADEJO, *loc. cit.*, pág. 397) estima que la hipoteca de renta parece prevista para estos supuestos de entregas periódicas de determinadas cantidades.

Sin embargo, esta aplicación de la hipoteca de renta, que tendría como titulares activos o acreedores hipotecarios a los estudiantes, a las doncellas y en general a los beneficiarios, tropieza con algunos obstáculos insalvables, aparte el señalado de la indeterminación del sujeto activo, esto es, del acreedor hipotecario, según los citados artículos 9.4.º LH y 59.9.º RH, y con ella la imprecisión de quien exige, acepta, ejecuta y cancela la hipoteca.

Uno, que la periodicidad que impone el artículo 788 del Código Civil no implica que las pensiones hayan de entregarse repetidamente a las mismas personas, sino que pueden entregarse esas cantidades a personas distintas, lo que resulta más evidente en el caso de dotes a doncellas pobres, pues ya se comprende que no se va a adotar a la misma persona todos los años. Es inconcebible que cada una de las personas favorecidas sea titular, acreedora de una hipoteca de renta, porque con la percepción, por ejemplo, de la dote, agota su derecho, mientras que la característica de la hipoteca de renta es que su titular tiene derecho garantizado a seguir percibiendo la pensión. No tiene mucho sentido pensar que el favorecido por el beneficio, por ejemplo, recibir una cantidad para una operación quirúrgica, pueda pedir la constitución de la hipoteca cuando el obligado —la fundación, según mi tesis— está dispuesta a entregarle la cantidad establecida y, efectivamente, se la entrega. Y, menos, una hipoteca de renta que garantice una sola prestación. Resultaría así la anomalía de una hipoteca cuyo titular activo no sólo puede no existir, sino que va a estar indeterminado y circunstancialmente va a estar entrando y saliendo para dejar su lugar a otro receptor de la pensión sin que el Registro refleje ese difuso e impreciso trasiego de titulares.

Otro, quizá definitivo, que el artículo 248 del Reglamento Hipotecario dispone respecto a la hipoteca de renta que *«en la inscripción de la hipoteca de renta se hará constar necesariamente la fecha en que deba satisfacerse la última pensión o prestación o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción»*, que choca frontalmente con el carácter de perpetuidad que establece el artículo 788 del Código Civil.

Curiosamente ALBALADEJO, para salvar el obstáculo que supone el artículo 248 RH a la perpetuidad, dice que se podrá constituir una hipoteca de renta

o prestación periódica fijándole la duración más larga posible y, como la carga es perpetua, al final de cada duración temporal asegurada, renovar la situación por otro tiempo. Pero ¿cuál es esa duración más larga posible? ¿Cómo se determina y fija? ¿Quién lo hace? Por lo demás, deja sin resolver el principal problema, que es a favor de quién se constituye esa hipoteca.

B) LA FUNDACIÓN COMO ACREEDORA HIPOTECARIA

Considerando la existencia de la fundación como imprescindible, según se ha intentado demostrar, para posibilitar el cumplimiento perpetuo de la voluntad del testador, la necesidad institucional de que esta fundación cuente con el soporte económico —dotación— para el cumplimiento de sus fines, puede orientarnos a una adecuada solución.

Como se indicó precedentemente, el heredero obligado a cumplir la obligación impuesta por el testador puede optar entre:

- a) Entregar los bienes inmuebles gravados a la fundación, dotarla con la propiedad de tales bienes, de modo que la fundación, mediante su explotación adecuada, ya cuenta con los medios suficientes para hacer donaciones esponsalicias a favor de doncellas, becas para estudiantes, etc., en fin, para cumplir el fin benéfico docente previsto y deseado por el causante.
- b) Capitalizar la pensión y entregar el capital resultante a la fundación como dotación, de modo que el heredero adquirirá los inmuebles como libres de la carga y la fundación, con el capital que recibe como dotación, cumplir perpetuamente la voluntad del causante.

Ahora bien, si el heredero, una vez capitalizada la pensión, no entrega inmediatamente a la fundación el capital resultante, lo que hay que garantizar con esa hipoteca primera y suficiente, a la que se refiere el párrafo 3.º del artículo 788 del Código Civil, es precisamente la obligación que asume el heredero de entregar como dotación a la fundación ese capital resultante, lo que se ajusta perfectamente a lo dispuesto en el artículo 12.3 de la Ley de Fundaciones, según el cual la aportación —dotación— «*deberá acreditarse o garantizarse*». Naturalmente, será una hipoteca normal y no una hipoteca de renta y con un titular, acreedor hipotecario, exacta, legal y reglamentariamente identificado.

Se trata, pues, de garantizar una obligación que asume el heredero frente a la fundación. Como es natural, habrá que fijar un plazo para el cumplimiento, esto es, para la entrega del capital debido y requerirá la aceptación por parte del Patronato.

Con la presente interpretación, según me parece, encajan todas las piezas y queda satisfactoriamente resuelto el problema de a favor de quién se constituye la hipoteca que prescribe el párrafo tercero del artículo 788 del Código Civil: A favor de la fundación que se constituya.

Una vez efectuada la entrega, dotada la fundación, habrá que cancelar la hipoteca que aseguraba dicha entrega porque, cumplida la obligación que asume el heredero, la cancelación debe otorgarla la fundación por medio del Patronato.

Por lo demás, como ya se indicó anteriormente, F b), el heredero podrá constituir hipoteca sobre los bienes inmuebles sobre los que recae la carga, que, si resultan libres de ésta, quedan hipotecados a favor de la naciente fundación, o sobre cualesquiera otros bienes, propios o ajenos, puesto que en ninguna parte se exige que la hipoteca recaiga sobre estos mismos bienes, sino que lo que requiere el precepto es que la hipoteca sea primera (también innecesaria, como señala SCAEVOLA, *loc. cit.*) y suficiente.

III. LA ESCRITURA

La constitución de la fundación está facilitada en la nueva Ley. Con referencia exclusiva a la *mortis causa*, como vimos, se confiere esta facultad a los albaceas (vid. VALLET, «Dictámenes...», cit., pág. 323 y sigs.), en su defecto, a los herederos testamentarios —lo que es coincidente con el artículo 911 del Código Civil, según el cual «en los casos del artículo anterior (que se refiere a la extinción del albaceazgo por muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea y por el lapso de tiempo), y en el de no haber el albacea aceptado el cargo, corresponderá a los herederos la ejecución de la voluntad del testador»— y, por último, al Protectorado (art. 9).

Como queda repetidamente señalado, el heredero tiene una doble opción:

- a) Si el heredero decide entregar la finca directamente a la fundación para que ésta sea así dotada, el albacea podrá, efectivamente, hacerlo constar así en la escritura fundacional, de modo que, como anteriormente se indicó, los bienes inmuebles pasen directamente del causante a la fundación. En todo caso, como queda dicho, aunque la escritura la otorga el albacea, será necesario contar con la decisión del heredero, al que precisamente el artículo 788, párrafo tercero, concede esa facultad, que puede constar en la misma escritura fundacional o en otra preferentemente previa, lo que se acreditará debidamente con la copia de la escritura en la que así conste.
- b) Si, por el contrario, el heredero opta por capitalizar e imponer el capital en primera y suficiente hipoteca, quedándose con los bienes inmuebles libres de la carga (lo que es posible si estima, por ejemplo,

que los bienes gravados valen más que la capitalización de la carga), parece que en la escritura o antes previamente, será necesario que el heredero sea el que capitalice, ya que, efectivamente, el artículo 788 del Código Civil le confiere a él esta decisión. Una vez obtenida la cantidad resultante de la capitalización, puede suceder:

- que, en la escritura fundacional conste y se acredite que el heredero ha entregado ya esa cantidad a la fundación, en cuyo caso bastará el albacea para el otorgamiento y el heredero podrá inscribir los bienes inmuebles como libres a su nombre,
- o que el heredero se obligue a entregar a la fundación el capital resultante, que es precisamente lo que exige el artículo 788 del Código Civil, lo que se garantizará con la correspondiente hipoteca primera y suficiente. Pero en este caso no sólo será el heredero quien capitalice, sino que será menester su concurso para señalar plazos, intereses, amortizaciones, procedimientos, etc. En suma, esto no puede hacerlo el albacea por sí solo. Como antes se dijo, será oportuno el señalamiento de un plazo, puesto que la fundación no puede actuar mientras no se la haya dotado, en tanto no pueda disponer del dinero resultante de la capitalización y una fijación de intereses.

Quedan por precisar algunos matices. En principio, si la escritura de constitución de la fundación la otorga por sí solo el albacea, es claro que él no puede constituir la hipoteca a favor de la fundación, porque esta facultad es atribuida al heredero que, como antes se dijo, es el dueño de los inmuebles sobre los que se impone la carga. Será menester, por tanto, que también concorra el heredero que será quien hipoteque y pacte las condiciones de la hipoteca. La intervención del heredero es naturalmente imprescindible si, como queda dicho, prefiere hipotecar otros bienes inmuebles suyos.

Si por falta de albacea es el heredero el que constituye la fundación, puede, naturalmente, como se dice, hipotecar los bienes inmuebles recibidos u otros diferentes, suyos o de un tercero que se preste a la hipoteca por deuda ajena. En principio será una hipoteca unilateral, permisible y regulada en el artículo 141 LH, que requerirá la aceptación del Patronato. Ahora bien, si en la constitución de la fundación constan los nombres de los patronos y estos también comparecen en el otorgamiento, no parece haber obstáculo que en la misma escritura acepten sus cargos y acuerden aceptar también la hipoteca. Parece más seguro que la asunción automática por parte de la fundación cuando éste obtenga personalidad jurídica, según el artículo 13.1 de la Ley de Fundaciones.

Cuanto queda expresado puede aplicarse al supuesto en que el otorgamiento de la escritura de constitución de la fundación la otorgue el Protectorado.

Todo, naturalmente, sin perjuicio de los posibles derechos de los legiti-
marios.

APÉNDICE

Puede suceder que los bienes gravados sean insuficientes para alcan-
zar los fines previstos fundacionales porque así lo entienda el Protectorado
[art. 35.a) de la LF], ya que es misión de éste *«informar, con carácter pre-
ceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad
de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se en-
cuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los ar-
tículos 13 y 12 de la presente Ley»*. Por su parte, el artículo 31 de la Ley,
establece que *«la fundación se extinguirá: c) Cuando sea imposible la rea-
lización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29
y 30 de la presente Ley»*. Y, según el artículo 32 de la LF: *«2. En los
supuestos contemplados en los párrafos... c)... del artículo anterior, la extin-
ción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Pro-
tectorado. Si no hubiere acuerdo del Patronato, o éste no fuere ratificado
por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judi-
cial motivada que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato,
según los casos»*.

El artículo 33 de la Ley dispone que *«1. La extinción de la fundación...
determinará la apertura del procedimiento de liquidación que se realizará
por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado. 2. Los
bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundacio-
nes o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés
general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de diso-
lución a la consecución de aquellos, y que hayan sido designados en el
negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su
defecto, este destino podrá ser decidido, a favor de las mismas fundaciones
y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa
facultad por el fundador y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protec-
torado cumplir ese cometido»*.

Según la Disposición Adicional quinta: *«Los notarios deberán poner en
conocimiento del Protectorado el contenido de las escrituras públicas en lo
referente a la constitución de las fundaciones y sus modificaciones posterio-
res mediante la remisión de copia simple de las citadas escrituras. En el caso
de que la fundación haya sido constituida en testamento, la referida obliga-
ción será cumplimentada cuando el notario tuviere conocimiento del falleci-
miento del testador»*. Quizá lo prudente sea que el notario autorizante del
testamento y conecedor de la muerte del testador comunique al Protectorado

la existencia de una disposición testamentaria en la que, tácita o expresamente, se prevé la constitución de una fundación, con remisión de las cláusulas pertinentes, con lo que, si el Protectorado estima insuficiente la dotación, ya puede paralizar los posteriores trámites, esto es, constitución de la fundación que, ante el informe negativo no podrá llevarse a cabo. Naturalmente, puede suceder que el notario, al que se encarga la escritura fundacional, no sea el mismo que autorizó el testamento, en cuyo caso habrá que atenerse estrictamente a lo ordenado en la Ley.

La Ley de Fundaciones no prevé lo que hay que hacer en el caso de que el Protectorado considere que ni los bienes gravados ni el capital resultante de su capitalización son suficientes para la consecución de los fines benéficos pretendidos por el testador. En el caso de fundación testamentaria, el problema surge cuando el Protectorado, tras recibir la copia simple a que se refiere la transcrita Disposición Adicional, estime la insuficiencia de la dotación o con los bienes o con el resultado de su capitalización y así se lo comunique al notario. La consecuencia de este informe negativo del Protectorado es que la fundación testamentaria no podrá constituirse, ya que tal informe es preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones [art. 35.1.a)] por lo que, al no poder inscribirse la fundación, ésta no adquirirá personalidad jurídica (art. 4.1) ni existirá.

Del conjunto de las normas precedentemente transcritas, resulta, ante todo, que el fundador, esto es, el testador, podrá señalar el destino que haya de darse a los bienes gravados o al resultado de la capitalización, tanto si la fundación se extingue, como si lo llega a hacer como consecuencia del citado informe negativo del Protectorado. Si nada ha dispuesto el testador, parece lo más adecuado dar a tal dotación el destino que señala el artículo 33 de la Ley para el caso de liquidación. Es decir, entregarla a las fundaciones y entidades que tal artículo menciona.

Es absurdo, por otra parte, considerar, tras el informe negativo del Protectorado, que la fundación seguirá su proceso constitutivo para inmediatamente liquidarse. Es más lógico estimar que el destino de la dotación será el mismo que en el caso de liquidación por extinción al ser imposible la realización del fin fundacional [art. 31.c) de la Ley]. Tampoco parece aplicable el artículo 29.4 de la Ley, según el cual: *«cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirla para que se fusione con otra de análogos fines que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión, siempre que el fundador no lo hubiere prohibido»*, puesto que este artículo se refiere a una imposibilidad sobrevenida de una fundación ya existente, mientras que ahora se trata de una imposibilidad inicial que impide que la fundación se constituya. Aparte, claro, que no cabe la fusión de un fundación existente con otra no nacida, inexistente.

También podrá pensarse que, al ser imposible la constitución de la fundación como único medio de conseguir la perpetuidad, por insuficiencia de los bienes gravados, estos han de entregarse al heredero. Parece preferible conservar la voluntad benéfica del testador no en la forma específica y concreta que éste deseaba, sino asignando o entregando los bienes a aquellas fundaciones o entidades no lucrativas que persigan fines de interés general, a las que se refiere el artículo 33 de la Ley. El testador asignó bienes para un fin benéfico y bien podría considerarse que este fin es el que debe conservarse en cuanto fuere posible aunque sea en forma similar. Naturalmente, si el causante hubiera previsto el destino de los bienes en caso de imposibilidad de constitución de la fundación, este destino, como queda dicho, será preferente.

Por lo demás, el heredero conserva la facultad de optar o por la entrega de los bienes a la entidad que designe el testador o el Protectorado, o por la capitalización de la carga. La consecuencia es que, si opta por la entrega de los bienes, habrá de hacerlo a dicha entidad y si elige la capitalización, esa entrega del capital resultante a la referida entidad será la garantizada por la hipoteca prevista en el párrafo tercero del artículo 788 del Código Civil y esa misma entidad será, lógicamente, la acreedora hipotecaria.

RESUMEN

HIPOTECA. PERPETUIDAD

A la vista del artículo 788, párrafos tercero, cuarto y quinto, se trata de resolver dos cuestiones: La de la perpetuidad de la prestación y la de determinar a favor de quien se constituye la hipoteca a que se refiere el párrafo tercero de dicho artículo.

En cuanto a la primera, desechadas diversas soluciones (sustitución fideicomisaria, obligación propter rem, carga real, figuras censales...), la solución propuesta es la constitución de una fundación que asumirá la concesión de dotes (sic), becas, etc. La fundación exige tres requisitos: Soporte económico, que son los bienes inmuebles gravados con la carga; fin altruista o benéfico, que son las dotes, becas, etc.; y una organización, a la que se refiere el artículo 788 con la palabra «orden», antes encomen-

ABSTRACT

MORTGAGE IN PERPETUITY

In the light of article 788, paragraphs three, four and five, the point is to settle two questions: That of the perpetuity of the thing given and that of determining in whose favour the mortgage at issue in paragraph three of said article is made.

As for the first question, after discarding a number of solutions (trust substitution, obligation propter rem, real burden, censo-type encumbrances...), the solution proposed is the creation of a foundation to take charge of granting dowries (sic), scholarships, etc. There are three requirements a foundation must meet: Economic support, which is the immovable property encumbered with the charge; an altruistic or beneficent purpose, which is the dowries, scholarships, etc.; and an organisation, to which arti-

dada a la Autoridad Administrativa que corresponda y actualmente al Protectorado en la nueva Ley de Fundaciones.

La Jurisprudencia cuenta con la STS de 12 de diciembre de 1963. La Legislación reconoce personalidad a la fundación a la que se puede dotar de dos maneras: o entregándole los bienes inmuebles gravados o el resultado de la capitalización de la carga, posibilidad ésta que permite el artículo 788 del Código Civil.

La constitución de la hipoteca no puede hacerse a favor de las doncellas, estudiantes, etc., porque se opone el principio de especialidad que requiere nombres y apellidos de los titulares de la hipoteca (art. 51 RH), que tampoco es de renta, dada la necesidad de fijar su duración (art. 248 RH). La solución está en constituirla a favor de la fundación, en el caso de que el heredero capitalice la carga; es decir, la hipoteca garantizará que el capital resultante sea entregado como dotación.

Se dan normas en cuanto a la escritura correspondiente.

Article 788 refers with the word «order», which used to be entrusted to the applicable administrative authority and is currently entrusted to the Protectorate in the new Foundations Act.

Jurisprudence includes the Supreme Court Sentence of 12 December 1963. Legislation recognises the personality of the foundation, which can be endowed in two ways: by the delivery of the encumbered immovable property, or with the result of the securitisation of the charge, this latter possibility being permitted by article 788 of the Civil Code.

The mortgage cannot be made in favour of the unmarried women, students, etc., because that would contradict the principle of speciality, which requires the full names of the holders of a mortgage to be given (Mortgage Regulation, art. 51), and it is not a mortgage to secure an income either, because of the need to fix its duration (Mortgage Regulation, art. 248). The solution lies in making the mortgage in favour of the foundation in the event that the heir securitises the charge; i.e., the mortgage will guarantee that the resulting capital is handed out as an endowment.

Rules are given as to the proper deed.

(Trabajo recibido el 14-02-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)

Comentarios a los recursos de la nueva Ley Concursal

por

FRANCISCO SACRISTÁN ROMERO
Profesor Universidad Complutense Madrid

Comenzaré mi discurso haciendo referencia a un breve inciso acerca de la regulación de los recursos e impugnaciones contra las decisiones del Juez de lo Mercantil prevista en la Ley Concursal, que se ha visto afectada por cambios significativos durante la tramitación parlamentaria. En el Proyecto de Ley Concursal se dedicaban a esta materia cuatro artículos, desde el 197 al 200, que finalmente han quedado reducidos a uno sólo, aunque con siete apartados, comprendidos todos ellos en el artículo 197. Pese a ello, el contenido de la regulación finalmente resultante no es demasiado diferente al inicialmente propuesto, salvo en un punto, en el que se ha introducido un cambio fundamental, el relativo al régimen de recursos de los incidentes concursales en materia laboral, cuestión en la que se ha terminado admitiendo la aplicación del régimen de recursos propio del procedimiento laboral, a la vez que estableciendo la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social. Y este asunto será el núcleo central de las siguientes líneas.

Aunque con esa regulación particular se haya quebrado de forma notable el principio de unidad de tratamiento que se había querido conceder al incidente concursal, el cambio puede considerarse justificado, por cuanto los principios del enjuiciamiento en el orden social son peculiares y podrían verse afectados residenciando los recursos en el orden civil, al que le son ajenos.

Por lo tanto, las únicas salvedades a la regla general son las establecidas en la propia norma, es decir, las especialidades contenidas en los demás apartados del precepto y lo establecido en el artículo 64 de la Ley Concursal, que en su apartado 8 establece que contra el auto que resuelva sobre la modificación o extinción colectiva de las relaciones laborales con el concursado procede recurso de suplicación y los demás previstos en la Ley de

Procedimiento Laboral, sin perjuicio de las acciones individuales de los trabajadores afectados que se sustanciarán por el incidente concursal con una resolución sometida a recurso de suplicación.

La Ley Concursal, consecuente con la remisión que realiza a lo largo de su articulado a la legislación laboral, sustantiva y procesal, en el enjuiciamiento de aquellas materias que, propias del orden social, han sido atribuidas al conocimiento del Juez del concurso, establece el recurso de suplicación y los demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral contra las sentencias que resuelvan incidentes concursales relativos a acciones sociales.

Yendo por partes, la primera cuestión que entiendo se debe discutir es la delimitación de las acciones sociales que deben enjuiciarse por el Juez del concurso mediante el incidente concursal. En este sentido, se atribuye a la jurisdicción exclusiva del Juez del concurso el conocimiento de las acciones sociales previstas en el número 2.º del artículo 8 de la Ley Concursal (así como en el art. 86 ter LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma constitucional). Son las acciones dirigidas a la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo, así como la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. Sin embargo, las acciones o expedientes que tienen por objeto la adopción de medidas colectivas de extinción, modificación o suspensión de las relaciones laborales, una vez presentada la solicitud de declaración de concurso, no se tramitan por el procedimiento del incidente concursal, sino por las reglas establecidas en el artículo 64 de la Ley Concursal, terminando el procedimiento mediante auto susceptible también de recurso de suplicación y de los demás previstos en la Ley de Procedimiento Laboral (art. 64.8.I de la Ley Concursal).

A partir de lo expuesto, no parece haber dudas de que deben tramitarse mediante el incidente concursal las acciones que los trabajadores pueden ejercitar contra el auto resolutorio de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, a las que expresamente se refiere el artículo 64.8.II de la Ley Concursal. En todo caso, la Ley Concursal no nos ofrece explicación alguna acerca de lo que debemos entender por «relación jurídica individual».

En principio, la expresión parece aludir a todas aquellas cuestiones relativas a las concretas circunstancias de la relación laboral de cada uno de los trabajadores afectados por las medidas colectivas: salario, categoría profesional, jornada, etc... No obstante, también podrían entenderse comprendidas las acciones individuales que los trabajadores pueden ejercitar contra las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo de carácter colectivo, únicas atribuidas al Juez del concurso, a las que se refiere el apartado 4 del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, de las que viene conociendo el Juez

de lo Social a través del procedimiento previsto en el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral. Con todo, la cuestión es discutible y existen opiniones divergentes por parte de los tratadistas que han analizado este asunto.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 192.1 de la Ley Concursal, también se tramitarán por el incidente concursal las demandas que den lugar a nuevos juicios declarativos en virtud de acciones sociales que deban ser ejercitadas ante el Juez del concurso, según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 de la Ley Concursal, así como los juicios declarativos en tramitación ante un Juzgado de lo Social que se acumulen de acuerdo a lo previsto en el apartado 1 del artículo 51 de la Ley Concursal.

La tramitación del recurso de suplicación deberá sujetarse a la regulación contenida en la Ley de Procedimiento Laboral, conforme a la remisión que la normativa concursal, en los artículos 8.2.º, 64.11 y 197.1 de la Ley Concursal, realiza a la legislación procesal laboral. Todo esto plantea diversas cuestiones de interés, a saber:

1.^a Siendo uno de los objetos del recurso la revisión de los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas, tal y como se fija en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la sentencia dictada por el Juez de lo Mercantil debe contener una referencia expresa y clara a los hechos que se consideran probados, tal y como exige con carácter general para las sentencias dictadas por los órganos de la jurisdicción del orden social el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Con el objetivo prioritario de conseguir una mayor claridad y facilitar la redacción del escrito del recurso y su posterior resolución, resultaría conveniente que los hechos probados figurasen como tales en un apartado propio dentro de la sentencia, separados de los antecedentes de hecho y de los fundamentos jurídicos, como se viene haciendo en las sentencias del orden social.

2.^a Los trámites necesarios para la interposición del recurso, tales como su anuncio y posterior formalización, deberán efectuarse ante el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, que será el órgano competente para valorar si concurren los requisitos, formalidades y plazos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, elevándose después los autos por el Juzgado a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente para su resolución.

El escrito de formalización del recurso deberá respetar también los requisitos propios de la legislación procesal laboral, invocando con claridad y precisión lo que pretende, de acuerdo con las finalidades propias del recurso recogidas en el artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, concretando a qué apartado de este precepto corresponde cada motivo de suplicación invocado.

3.^a Si bien en el proceso laboral las partes pueden comparecer y defenderse por sí mismas, peculiaridad que recoge la Ley Concursal en el artículo 184.6 cuando realiza una remisión a las reglas generales de la Ley de Procedimiento Laboral sobre representación y defensa, la designación de Letrado es requisito imprescindible para la admisibilidad del recurso de suplicación —incluido el que procede contra la sentencia recaída en el incidente concursal— y del escrito de impugnación del recurso, siendo ambos defectos subsanables (arts. 192 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral). El instante adecuado para el nombramiento de Abogado es el del anuncio del recurso ante el juzgado que conoce del concurso.

4.^a Una particularidad propia del procedimiento laboral es la exigencia al recurrente de determinadas garantías como requisito para la admisión del recurso de suplicación, consistentes en las obligaciones de consignar la cantidad objeto de condena en la sentencia y la de efectuar un depósito.

Responden a la finalidad de asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitar la interposición de recursos meramente dilatorios y respetar el principio esencial laboral de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, al limitar las posibles presiones sobre éste para reducir su derecho ante la incertidumbre en la percepción de la cantidad concedida en sentencia (STC 3/1983). Del cumplimiento de estas obligaciones están excluidos los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social, el Estado y sus Organismos Autónomos, las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos dependientes de ambos, los organismos constitucionales y quienes tuvieran reconocido el beneficio de justicia gratuita (arts. 227 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral y art. 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica). Por ello, no hay ninguna duda respecto a que en el recurso de suplicación interpuesto dentro de un procedimiento concursal los trabajadores y sus representantes estarán exentos de la obligación de consignación y depósito para recurrir. Mayores dudas se plantean en lo concerniente a la administración concursal y el deudor, sin olvidar que este último requerirá de la conformidad de la administración concursal para recurrir (art. 54 de la Ley Concursal).

En relación a estas cuestiones, cabe decir que la jurisprudencia constitucional, desde la STC 3/1983, ha sido pacífica al exigir el cumplimiento del requisito legal de la consignación para recurrir, sin que ninguna resolución del Tribunal Constitucional haya admitido la falta de medios económicos como causa que exonere de dicha obligación, circunstancia que, efectivamente, concurre en las empresas en situación de concurso. Así, la STC 30/1994 (RTC 1994/30), al pronunciarse sobre el deber de consignación del importe de la condena como presupuesto para recurrir el empresario en el orden social, establece, siguiendo a la jurisprudencia anterior, que: «...este Tribunal ha considerado que no constituye un obstáculo excesivo o desproporcionado

para el acceso al recurso, el artículo 227 de la “vigente” LPL (actual art. 228 LPL) dispone (como ya lo hacía el art. 170 de la LPL de 1980) que la misma es imprescindible para que sea admitido a trámite el recurso de suplicación, a menos que el recurrente gozara del beneficio de justicia gratuita...»

Por otro lado, la referencia que el artículo 197.7 de la Ley Concursal realiza, junto a la suplicación, a «los demás recursos previstos en la LPL», comprende al recurso de casación en unificación de doctrina y al recurso de queja. Este último es el que procede contra las resoluciones judiciales que nieguen el anuncio del recurso de suplicación o la preparación del recurso de casación, conociendo el órgano judicial que debería resolver el recurso denegado. El artículo 187 de la LPL se remite para su tramitación a lo dispuesto por la LEC para recurrir en queja (arts. 494 y 495 de la LEC).

Decir también que la referencia que el número 7 del artículo 197 de la Ley Concursal realiza a «los demás recursos previstos en la LPL» plantea la duda de si en la misma se comprenden la audiencia al demandado rebelde (art. 183 de la LPL) y el recurso de revisión (arts. 86.3 y 234 de la LPL), dado que su naturaleza de verdaderos recursos es negada por la mayoría de la doctrina. De optarse por la solución afirmativa, la tramitación será conforme dispone la LEC, a la que expresamente remite la LPL, con las especialidades previstas en esta última.

Finalmente, cabe indicar que ninguno de los recursos que puedan interponerse contra la sentencia dictada en el incidente concursal suspenderá el concurso ni ninguna de sus piezas, como expresamente establece el artículo 197 de la Ley Concursal.

Asimismo, entiendo importante una reflexión sobre lo que regula el artículo 195 de la Ley Concursal, referente al incidente concursal en materia laboral.

En este precepto, una de las cuestiones que suscita más polémica es la referida a que la demanda debe atenerse a los requisitos de forma establecidos en el artículo 437 de la LEC, es decir, a los propios de la demanda sucinta con la que se inicia un juicio verbal civil. Esos requisitos son tan escuetos que basta con que se consignen los datos de identificación de las partes y la petición que se realice.

Para la doctrina consultada a estos efectos, dicha especialidad no merece una opinión favorable. Entienden que ni siquiera en el procedimiento laboral los requisitos de demanda son tan escasos. El artículo 80 de la Ley de Procedimiento Laboral exige que también se consignen de forma enumerada, clara y concreta los hechos sobre los que trate la pretensión y todos los que resulten imprescindibles para resolver los asuntos planteados. No parece que tenga justificación razonable que se haya establecido esa diferencia respecto al procedimiento del artículo 194, en el que se exige que la demanda cumpla los requisitos fijados en el artículo 399 de la LEC para el juicio ordinario. A

diferencia del proceso laboral, no es preciso que se acompañe a ella el certificado del acto de conciliación previa, que es innecesario en este proceso.

Además, se establece que el juicio debe comenzar con el intento de conciliación o avenencia, igual que en el proceso laboral (art. 84.1 de la LPL). Sin embargo, no puede tener el mismo sentido esa conciliación o avenencia en este incidente que en el proceso laboral, porque existe una nota diferencial que parece que haya escapado al legislador y es que en el incidente concursal también se han de considerar intereses ajenos a los de las partes formales del mismo, los intereses de los acreedores del concursado. Esa tentativa de conciliación o avenencia no puede hacerse a costa de los intereses de tercero, como es natural, lo que disminuye de forma notable el ámbito de la autonomía de la voluntad de la parte demandada.

RESUMEN

RECURSOS EN CONCURSO

La regulación de los recursos prevista en la Ley Concursal se ha visto afectada por cambios significativos durante la tramitación parlamentaria. En el Proyecto se dedicaban a esta materia cuatro artículos, desde el 197 al 200, que finalmente han quedado reducidos a uno solo, aunque con siete apartados como es el artículo 197. Pese a ello, el contenido de la regulación finalmente resultante no es demasiado diferente al inicialmente propuesto, salvo en un punto, en el que se ha introducido un cambio fundamental, el relativo al régimen de recursos de los incidentes concursales en materia laboral, cuestión en la que se ha terminado admitiendo la aplicación del régimen de recursos propio del procedimiento laboral, a la vez que estableciendo la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social.

ABSTRACT

APPEAL IN BANKRUPTCY

The regulation of appeals under the Law on Meetings of Creditors has undergone significant changes during the parliamentary processing stage. Four articles of the bill, articles 197 to 200, were devoted to the subject of appeals; these have in the end been reduced to a single article, number 197, which does however have seven subparagraphs. Even so, the contents of the finally resulting regulation are not too different from those first proposed, save in one point, where a fundamental change has been introduced concerning the system of appeals for bankruptcy incidents in employer/employee matters. In the end, the application of the system of appeals used in employer/employee proceedings has been admitted, and labour courts have also been established as the competent authorities.

(Trabajo recibido el 21-03-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)

DERECHO COMPARADO

Levantamiento del velo de las personas jurídicas

por

IVÁN ESCOBAR FORNOS

Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua

SUMARIO

1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
2. ORIGEN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO.
3. CONCEPTO.
4. SU NATURALEZA JURÍDICA.
5. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN.
6. FUNDAMENTACIÓN.
7. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.
8. SU APLICACIÓN O RECHAZO.
9. CASUÍSTICA:
 - A) IDENTIDAD PATRIMONIAL Y PERSONAL.
 - B) LA INFRACAPITALIZACIÓN.
 - C) CONTROL DE SOCIEDADES.
 - D) ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
10. SU APLICACIÓN EN CIERTAS RAMAS DEL DERECHO.
11. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.
12. SU APLICACIÓN EN NICARAGUA.

1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

De acuerdo con los artículos 1 y 2 del Código Civil, las personas son naturales y jurídicas, teniendo ambas capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Las personas jurídicas son agrupaciones de personas naturales (1) que se organizan en asociaciones, corporaciones, fundaciones (2), sociedades civiles (3) y mercantiles (4).

Personas naturales, de acuerdo con el artículo 2 del Código Civil, son todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Las personas jurídicas, como hemos visto, son sujetos de Derecho con capacidad para adquirir derechos (5) y contraer obligaciones, las cuales constituyen una entidad distinta de las personas naturales que las componen.

Tienen un patrimonio propio, con el cual responden de las obligaciones y vinculaciones contraídas. Los socios no responden con sus propios patrimonios de las obligaciones de las personas jurídicas. Existen dos patrimonios completamente separados, el de la persona jurídica y el de los socios.

Esta limitación de responsabilidad de los socios, salvo algunas excepciones legales (6), ha permitido la inversión de capitales en sociedades, lo que

(1) Es posible que una sociedad participe como socia de otra sociedad o incluso la controle.

(2) Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro, de 6 de abril de 1992.

(3) Artículo 3.175 y sigs. del Código Civil.

(4) Artículo 118 y sigs. del Código de Comercio.

(5) Sobre la naturaleza de las personas jurídicas existen muchísimas teorías, pero nos limitaremos, dada la naturaleza de este trabajo, a señalar brevemente las más importantes: a) Teoría de la ficción legal. Se funda en que las personas colectivas constituyen una ficción creada por el legislador, guiado por razones de interés general, y su capacidad está limitada por la ley, su documento de constitución y estatuto; su origen se encuentra en el Derecho romano, pasa por la edad media y moderna. SAVIGNY es uno de sus expositores. b) Teoría de la realidad. Sostiene que las personas jurídicas son tan reales como las personas naturales. Esta teoría se ha subdividido en teorías organicistas; teorías voluntaristas; teoría del interés; teoría de la propiedad colectiva, etc. c) Teoría del patrimonio adscrito a un fin. Parte de la idea que pueden existir derechos y obligaciones sin sujeto. Esta teoría niega la personalidad jurídica porque las únicas personas jurídicas reales son los seres humanos. Por tal razón considera, para explicar el caso de las personas colectivas, que lo que existe es un patrimonio afectado a un fin y se atribuyen todos los derechos a dicho patrimonio sin necesidad de crear una persona titular del mismo. Existe una teoría que niega toda personalidad jurídica, inclusive a los seres humanos, pues sólo se reconoce la existencia del derecho objetivo y niega la existencia de los derechos subjetivos (DUGUIT).

(6) En las sociedades civiles los socios no están obligados por las obligaciones sociales, salvo que así se haya convenido (art. 3.280 del Código Civil). En las sociedades colectivas mercantiles los socios son solidariamente responsables de las obligaciones de la sociedad, pero pueden limitar su responsabilidad en la escritura del pacto social (art. 137 del Código de Comercio).

estimula el desarrollo de la industria, la agricultura y el comercio y cualquier otra actividad lucrativa. A través de las sociedades y sus agrupaciones, el capitalismo ha llegado a acumular grandes riquezas y al mismo tiempo contribuyen al progreso, a niveles extraordinarios, de la tecnología y la ciencia.

No obstante los beneficios logrados por medio de las personas jurídicas, encontramos abusos en el uso de la personalidad jurídica y la limitada responsabilidad de los socios, cuando realizan actos ilícitos, ante los cuales los socios aparecen inmunes a las acciones contra su patrimonio personal. Por medio de la persona jurídica se cometen delitos (7), fraudes a la ley y daños a terceros.

Como consecuencia de ello surge la teoría del levantamiento del velo para introducirse en la organización interior de las personas jurídicas y corregir así los daños y fraudes.

2. ORIGEN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO

La doctrina y jurisprudencia norteamericana, ante los abusos de la personalidad jurídica por las burlas a la ley y daños a terceros, inicia un movimiento, inspirado en el renacer de la teoría realista de las personas jurídicas, que logra llegar al interior de éstas. Se funda en razones de equidad y justicia y se materializa en la doctrina del *disregard of legal entity* (abuso de la personalidad jurídica) o *piercing corporate veil* (8) (levantamiento o conocimiento del velo corporativo).

(7) Uno de los problemas más discutidos, vinculado estrechamente a la naturaleza de las personas jurídicas, es la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Existen dos teorías sobre este asunto: *a)* La teoría de la no responsabilidad penal. Se fundamenta en la teoría de la ficción legal y tiene aceptación de muchos autores. Se esgrimen varios argumentos, pero nuestro trabajo sólo nos permite citar algunos: la persona jurídica no puede cometer delito porque estos se cometen por una voluntad inteligente que sólo existe en el hombre (FRANCISCO CARRARA); la sociedad no comete delito porque su subsistencia tiene determinado un fin social y cuando los socios obran fuera de ese fin, no lo hacen como sociedad (FEURBACH); la pena trascendería sobre los miembros inocentes y hasta contra los que se opusieron al delito; de las sanciones en contra de los delitos sólo le son aplicables las penas pecuniarias; *b)* La teoría de la responsabilidad penal. Esta teoría es derivada de la teoría de la realidad de las personas jurídicas. Se argumenta de la siguiente manera: existe una voluntad independiente de la de los socios, de tipo orgánica; existen delitos corporativos con características propias; existen penas colectivas aplicables a las personas jurídicas como su disolución, la suspensión de actividades, la privación de privilegios, la clausura temporal, la prohibición de celebrar determinados negocios y otras.

(8) Durante la Primera Guerra Mundial se les planteó a los norteamericanos el problema de levantar o descorder el velo de las personas jurídicas para determinar si el capital de las sociedades se encontraban en manos de extranjeros no gratos. Ejemplo de ello en el Caso Damimlier Co. No. 8. Continental Tires and Rubber Co.

Posteriormente, el jurista alemán Rolf Serick publicó en Alemania, en 1954, su obra «Rechtform und Realität jurisdichten personen», traducida al español por José Puig Brutau bajo el título: «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles: el abuso del Derecho por medio de las personas jurídicas» (9). Luego se extiende esta doctrina por Europa y Latinoamérica.

No existe una denominación específica de esta doctrina y cada autor, partiendo de sus realidades, formula su denominación. Son muchas las denominaciones: desentendimiento de la entidad legal, desestimación de la personalidad jurídica, prescindencia de la personalidad jurídica, separación de la personalidad jurídica, allanamiento de la personalidad jurídica, rasgamiento del velo corporativo, penetración en la persona jurídica y otras.

3. CONCEPTO

Es difícil expresar un concepto o definición de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas, dada la variedad casuística, la realidad jurídica en la que se desarrolla cada autor o tribunal, las dudas sobre su naturaleza principal o subsidiaria, y las personas jurídicas a las que se aplica.

Sin embargo, podemos decir que es una acción judicial principal que aparta la personalidad jurídica del ente o sociedad, penetra en su patrimonio para afectarlo y responsabilizar a sus socios, cuando ella protege, encubre, oculta o realiza actos que defraudan la ley, dañan a terceros, incumplen las obligaciones contractuales o extracontractuales, o realiza cualquier otro acto o hecho ilícito.

4. SU NATURALEZA JURÍDICA

Esta acción tiene carácter excepcional y principal. Lo primero porque debe respetarse, por regla general, la personalidad jurídica y, como consecuencia, sólo procede ante el uso abusivo de la misma. Pensar de otra manera se prestaría a la inestabilidad de las operaciones de las personas jurídicas y abusos de terceros. La jurisprudencia de los países anglosajones se funda en la regla jurídica de que las personas jurídicas deben ser consideradas como sujetos jurídicos distintos de las personas físicas de sus miembros, mientras no exista motivo razonable para afirmar lo contrario.

Lo segundo porque es una acción que se puede ejercitar directamente, sin esperar que se agoten otras acciones o teorías (simulación, revocatoria pau-

(9) Ediciones Ariel, Barcelona, España, 1958.

liana, el abuso del derecho, la teoría de los propios actos, el fraude a la ley). Una vez que se levanta el velo se averigua si se dio o no el abuso. Si no se dio se declara sin lugar la acción, y si existió aplicará las sanciones pertinentes del fraude, simulación, etc. Existe una acumulación de acciones complementarias.

El tema no es pacífico porque existen autores y tribunales que la consideran subsidiaria, lo cual significa un considerable retraso procesal.

5. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN

En la doctrina se señalan dos presupuestos para la procedencia de la aplicación del levantamiento del velo:

- a) Elementos de los que pueda presumir el juez un abuso de la personalidad jurídica. Este levantamiento permite penetrar al interior de la sociedad y descubrir la verdad si se realizó o no fraude. Si al levantarse el velo se descubrió el fraude, se aplicarán las sanciones y se acogerán las acciones acumuladas a la acción del levantamiento del velo.
- b) Otro presupuesto fundamental es que exista una persona jurídica o que se simule su constitución para abusar con ella mediante fraudes a la ley y perjuicios a terceros.

Es importante advertir que existen autores que sostienen que esta doctrina del levantamiento del velo sólo se aplica a las sociedades, pero no faltan otros que la extienden a todas las personas jurídicas.

6. FUNDAMENTACIÓN

El ordenamiento jurídico no puede permitir que se use la personalidad jurídica para defraudar la ley, incumplir las obligaciones legales, contractuales y extracontractuales, abusar del derecho de las minorías en las sociedades, burlarse de los acreedores, infracapitalizar las sociedades, controlar las sociedades para trasladar los riesgos en operaciones peligrosas, etc.

Las causas anteriores, y otras que se pueden sumar, justifican que se levante el velo de las sociedades para conocer la verdad de los abusos que se pudieran haber cometido, y en caso afirmativo aplicar las sanciones y acoger las acciones pertinentes.

7. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

Están legitimados activamente todas aquellas personas que hayan sido perjudicadas por la simulación y fraude a la ley, defraudados sus créditos, por incumplimiento de la obligación, sufrido la infracapitalización y cualquier otro daño en sus derechos.

Los demandados deben ser la sociedad, los socios involucrados en el abuso de la personalidad jurídica, los socios contratantes, las sociedades contratantes y todos aquellos que por tener legitimación pasiva son legítimos contradictores.

8. SU APLICACIÓN O RECHAZO

En la ciencia jurídica mucho se ha discutido sobre la aceptación o rechazo de esta doctrina.

Para un sector doctrinal no es necesario crear y aplicar esta teoría del levantamiento del velo, pues existen otras figuras tradicionales que surten sus mismos efectos, como son la simulación, la acción revocatoria o pauliana, la responsabilidad de los socios solidarios, las consecuencias de las sociedades irregulares, el objeto ilícito del acto de las sociedades que abusan, etc. Por otra parte, no existe un criterio claro y delimitado que determine cuándo debe aplicarse el levantamiento del velo, y a ello se agrega la ausencia de norma legal que ampare esta práctica en algunos ordenamientos. También se expresa que esta teoría no tiene autonomía respecto a las figuras tradicionales como el fraude a la ley, la simulación y del abuso del derecho que fundamentan el levantamiento del velo.

Por el contrario, otro sector doctrinal considera que son insuficientes las acciones de nulidad y simulación porque conducen a la extinción de la sociedad, lo que resulta perjudicial para el comercio y los terceros que han contratado con la sociedad, y no arrojan luz sobre la verdad oculta del manejo de la personalidad jurídica. Resulta más aceptable la acción pauliana, porque esta acción solamente la ejercen los acreedores perjudicados para pagarse con el bien, prescindiendo de la personalidad jurídica, aunque impide sancionar a los que implementaron el artificio de la personalidad jurídica.

La realidad ha demostrado que con esta doctrina se permite la protección de los derechos de terceros, se somete al tráfico jurídico a la transparencia y se vela por el imperio de la buena fe. Por tal razón va adquiriendo aceptación en la doctrina y jurisprudencia y en algunos países es regulada. Esto demuestra su importancia práctica y necesidad de aplicarla.

9. CASUÍSTICA

La doctrina del levantamiento del velo se ha formulado a través de una rica casuística, que aumenta a medida que se van presentando los problemas relacionados con ella.

Haré una breve enumeración de casos de la doctrina y la jurisprudencia:

- a) Cuando se constituye la persona jurídica para realizar actos o negocios prohibidos para los socios. Por ejemplo: someter a intereses extranjeros los medios de comunicación valiéndose de interpósitos socios nacionales, en contravención del artículo 68.3 de la Constitución.
- b) Cuando el deudor burla las acciones de sus acreedores al aportar su patrimonio a una sociedad constituida para ello, o lo transmite a una sociedad ya constituida. Deja así al descubierto los créditos de sus acreedores que serán frustradas sus acciones. Para tal fin se puede ejercitar la acción pauliana sola o acompañada de la del levantamiento del velo.
- c) Para evitar abusos de las filiales totalmente dependientes se puede responsabilizar a la matriz de las obligaciones asumidas por la filial.
- d) Cuando en caso de guerra los ciudadanos del enemigo manejan negocios que ponen en peligro la seguridad nacional.
- e) Cuando la nacionalidad de la persona jurídica incide en la evasión fiscal y desvío de activos.
- f) Cuando la persona jurídica evade sus obligaciones fiscales.
- g) Sobre la ilicitud de la limitación de la responsabilidad que logran los inversionistas que se esconden tras la sociedad unipersonal.
- h) Cuando la persona jurídica ya constituida realiza actos simulados, fraudes a la ley o perjuicio a terceros.
- i) Cuando se simula una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato, burlar derechos de terceros o eludir la ley. Se puede ejercitar la acción de simulación o acompañarla con la del levantamiento del velo, lo cual es lo más indicado. Debe declararse la nulidad de la sociedad simulada porque las partes no quieren el acto y, por lo tanto, éste carece de causa.
- j) Cuando se usa la persona jurídica para perjudicar a los herederos forzosos.
- k) Cuando el tercerista de dominio es una persona jurídica que se identifica con la persona física o jurídica demandada.
- l) En los casos de confusión de los negocios de la sociedad con los negocios de los socios.
- m) Cuando se organiza la sociedad con capital insuficiente para satisfacer las deudas sociales.

Esta casuística limita el estudio general del tema y gira en torno a la burla de la ley, a la simulación y la defraudación.

Por tales razones, los autores han seguido un catálogo de casos elaborado por la doctrina alemana (10). Se denomina grupo de casos. Es importante advertir que este planteamiento siempre es casuístico, aunque con mayor amplitud, por lo que no engloba el estudio general del levantamiento del velo. Estos grupos son los siguientes:

A) IDENTIDAD PATRIMONIAL Y PERSONAL

Se produce una confusión o identidad patrimonial cuando no es posible distinguir la separación o autonomía entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio del socio o socios. Por ejemplo: cuando los negocios de la sociedad y el socio son acreditados a la sociedad. En este caso no se puede esgrimir la distinción entre el patrimonio del socio y el de la sociedad y, por lo tanto, se permite levantar el velo de la sociedad.

Puede existir también una confusión o identidad personal entre el socio y la sociedad. Ejemplos: la sociedad que únicamente sirve para enmascarar una identidad individual, lo cual se podría comprobar por su falta de actividad, la ausencia de contabilidad, la falta de libros, la falta de celebración de Asamblea de Accionistas y Juntas Directivas, etc.; cuando un establecimiento comercial se explota en interés del socio y de la sociedad; cuando el socio obra en interés de la sociedad, pero sin hacer uso de la representación de la misma.

En las sociedades unipersonales o en las empresas individuales de responsabilidad limitada se encuentra una sola persona operando personalmente. Esta situación puede dar lugar a confusiones, abusos, defraudación a los acreedores, burlas a la ley, confusión de patrimonio y fraude en el tráfico jurídico. Por tal razón, los ordenamientos jurídicos y la jurisprudencia permiten levantar el velo de la sociedad unipersonal o empresa individual de responsabilidad limitada, y sancionar al socio que responderá con su propio patrimonio.

El artículo 12 del Código del Trabajo expresa que «se entiende por empresa la unidad económica de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Se consideran como parte de la empresa los establecimientos, sucursales creadas para el crecimiento y extensión de sus actividades, siempre que no constituya una persona jurídica diferente». Pero esta sociedad puede ser penetrada si con ella se pretende burlar la ley y los derechos laborales.

(10) Para profundizar, cfr. Patricia LÓPEZ DÍAZ, «La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica», *Lexis Nexis*, Santiago, Chile, 2003, pág. 283 y sigs.

B) LA INFRACAPITALIZACIÓN

Se entiende por infracapitalización o subcapitalización la desproporción inequívoca entre el capital establecido en la sociedad y los riesgos que conllevan los negocios programados por la empresa para desarrollar sus fines sociales.

La infracapitalización puede quedar al criterio de los socios cuando, al no exigirse por la ley un capital mínimo, se calcula un capital inferior al necesario para desarrollar el objetivo social. Pero también puede ser el resultado de no aportar los fondos suficientes al capital mínimo exigido por la ley, como sucede con ciertas sociedades. Esta exigencia de capital mínimo legal nos permite deducir, aunque no existe una disposición general, que debe sancionarse la infracapitalización.

De acuerdo con el artículo 25, párrafo tercero de la Ley de Creación de la Superintendencia de Bancos, el capital mínimo de los almacenes generales de depósitos es de cinco millones de córdobas.

De acuerdo con el artículo 25, párrafo primero de la misma ley, el capital social mínimo de un banco será de diez millones de córdobas.

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley General de Instituciones de Seguros, el Superintendente se pronunciará sobre el capital de las instituciones de seguros o reaseguros, fundado en el volumen de las operaciones que se esperan realizar. Sin embargo, en todo caso, las instituciones aseguradoras constituidas en el país o las sucursales de las extranjeras deberán tener como capital mínimo las siguientes sumas: Cuando operen solamente modalidades de seguros comprendidas en el grupo uno a que se refiere el artículo 27, la suma de seis millones de córdobas; cuando operen solamente modalidades de seguros comprendidas en el grupo dos, la suma de seis millones de córdobas; y cuando operen simultáneamente modalidades de seguros comprendidas en ambos grupos, la suma de diez millones de córdobas.

El capital mínimo de las compañías reaseguradoras que se establezcan en el país será fijado por la Superintendencia de Bancos, pero en ningún caso será inferior al 125 por 100 del capital mínimo que se establezca para las compañías aseguradoras de los mismos ramos.

La infracapitalización tiene por objeto desplazar el riesgo que debe soportar la persona jurídica frente a los acreedores. Puede revestir diferentes formas y opera en una sola sociedad o en un grupo de sociedades. Ejemplos:

- a) La sociedad posee el capital adecuado para emprender el objeto social, pero está integrado por capital propiamente de la sociedad y préstamos del socio o socios. También puede suceder que el capital de la sociedad se constituya con préstamos de los socios y no con aportes a la sociedad. Estos casos son denominados de infracapitalización nominal. El socio o socios aparecen también como prestamista de la

sociedad. De esta infracapitalización deben responder los integrantes responsables de las personas jurídicas. Para corregir esta anomalía se podría obligar a los socios a satisfacer en proporción a su cuota de participación, la diferencia entre el capital existente y el que debería haber aportado, pero si esto resulta difícil se podrá hacer efectiva esta responsabilidad contra los socios responsables, levantando el velo de la sociedad, y en caso de quiebra los préstamos pasarán a formar parte del patrimonio social para que puedan pagarse los acreedores al no permitírseles oponer la separación entre su personalidad y la de la sociedad. Es posible que la infracapitalización haya operado porque los socios no hayan enterado sus aportes al constituirse la sociedad o posteriormente para formar el capital social, en este caso los acreedores pueden demandar civil o penalmente a los socios morosos, a los administradores, o solicitar el levantamiento del velo.

- b) Se constituye una sociedad matriz y varias filiales para trasladar el riesgo empresarial frente a los acreedores. En este caso los acreedores que fueron defraudados o tengan un reclamo contra la sociedad filial infracapitalizada podrán dirigir su acción a su conveniencia contra las personas que infracapitalizaron o contra la sociedad matriz. El caso *Walkousky v. Carlton* (1996) es sencillo y muy expresivo. Se constituyó una sociedad que tenía cincuenta taxis valorados en US\$1.000.00 cada uno, y se constituyeron veinticinco sociedades filiales asignándole a cada una dos taxis, con el propósito de diluir los riesgos. El conductor de una de las filiales fracturó las piernas a un pasajero que iba abordar el taxi, lo cual le causó graves daños. El lesionado cobró el valor del seguro obligatorio, pero como éste no cubrió toda la indemnización le reclamó a la referida filial, pero no encontró bienes suficientes.

C) CONTROL DE SOCIEDADES

Este fenómeno se produce cuando una sociedad dirige a otra u otras sociedades porque tiene participación mayoritaria en el capital de ellas o ejerce control por otros medios. De esta manera la sociedad o sociedades controladas persiguen el interés ajeno de la sociedad controlante y no el suyo.

El control se presenta en los grupos de sociedades para desarrollar negocios de alto riesgo y no afectar el capital social de la sociedad controladora. Este control se materializa a través del control de la financiación, el nombramiento del personal, la imposición de los planes de desarrollo, el dominio de las asambleas, directivas, etc. Existe pues, con control interno y externo, una unidad empresarial.

En algunos países se encuentran leyes que regulan lo que se denomina Derecho de Grupo de Sociedades. Su contenido se refiere a las sociedades, a las normas de Derecho Fiscal, del Derecho Bancario, a la defensa de la libre competencia, a los seguros y mercados de valores. Su finalidad es proteger a las sociedades controladas, sus socios y acreedores. Sin embargo, esa normativa no es suficiente para resolver los problemas que se presentan en estos grupos de sociedades controladas en contra de los socios minoritarios, trabajadores y acreedores.

El control no es suficiente motivo para levantar el velo e imponer sanciones, pues es preciso que se realice el acto abusivo con la intención de defraudar, realizar actos violatorios de la ley, deshonestos o injustos en perjuicios de los derechos del demandante. Cuando una de las sociedades controladas causare perjuicios por los abusos cometidos a causa de la dependencia, el demandante perjudicado podrá ejercer su acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad controlada, contra la sociedad controladora, o bien repartir la responsabilidad entre las distintas sociedades que integran el grupo, levantando el velo de acuerdo a las circunstancias del caso.

Típico caso del levantamiento del velo en este tipo de sociedades es el de la defensa de los acreedores de la sociedad dominada que traslada fondos a la sociedad dominante, disminuyendo la garantía de los acreedores que sólo cuentan con el patrimonio de la sociedad dominada para el pago de sus deudas.

D) ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

En esta categoría del abuso de la personalidad jurídica se incluyen aquellos casos que no se contemplan en las categorías del control social, la infracapitalización y la confusión de personas y patrimonios.

Comprende el fraude a la ley, las infracciones de las obligaciones contractuales y extracontractuales y los daños a terceros.

Presentaremos algunos casos extraídos de la doctrina, de la jurisprudencia extranjera y de nuestro ordenamiento jurídico:

- a) Por presión de los accionistas de una sociedad que controlan a otra, ésta celebra un contrato que evidentemente le perjudica, y que beneficia a la sociedad controladora. Se presentan varias opciones a favor del perjudicado: demandar la nulidad del acto por la forma ilícita en que se beneficiaron los socios, o demandar a los administrativos o socios involucrados en los abusos por los daños y perjuicios. Debe levantarse el velo de ambas sociedades y, por tal razón, deben ser comprendidos en la demanda para evitar que el principio de la personalidad jurídica cierre las investigaciones y la aplicación de sanciones.

- b) Se puede usar la personalidad jurídica para el incumplimiento de obligaciones legales. Ejemplos:
- i) Un padre de familia muy rico que sin motivo carece de afecto para con su esposa y uno de sus hijos, hace una sociedad junto con sus otros hijos, aportando todos sus bienes, pero reservándose una vil suma y al mismo tiempo recibe de la sociedad, sin que conste en la contabilidad, una fuerte suma de dinero para sus necesidades mientras viva. Endosa sus acciones a los otros hijos y hace testamento nombrando como herederos por partes iguales a su cónyuge e hijos, todo con el propósito de eludir la cuarta conyugal y los alimentos de dicha esposa e hijos. Muerto el padre se puede ejercitar por el hijo que necesita alimentos o por el cónyuge preterido la acción de simulación absoluta por fraude a la ley, junto con la del levantamiento del velo para obligar a la sociedad a entregar la cuarta conyugal o a suministrar los alimentos. En vida del padre se podría pedir alimentos por el cónyuge y el hijo a la sociedad, por medio de las acciones indicadas.
 - ii) Se organiza una sociedad por capitalistas extranjeros, valiéndose de nicaragüenses como interpósitas personas, con el objeto de someter un medio de información a intereses extranjeros, violando el artículo 68.3 de la Constitución.
- c) Se pueden incumplir obligaciones contractuales por medio de la personalidad jurídica. Ejemplos de la doctrina:
- i) Un comerciante vende a otro un establecimiento y se compromete a no abrir otro, dedicado a los mismos negocios del vendido, dentro del perímetro debidamente determinado. Pero el vendedor hace una sociedad en la cual él es el principal accionista y además la controla, y no cumple su obligación al abrir dicha sociedad un negocio idéntico al prohibido al vendedor. En este caso se puede levantar el velo de la sociedad y obligarla a cerrar el negocio por el tiempo determinado en el contrato original, o a cambiar el giro.
 - ii) Cuando la obligación incumplida es de hacer se puede demandar la simulación absoluta de la sociedad y la nulidad, y obligar al socio a pagar los daños y perjuicios por el incumplimiento, o bien obligar a la sociedad a cumplir la obligación y resarcir los daños y perjuicios.
 - iii) Cuando la sociedad se simula únicamente para burlar al otro contratante se puede ejercitar la acción de simulación y respon-

sabilizar a los falsos socios, pero si la sociedad se aprecia que es real se puede pedir a la sociedad el cumplimiento del contrato.

- iv) También puede utilizarse abusivamente la personalidad jurídica para incumplir una cláusula de no competencia convenida en un contrato de compraventa. A una sociedad se le prohíbe vender determinados productos en un área establecida y realiza dicha venta a través de otra sociedad mercantil en la que es socia la sociedad compradora.

- d) La interposición de tercería de dominio por una sociedad para burlar los derechos de los acreedores puede presentarse cuando es embargada otra sociedad demandada constituida por los mismos socios de la sociedad que interpuso la tercería, la cual reclama la propiedad sobre el bien embargado para impedir que el acreedor o acreedores de la sociedad embargada se paguen lo que se les debe. En este supuesto se puede levantar el velo, ya que la sociedad tercerista y deudora en la realidad son la misma persona y, como consecuencia, no existe un tercero excluyente.

- e) El Tribunal Supremo español (11) decidió un caso interesante en el que se pretendió dejar sin valor un pago mediante la intervención de dos sociedades: la sociedad Otago S. A., autorizó a una persona natural comprar unos valores y después venderlos, lo que así hizo. El negocio lo realizó por medio de la entidad Caja de Ahorro y Monte de Piedad de Barcelona, quien por error no incorporó el importe de la venta a la cuenta corriente de Otago, S. A., sino de otra diversa, Spring Play, S. A. Se demandó a la Caja de Ahorros para el reintegro de esa cantidad. El Tribunal Supremo declaró sin lugar la demanda porque, una vez levantado el velo de las sociedades Otago, S. A. y Spring Play, S. A., descubrió que ellas pertenecían a una misma persona. Si se acogía la demanda se estaría permitiendo que se pagara dos veces a personas que estaban ligadas por un solo interés.

- f) Con relación a los actos procesales, se puede levantar el velo para dar por notificada a una sociedad de una resolución de la que aparentemente era destinataria otra diferente, al comprobarse que la sucursal de la sociedad ha utilizado su razón social, conservando su domicilio propio para confundir a quienes contrataron con ella y eludir la notificación judicial.

- g) Las medidas precautelares pueden ser utilizadas cuando varias sociedades usan la personalidad jurídica para burlarlas. Para tal efec-

(11) Sentencia de 20 de junio de 1991.

to debe comprobarse si existe absoluta identidad entre ellas, para extender estas medidas a las sociedades coludidas.

- h) La personalidad jurídica también puede ocuparse para evadir obligaciones derivadas de acciones u omisiones dolosas o culposas. El Tribunal español ha conocido dos casos interesantes:
 - i) Unas personas resultaron perjudicadas por los daños producidos por un incendio de un inmueble cuyo propietario quería evadir su responsabilidad, esgrimiendo que dicho inmueble se encontraba en poder de una sociedad anónima en virtud de un contrato de arrendamiento y que esta sociedad era la que debía responder, pero resultó que también era propietario de la sociedad arrendataria, dándose la identidad de intereses (12).
 - ii) La explosión de una mina causó muchos perjuicios. El propietario niega su responsabilidad y la indemnización, argumentando que la había cedido en arriendo a una sociedad, pero se trataba de una sociedad de su propiedad (13).
- i) Si un arrendatario de un establecimiento mercantil aporta el local arrendado a una sociedad pueden presentarse dos situaciones:
 - i) Que en esta sociedad no tenga ninguna acción el arrendatario, en cuyo caso este traspaso es ilegal y puede ponerse fin al contrato de arrendamiento de acuerdo con los artículos 2.884 y 2.933, inc. 3 del Código Civil, que permite pedir la rescisión del arriendo cuando el arrendatario subarrienda sin el consentimiento del arrendador y si lo hace responderá solidariamente con el subarrendatario de los daños y perjuicios.
 - ii) Si el arrendatario es dueño de la sociedad, se puede declarar que no hay traspaso ilegal del arriendo porque no ha cambiado el sujeto, pero si existen otros socios habría que declarar la terminación del arriendo porque cambió el sujeto.

Cuando la sociedad arrendataria se transforma subsiste el arriendo, porque el grupo que la integra permanece y sólo cambia de forma social. Sin embargo se ha pensado que debe pedírsele el consentimiento al arrendador. En el caso de fusión se extingue el contrato, pues la sociedad arrendataria absorbida o fusionada pierde su personalidad jurídica, lo que da lugar a un cambio en la relación arrendaticia.

(12) Sentencia de 29 de abril de 1998.

(13) Sentencia de 20 de julio de 1995.

10. SU APLICACIÓN EN CIERTAS RAMAS DEL DERECHO

La doctrina del levantamiento del velo se aplica en las siguientes ramas del Derecho: Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Tributario, Derecho Penal, Derecho Internacional, Derecho Constitucional Económico y Derecho Inmobiliario Registral.

Los derechos de los trabajadores pueden ser afectados por una o varias sociedades. Es importante determinar quién es el empresario responsable para evitar perjuicios a los trabajadores en sus salarios, prestaciones sociales y otros derechos.

Sin embargo se argumenta que tiene poca aplicación en el Derecho Laboral, por una parte, porque ocupa la figura del empresario aparente para solucionar los fraudes y también el fraude a la ley, el abuso del derecho y la buena fe; por otra parte, no estudia y tiene soluciones a los problemas empresariales en especial el del levantamiento del velo.

Como tesis contraria se sostiene que el Derecho Laboral ya dedica esfuerzos para adaptarse a los nuevos planteamientos de la teoría del levantamiento del velo, sobre todo en situaciones que se pueden presentar en esta rama del Derecho, como la unidad de patrimonios y de personas, la infracapitalización y actividades fraudulentas en perjuicio de los trabajadores. Estos esfuerzos han encontrado aplicación en la jurisprudencia de los tribunales.

También puede ser útil el levantamiento del velo de varias sociedades para evitar que se vean afectados los derechos de antigüedad, de remuneración y estabilidad del empleado cuando sean trasladados de una sociedad a otra.

El levantamiento del velo se aplica en el Derecho Administrativo, ya que la Administración recurre con frecuencia a la constitución de sociedades mercantiles, especialmente a las anónimas, para sus operaciones sociales o económicas. Estas sociedades actúan y se rigen por el Derecho privado, pero siguen vinculadas a la Administración Pública en su dirección interna, y el nombramiento de sus integrantes se rige por el Derecho Administrativo.

Algunos tribunales han levantado el velo para determinar el verdadero vínculo entre la sociedad y la entidad de la que depende para determinar responsabilidades (una municipalidad, un órgano estatal, etc.).

También es posible levantar el velo para determinar a quién se impone una sanción administrativa, ya sea a la sociedad, a los socios o a las personas jurídicas que la integran.

En el Derecho Tributario el levantamiento del velo de la persona jurídica tiene especial consideración y juega, junto con el fraude a la ley, el abuso del derecho, la acción paulina, al propósito de combatir la evasión fiscal. Sirve para penetrar en el interior de la sociedad y decidir si existió abuso, fraude, simulación y aplicación fraudulenta de la ley.

Los que sostienen la subsidiariedad de la acción del levantamiento del velo encuentran en esta materia el campo propicio para insistir, ya que sostiene que no es necesaria porque existen muchos medios para cobrar impuestos: liquidaciones tributarias, demandas ejecutivas, acciones subrogativas, revocatorias y penales, suspensión de la actividad de los establecimientos mercantiles, etc. Se contesta que estos medios funcionan eficazmente cuando se conoce al evasor y no cuando se oculta, en cuyo caso es necesario levantar el velo. Al levantar el velo se determina al evasor del impuesto y se evita un enriquecimiento sin causa.

En el Derecho Penal es útil la teoría del levantamiento del velo porque en el proceso penal se busca la verdad real y no la formal, para determinar con certeza al responsable y sancionarlo con la pena correspondiente. En esta materia la acción del levantamiento del velo adquiere su principalidad, descartándose su carácter subsidiario.

Sin embargo, no faltan quienes estiman que con la doctrina del levantamiento del velo se infringen los principios fundamentales siguientes: la presunción de inocencia, el principio de tipicidad y el principio de legalidad. La presunción de inocencia no se infringe porque con el levantamiento del velo no se hace ninguna imputación o reproche al procesado, solamente se abren las puertas para determinar al infractor de la ley penal; lo mismo puede decirse sobre los principios de tipicidad y legalidad, pues esta teoría no se refiere a ellos, sólo levanta el velo para aplicarlos.

En el Derecho Internacional también se aplica la teoría del levantamiento del velo de la persona jurídica, principalmente respecto a la nacionalidad.

Los extranjeros tienen iguales derechos y obligaciones que los nicaragüenses, pero carecen de los derechos políticos y los que establezcan las leyes, según el artículo 27.2 de la Constitución. Por tal razón se le restringe a los extranjeros ciertas actividades para evitar que los trabajadores nacionales sean desplazados, o dejar en sus manos la seguridad y defensa nacionales.

La personalidad jurídica podría usarse para burlar la ley cuando en una sociedad se esconde el enemigo del Estado en guerra, y cuando se constituye una sociedad por extranjeros que tiene formalmente la nacionalidad de otro Estado y ello les permite realizar actividad reservada por la ley a los nacionales. En estos casos se puede levantar el velo.

Se ha propuesto que la sociedad nacional de un determinado país puede invocar la llamada «protección diplomática» para que actúe el Estado a cuya nacionalidad pertenece, ante los organismos y tribunales internacionales. Esta protección diplomática, en principio, sólo puede ser invocada en defensa de los intereses de la sociedad y no de los accionistas en particular, por lo que es la sociedad la que debe proceder en defensa de sus asociados.

Sin embargo, la doctrina señala algunos casos en que pudiera aplicarse la protección diplomática a favor de los socios; a saber: cuando el Estado con-

fisque las acciones de una sociedad nacional de accionistas extranjeros o cuando prohíba a estas sociedades distribuir dividendos a socios extraños; cuando el socio que sufre el perjuicio se encuentra imposibilitado de exigir la responsabilidad ante el Estado; y cuando la sociedad, como consecuencia de la sanción, quede extinguida.

Se aplica también en el Derecho Constitucional Económico, principalmente para evitar la restricción de la libre competencia e impedir los monopolios.

También se aplica en el Derecho Inmobiliario Registral, principalmente con relación a los terceros registrales, como veremos más adelante.

11. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Fueron los tribunales de los Estados Unidos los que penetraron al interior de la personalidad jurídica para levantar el manto protector y determinar lo que se oculta tras él, aplicable no sólo por los tribunales de equidad, sino también por los tribunales de Derecho Común.

En Francia también se ha desarrollado esta figura bajo el nombre de teoría de la penetración. Tiene sus raíces en el proceso revolucionario, pues los tribunales de la revolución sancionaban a los que acaparaban alimentos a nombre de sociedades de la que formaban parte.

En Alemania funciona bajo el nombre de penetración, y por medio de ella se combate el fraude a ley, el incumplimiento de obligaciones contractuales y la realización de actos ilícitos. La jurisprudencia de Alemania también ha sido numerosa, con relación al fraude de las sociedades comerciales, a la evasión fiscal y al incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores.

En España se conoce con el nombre de «levantamiento del velo», conocida anteriormente como «teoría de los terceros». Su desarrollo ha sido principalmente jurisprudencial, aunque se encuentran dos leyes que se refieren a ella en forma concreta y aislada: la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de 23 de marzo de 1995, al disponer la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria del socio de una sociedad unipersonal sobrevenida y sin registrarse en el Registro Mercantil dentro de seis meses; y el artículo 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 1989, al disponer que las actuaciones de una empresa son imputables a la empresa que la controla.

En Costa Rica no existe una disposición que la contemple, pero se deduce su aplicación de la sanción del fraude a la ley, el abuso del derecho, la aplicación de los principios de buena fe y de los generales del Derecho. También la jurisprudencia la ha aplicado.

En Argentina es importante referirse primeramente al caso de la compañía Swift de la Plata. Por sentencia del 8 de noviembre de 1971, se declaró

en quiebra a la citada compañía Swift de la Plata y también a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo económico, porque los órganos de Swift estaban subordinados a la voluntad de un holding internacional, y la propuesta de quiebra había sido acordada por otras empresas del grupo, la que había contratado con una sociedad en condiciones muy ventajosas, violando el orden público y el derecho que sobre el patrimonio concursado tenían los verdaderos acreedores. Por tales razones se concluyó que no existía personalidad jurídica diferente entre todas las empresas del grupo y que todas respondían a una voluntad común. Se extendió la responsabilidad a otras empresas que eran las que de hecho manejaban a la sociedad controlada.

Fue en el año de 1983 cuando se modificó el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales. El tercer párrafo del artículo 54 quedó redactado así: «Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados».

Por otra parte, la Ley número 24.522 de Concursos y Quiebras, establecen los casos en los cuales se hace extensiva la quiebra, a saber: a quien actúe por medio del fallido en interés personal; a la persona que abusa del control del fallido, y cuando exista confusión patrimonial entre una persona y la fallida.

En el Perú no existe norma específica sobre el levantamiento del velo, aunque se ha querido ver como un caso particular el inciso 4 del artículo 230 de la Ley General de Sociedades, que con relación a la distribución de utilidades responsabiliza solidaria y exclusivamente por el pago a los accionistas que votaron a favor del acuerdo de la Junta General en el que se convino un dividendo a cuenta sin contar con la opinión favorable del Directorio. No obstante, algunos jueces se han inclinado por sancionar la mala fe y el abuso de los que integran la sociedad.

En Uruguay la Ley número 16.060 regula el levantamiento del velo a través de una acción judicial por la cual se puede desestimar la personalidad jurídica para imputar hechos, actos y relaciones a los socios o terceros que resultan ser los auténticos titulares. Se contemplan los casos de fraude por violación al orden público en perjuicios de los derechos de los socios accionistas y terceros.

En México se registran dos casos de responsabilidad de los socios en las sociedades anónimas: los artículos 13 y 14 de la Ley de la Venta al Público de Acciones de Sociedades Anónimas de 1939, que responsabiliza ilimitadamente a los accionistas de los actos ilícitos imputables a la sociedad; y la Ley General de Sociedades Mercantiles en su numeral 3 dispone la liquidación de la sociedad cuando su objeto real sea la ejecución de actos ilícitos. Una parte

de la doctrina sostiene que la desestimación de la personalidad jurídica se aplica a todos los tipos de sociedades mercantiles.

En Italia existen normas legales que se inspiran en el abuso de la personalidad jurídica. Por ejemplo: el Código Civil en el artículo 2.362 dispone que si los socios de la sociedad se reducen a uno solo, éste responderá ilimitadamente de las deudas contraídas en nombre de la sociedad. Para unos autores se podría aplicar esta disposición en otros casos similares de abusos, pero otros no junto con la jurisprudencia rechazan esta tesis (14).

12. SU APLICACIÓN EN NICARAGUA

No existe disposición general alguna que regule el levantamiento del velo, pero se encuentran disposiciones legales que representan una aplicación concreta de dicha teoría. Por otra parte, su aplicación podría derivarse de los principios generales del Derecho (15), la buena fe, el fraude a la ley (16) y el abuso del derecho (17).

Generalmente la acción del levantamiento del velo se acompaña con los citados principios y figuras, como asimismo se apareja con la acción revocatoria o pauliana (18), la simulación (19), la nulidad (20), la doctrina de los propios actos y la equidad contractual (21).

Si partimos de la opinión de que no existe una regulación general en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no tiene aplicación amplia, se podrían lograr iguales efectos que los del levantamiento del velo, mediante la aplicación de la buena fe, el fraude a la ley, el abuso del derecho, la acción revocatoria pauliana, la simulación, la nulidad y la teoría de los propios actos.

Además de los casos ya expuestos anteriormente sobre nuestro sistema, desarrollaremos otros extraídos de las aplicaciones concretas de nuestro ordenamiento jurídico, de la teoría del levantamiento del velo y de los principios y figuras que acompañan al levantamiento del velo o del funcionamiento independientemente del levantamiento del velo; a saber:

(14) FRANCESCO GALGANO, *Derecho Comercial. Las Sociedades*, Editorial Tecnos, S. A., Bogotá, Colombia, 1999, vol. II, págs. 259, 260 y 261.

(15) Artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(16) Artículo 2.224 del Código Civil.

(17) Nuestro Código Civil, el de Procedimiento Civil y la Jurisprudencia han consagrado importantes aplicaciones de la teoría del abuso del derecho (cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 2000, pág. 558 y sigs.).

(18) Artículo 2.226 y sigs. del Código Civil.

(19) Artículo 2.220 y sigs. del Código Civil.

(20) Artículo 2.201 y sigs. del Código Civil.

(21) Artículo 2.480 del Código Civil.

- a) De acuerdo con el artículo 4 de la Ley de 20 de septiembre de 1982, cuando los agentes navieros se constituyen en sociedad es necesario que del capital social, suscrito y pagado, un mínimo del 60 por 100 pertenezca a ciudadanos de nacionalidad nicaragüense que se encuentren domiciliados en el país, y si la sociedad es por acciones, éstas deben ser en su totalidad nominativas y su sede principal y efectiva debe estar en el país. Ejemplos: Si la sociedad se constituye solamente con inversionistas extranjeros, se puede declarar la nulidad por objeto ilícito, de acuerdo con los artículos 2.476 y 2.477 del Código Civil; si se usa personas interpuestas (testaferros) para burlar la ley existe simulación en fraude a la ley y, por lo tanto, se pueden acumular las acciones del levantamiento del velo y la acción de simulación y declarar la nulidad de la sociedad y sus consecuencias. Si el criterio que prevalece en los tribunales es el de no aceptar el levantamiento del velo, es suficiente la acción de simulación.
- b) De acuerdo con el artículo 6 de la Ley del Delito de Defraudación Fiscal, publicada en *La Gaceta*, número 239 de 22 de octubre de 1981, en el caso de que el beneficiado con la defraudación fiscal fuere una persona jurídica, la responsabilidad penal se hará efectiva en las personas naturales, como en los delitos que se cometen por varios individuos.
- Al momento de escribir este breve estudio, se encontraba suspensa la entrada en vigencia del Código Tributario, que deroga la ley antes citada, pero en su lugar el artículo 113 establece que: «Los socios y miembros de las Juntas Directivas, así como los gerentes de las personas jurídicas que realicen operaciones de forma anómala que genere como consecuencia la comisión de una infracción administrativa o delito tributario, serán responsables personalmente por el incumplimiento de todas las obligaciones fiscales correspondientes».
- c) De acuerdo con el artículo 13 de la Ley sobre Defraudación y Contrabando Aduanero, publicada en *La Gaceta*, número 156 de 18 de agosto de 1998, cuando el hecho ilícito defraudatorio fuere cometido por un socio directivo, partícipe o empleado de una persona jurídica en beneficio de ésta, además de las responsabilidades penales en que incurrir los anteriores y demás participantes, las personas jurídicas responderán por las multas y responsabilidades civiles en que hubieren incurrido el socio directivo o empleador. En caso de múltiples reincidencias, se ordenará por la autoridad que conozca de la infracción, la disolución y liquidación de las personas jurídicas por las autoridades judiciales. Esta es una forma de penalizar a las personas jurídicas por delitos.

- d) De acuerdo con la Ley de 11 de junio de 2002, publicada en *La Gaceta*, número 121 de 28 de junio de 2002, reformatoria del artículo 22 del Código Penal, «las personas que, actuando como directivos, administradores de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho que salvo en la cualidad del autor, sea subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente de acuerdo con éste, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o personas en cuyo nombre o representación se actúe».
- El artículo 45 del Proyecto del Código Penal repite este artículo y le agrega un nuevo párrafo que responsabiliza civilmente a la persona jurídica por los delitos que cometieron las personas señaladas en el artículo transcrito.
- e) De acuerdo con el artículo 61 ordinal b) de la Ley de Reformas y Adiciones a la Ley de Estupeficientes, Psicotrópicos y Sustancias Controladas, publicada en *La Gaceta*, números 69 y 70 de 15 y 16 de abril de 1999, cometen delito de lavado de dinero aquellas personas que por sí o por interpósita persona natural o *jurídica* asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, administre, adquiera dinero y objetos naturales o producto del mismo y dé al dinero y a los bienes provenientes apariencia de legalidad. Si el delito se cometiere a través de *personas jurídicas*, además de las penas que sufren las personas naturales que forman parte de la sociedad y de las otras que colaboraron en la realización del delito podrán decretarse la intervención de dicha institución. Esta es una medida precautelada contemplada en el artículo 65, aplicable a las instituciones o sociedades que participen directa o indirectamente en la comisión del delito del lavado del dinero proveniente de actividades ilícitas.
- f) De acuerdo con el artículo 35 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones, los miembros de la Junta Directiva, sin perjuicio de las otras sanciones que le correspondan, responden personal y solidariamente con sus bienes, de las pérdidas que le causen al banco por autorizar operaciones prohibidas y por los actos o resoluciones tomadas por la Junta Directiva en contradicción a la ley, a las normas dictadas por el Consejo Directivo de la Superintendencia, a las instrucciones y órdenes del Superintendente, a las disposiciones emanadas del Banco Central y demás disposiciones aplicables. No asumen esta responsabilidad los que hubieren dado su voto disidente en el acta de la sesión correspondiente y los ausentes durante dicha sesión y en la sesión donde se apruebe el acta respectiva.

- g) De acuerdo con el artículo 29 de la Ley de Defensa de los Consumidores, los consumidores tienen que hacer primeramente sus reclamos por la compra de bienes de mala calidad o defecto, ante el expendedor, sin perjuicio que después se determine si la responsabilidad corre a cargo del importador, distribuidor o fabricante.
- h) Las sociedades de un solo socio y la empresa individual de responsabilidad limitada no son admitidas por nuestra legislación mercantil. Pero puede suceder que la sociedad anónima se constituya simuladamente con varios socios, pero uno es el verdadero dueño de las acciones y existan algunos testafierros que sólo tienen aparentemente ciertas acciones, pero están obligados a regresarlas, lo mismo que los dividendos, al que controla la sociedad. También se puede presentar este fenómeno cuando un socio compra todas las acciones de la sociedad, y deja algunos testafierros con acciones. En ambos casos se puede levantar el velo y responsabilizar al socio controlador por los abusos de la sociedad, y en el primero de ellos declarar la simulación. Pero la nulidad declarada como consecuencia de la simulación no puede llevar a declarar nulos todos los contratos celebrados de buena fe con la sociedad.

La legislación nicaragüense ha autorizado la constitución de sociedades anónimas en la que el Estado es el único socio (22).

- i) La figura del tercero registral puede entrar en conflicto ante el ejercicio de la acción del levantamiento del velo y las acciones de nulidad, simulación y pauliana. Trataremos de explicar algunos alcances del problema y sus soluciones, pues el tema es conflictivo y delicado, principalmente con el requisito de la buena fe para ser protegido por el Registro (23).

Cuatro personas naturales constituyen una sociedad y la inscriben en el Registro. Se pueden presentar varios casos: Las cuatro personas que constituyeron la sociedad aportaron (24) un inmueble que les pertenecía en comuni-

(22) Artículo 6 de la Ley del Ministerio de Comercio Interno, de 12 de agosto de 1984. Artículo 4 de la Ley de Empresas de Reforma Agraria, de 2 de diciembre de 1980. El artículo 4 de la Ley de Empresas de la Junta de Reconstrucción de Managua, de 28 de diciembre de 1984, autorizaba a crear sociedades anónimas. Dicha Junta era la única accionista.

(23) El tercero registral debe reunir los requisitos siguientes: a) Adquirir a título oneroso. b) De buena fe. c) Adquirir de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir. d) Que la causa de nulidad, rescisión, resolución, etc., no resulte claramente en el Registro. e) Que inscriba su adquisición. Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral Nicaragüense*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1999, pág. 271 y sigs.

(24) En torno a la naturaleza jurídica del aporte social se han formulado dos teorías: la mayoritaria, que sostiene que es una enajenación onerosa y la sociedad puede estimarse

dad, con el propósito de evadir la acción de nulidad que ejercitaría el vendedor de dicho inmueble. Se hizo esta aportación como capital de la sociedad para alegar la sociedad en su oportunidad, su carácter de tercero protegido por el Registro y, por lo tanto, la adquisición de la sociedad quedaría firme frente a la acción de nulidad. En este caso existe confusión de patrimonios de los socios con el de la sociedad, control de la sociedad por los cuatro socios y mala fe de ellos. Por lo tanto, no existe tercero registral protegido por el Registro. Se levanta el velo social, se declara la nulidad y el inmueble vuelve al poder del vendedor que ejercitó la acción de nulidad. Si se presenta este caso frente al ejercicio de la acción de simulación o pauliana también se puede levantar el velo, recuperar el inmueble en virtud de la simulación o revocar el acto fraudulento por medio de la acción pauliana.

El problema se presenta, por ejemplo, cuando uno de los cuatro socios que aportaron el inmueble en comunidad es de buena fe, ya que no participó ni conocía del acto o contrato nulo, simulado o fraudulento, con base al cual se aportó el inmueble al fundarse la sociedad con el objeto de burlar dichas acciones y alegar la posición de tercero protegido registral de la sociedad. Creo que no se puede alegar la protección registral si existe mayoría y control social de los autores de acto ilícito.

En este caso de mayoría de mala fe, el juez debe actuar con mucho cuidado porque la procedencia del levantamiento del velo y de cualquiera de las otras acciones acumuladas puede causar perjuicio al socio o socios de buena fe. Por ejemplo: con la acción de nulidad se produce la devolución del inmueble, con las de simulación y pauliana se puede llegar a la formación de otra comunidad no deseada.

Cuando el aporte es de una persona a una sociedad de un solo socio o empresa individual existe una evidente confusión de patrimonios y mala fe, por lo tanto son procedentes las acciones señaladas, al no poderse alegar la protección del tercero registral.

Las sociedades ya constituidas (25) actúan a través de sus órganos de decisión, administración y representación. También se pueden presentar muchas situaciones difíciles de resolver.

Si la sociedad es de un solo socio, los vicios de la enajenación del inmueble a la sociedad por el socio no le permiten alegar la protección del Registro porque le trasmite la mala fe a la sociedad y existe una confusión de patrimonios.

como tercero; la segunda, como una comunicación de bienes y niega a la sociedad el carácter de tercero. Esto complica la solución de casos. Para profundizar sobre el tema, cfr. Ramón María ROCA SASTRE, *Naturaleza Jurídica de la Aportación Social*, Instituto Editorial Reus, 1946.

(25) Cfr. Iván ESCOBAR FORNOS, *Casos Prácticos de Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Hispamer, Managua, Nicaragua, 1999, págs. 53 y 165.

Cuando el representante de una sociedad actúa de mala fe, ésta repercute en contra de la adquisición de la sociedad, lo mismo si la mayoría que controlan los órganos sociales (Junta General de Accionistas, Junta Directiva y representantes legales) o todos los socios de la sociedad están de mala fe, en este último caso aunque el administrador o representante estuviesen de buena fe. Estas situaciones se presentan con más frecuencia en las sociedades de responsabilidad limitada o en las sociedades anónimas de tipo familiar.

RESUMEN

LEVANTAMIENTO DEL VELO

Para corregir los abusos de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad de los socios para realizar actos ilícitos surge la teoría del «levantamiento del velo». De creación norteamericana, es acogida luego en Europa y Latinoamérica. Es una acción judicial excepcional y principal que aparta la personalidad jurídica del ente o sociedad y responsabiliza a los socios, cuando con ella se encubren o realizan fraudes a la ley, daños a terceros u otros actos ilícitos. Son presupuestos: elementos que hagan presumir al juez un abuso de la personalidad jurídica y la existencia o simulación de constitución de una persona jurídica para abusar de ella. Protege derechos de terceros, somete el tráfico jurídico a la transparencia y vela por la buena fe. Los autores se han decantado por un catálogo de casos elaborado por la doctrina alemana: identidad patrimonial y personal entre socio y sociedad, infracapitalización, control de una sociedad sobre otras, abuso de la personalidad jurídica. Tiene aplicaciones en el Derecho Laboral, Administrativo, Tributario, Penal, Internacional y Constitucional Económico. Se analizan formas peculiares de su aplicación en los Estados Unidos de América, Francia, Alemania, España, Costa Rica, Argentina, Perú, Uruguay, México e Italia. Nicaragua carece de disposición general

ABSTRACT

LIFTING OF THE VEIL

The theory of «lifting the corporate veil» was created to address the abuse of legal personality and shareholders' limited liability in order to engage in unlawful acts. A North American idea to begin with, the theory was later embraced in Europe and Latin America. Lifting the veil is an exceptional type of primary judicial action that lays aside the legal personality of an entity or company and holds its shareholders responsible when the company is being used to conceal or engage in legal fraud, third-party damages or other unlawful acts. The grounds are: elements leading the judge to presume there to be an abuse of legal personality and the existence or simulated creation of a legal person in order to abuse said legal person. Lifting the veil protects third-party rights, renders transactions more transparent and enforces good faith. The authors have chosen to review a catalogue of German cases: identity of wealth and personality between shareholder and company, undercapitalisation, a controlling interest by one company in other companies, abuse of legal personality. The topic has applications in labour law, administrative law, tax law, criminal law, international law and economic constitutional law. Individual forms of application in the United States of America, France, Germany, Spain, Costa Rica, Argentina,

que la regule, pero existen disposiciones legales concretas. Se hace hincapié en la figura del tercero registral, tema conflictivo y delicado, por la exigencia de buena fe para ser tercero protegido por el Registro. Se explican algunos alcances del problema y sus soluciones a la luz del Derecho Registral nicaragüense.

Peru, Uruguay, Mexico and Italy are analysed. Nicaragua has no general legislation regulating the lifting of the veil, but there are specific legal provisions. Emphasis is placed upon third parties to registration affairs, a conflictive, delicate issue, because the third party is required to act in good faith in order to enjoy the protection afforded by registration. Some spheres of the problem and its solutions in the light of Nicaraguan registration law are explained.

(Trabajo recibido el 06-03-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

POR JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

POR JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 15-11-2005

(BOE 11-1-2006)

Registro de la Propiedad de Manresa, número 1

CONDICIÓN RESOLUTORIA. REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR Y CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES DECRETADA JUDICIALMENTE.

No es inscribible una sentencia dictada en juicio declarativo, por la que se ordena la cancelación de los asientos posteriores a la inscripción del comprador cuyos titulares registrales no han sido traídos al procedimiento. Se reitera, pues, que no hay automatismo en caso de ejercicio de la condición resolutoria por el vendedor.

Resolución de 16-11-2005

(BOE 11-1-2006)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 3

RECURSO GUBERNATIVO. NECESIDAD DE APORTAR EL TÍTULO CALIFICADO O SU TESTIMONIO.

Es inadmisibile el recurso gubernativo si, junto con el escrito de interposición del recurso, no se aporta el título calificado o su testimonio, a pesar de haber comunicado la Registradora fehacientemente al interesado la existencia de tal defecto formal.

Resolución de 18-11-2005

(BOE 10-1-2006)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5

RECURSO GUBERNATIVO: SU RESOLUCIÓN DEBE LIMITARSE A LOS DEFECTOS COMBATIDOS POR EL RECURRENTE. CANCELACIÓN. DOCUMENTOS JUDICIALES. SU CALIFICACIÓN SE EXTIENDE A LOS CASOS QUE PUEDAN PRODUCIR INDEFENSIÓN DEL TITULAR REGISTRAL. TERCERO HIPOTECARIO: SU APRECIACIÓN CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES.

La resolución del recurso gubernativo debe limitarse exclusivamente a los defectos combatidos por el recurrente, sin poder extenderse a otros alegados en la nota que no hayan sido impugnados.

La calificación de los documentos judiciales se extiende a los supuestos que puedan generar indefensión del titular registral, pues ello no constituye fondo del asunto, por lo que no procede en el presente caso la cancelación de aquellos asientos cuyos titulares no han sido parte en el procedimiento de quiebra.

Es competencia exclusiva de los tribunales la apreciación de si existe o no buena fe por el titular registral a efectos de su protección por el artículo 34 LH.

Resolución de 18-11-2005

(BOE 11-1-2006)

Registro de la Propiedad de Plasencia

TRACTO SUCESIVO. SU REANUDACIÓN POR EXPEDIENTE DE DOMINIO. DOCUMENTOS JUDICIALES: SU CALIFICACIÓN.

Si bien es cierto que el Registrador debe cumplir las resoluciones judiciales, sin embargo debe calificar que los titulares registrales hayan tenido en el procedimiento las garantías necesarias para evitar su indefensión, por lo que no resulta inscribible el testimonio del auto para la reanudación del trato sucesivo en el que no consta, si dicho titular intervino, ni la forma en que fue notificado, al ser la inscripción contradictoria a cancelar de más de 30 años de antigüedad.

Resoluciones de 30-11-2005 (3) 14-12-2005 y 10-1-2006

(BOE 12-1 y 14-2-2006)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 4

CALIFICACIÓN REGISTRAL. SU OBJETO, ALCANCE Y MEDIOS. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. FE PÚBLICA REGISTRAL.

Versa la presente resolución sobre el siguiente caso: Una sociedad había dado poderes, a través de una comisión nombrada judicialmente en el marco de aprobación de un convenio de suspensión de pagos, para proceder a la venta de unos terrenos, habiéndose emitido por el Notario autorizante de la escritura juicio de suficiencia de sus facultades representativas, previa exhibición de los

títulos de apoderamiento a dicho fedatario, rechazándose la inscripción por el Registrador sobre la base de: que en otros asientos del Registro relativos a otras fincas, referida comisión había quedado disuelta tiempo atrás, habiendo dejado subsistente el poder sólo respecto de otras operaciones distintas de aquella sobre la que versa la escritura; que, de otros asientos, resulta la renuncia del apoderado y que en las publicaciones de prensa resulta el fin de la comisión, y que además, según el Registro Mercantil, dicha sociedad vendedora, por inadaptación de sus estatutos, consta disuelta del pleno derecho, con cancelación de sus asientos y cese de la representación de los administradores.

La Dirección General considera inscribible el título con base en los siguientes argumentos:

1.º El Registrador, en orden a la inscripción, debe limitarse a calificar la escritura «por lo que resulte de ella y de los asientos del Registro», sin que entre los medios de calificación quepa incluir el conocimiento personal o directo ni por notoriedad del Registrador.

2.º Habiéndose emitido juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas y reseña identificativa del documento del que dimana la representación, la eventual disolución *ope legis* de la sociedad representada o la eventual extinción del apoderamiento en concreto, si no resultan de la escritura, queda fuera de la calificación registral, sin perjuicio de la responsabilidad, en su caso, del Notario autorizante.

3.º El ámbito de la calificación respecto «de los asientos del Registro» se circunscribe al Registro a cargo del Registrador calificante, no a otros Registros ajenos a su competencia y responsabilidad, de manera que la publicidad del Registro Mercantil no condiciona la inscribibilidad en el de la Propiedad.

4.º Dentro del propio Registro a cargo del Registrador calificante, sólo pueden ser tenidos en cuenta en la calificación los asientos vigentes que consten en el historial jurídico registral de la finca objeto del derecho o acto cuya inscripción se interesa.

5.º La tenencia por el representante del título del que dimanan sus facultades presume, en principio, su vigencia. La posible pérdida previa de la eficacia de la representación, aun cuando la misma pudiera dimanar del Registro Mercantil, cuando el apoderado continúa en posesión del título representativo, y la consiguiente exclusión de la buena o mala fe del apoderado o su contratante, es competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia.

Resolución de 20-12-2005

(BOE 14-2-2006)

Registro de la Propiedad de Alhama de Granada

DERECHO DE SUPERFICIE. REVERSIÓN AUTOMÁTICA. CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES. INEXISTENCIA DE LAS MISMAS.

Procede la constancia registral de la extinción de tal derecho a instancia unilateral de su concedente por haberse probado, de forma totalmente concluyente, que ha transcurrido el plazo pactado sin realizarse la edificación.

No existe obligación alguna de consignar por no existir analogía con la condición resolutoria en garantía del precio aplazado, ni existir tampoco titulares registrales de cargas o derechos posteriores y no haber precepto legal que exija tal consignación.

Resolución de 21-12-2005
(BOE 14-12-2006)

Registro de la Propiedad de Lérida, número 4

COMPRAVENTA. CON SUBROGACIÓN Y AMPLIACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. SOLIDARIDAD EN LA DEUDA AUMENTANDO EL NÚMERO DE DEUDORES.

Es inscribible una escritura en la que se vende una finca, pactándose que la compradora asume la deuda del préstamo garantizado con la hipoteca que la grava, subrogándose tanto en el débito, como en la responsabilidad derivada del gravamen real y en cuya escritura se subrogan igualmente los padres de la compradora de manera solidaria, frente a la entidad prestamista, que consiente en la subrogación, ampliándose luego el préstamo hipotecario, y ello porque, respecto del comprador, estamos ante el supuesto del párrafo primero del artículo 118 de la LH y en relación a los padres, ante una asunción cumulativa de deuda y no ante una fianza, existiendo, pues, deudores solidarios, según lo pactado, siendo procedente la ampliación de hipoteca.

Resolución de 29-12-2005
(BOE 30-1-2006)

Registro de la Propiedad de Orense, número 2

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: SU ÁMBITO. RECURSO GUBERNATIVO: ALCANCE. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRACTO SUCESIVO: BIENES INSCRITOS COMO PRIVATIVOS A NOMBRE DEL CÓNYUGE DEL DEMANDADO. NECESIDAD DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA PARA PODER PRACTICAR LA ANOTACIÓN. TUTELA JUDICIAL.

No es el procedimiento registral un proceso en que las partes contiendan entre sí, ni en el mismo existe una fase probatoria, pues la calificación registral se circunscribe a los documentos presentados y al contenido del Registro, a diferencia de lo que sucede en el proceso judicial.

No basta que el recaudador declare que la deuda causante del embargo es ganancial, pues es necesaria una previa declaración judicial al respecto en procedimiento entablado contra los cónyuges para evitar así su indefensión, por lo que debe denegarse la práctica de la anotación por exigencias del principio de tracto sucesivo y salvaguarda judicial de los asientos.

Resolución de 29-12-2005
(BOE 30-1-2006)

Registro de la Propiedad de Figueras

INADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO ANTE EL TSJ. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: SU VALIDEZ.

Interpuesto directamente el recurso de queja contra el escrito de inadmisión del recurso de apelación por el TSJ de Cataluña, debió admitirse el mis-

mo, pues fue interpuesto directamente ante la DGRN, quien lo cursó a aquel Tribunal, aunque hubiese tenido entrada en éste fuera de plazo (art. 38 de la Ley 30/92).

Es inscribible la adjudicación de una finca hipotecada en procedimiento extrajudicial ante Notario, pues la inconstitucionalidad de una norma y su expulsión del ordenamiento jurídico sólo puede producirse por una sentencia del Tribunal Constitucional, reiterándose, además, en esta Resolución los demás argumentos esgrimidos en otras Resoluciones anteriores, entre ellas, las Resoluciones de 24 de marzo de 2003 y 13 de febrero de 2004.

Resolución de 29-12-2005

(BOE 31-1-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 34

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO POR VÍA JUDICIAL. CANCELACIÓN. TRACTO SUCESIVO. NECESIDAD DE DEMANDAR A TODOS LOS TITULARES REGISTRALRES. REBELDÍA: ACCIÓN DE RESCISIÓN DEL REBELDE. PROPIEDAD HORIZONTAL. SEGREGACIÓN: NECESIDAD DE HACER CONSTAR LA CUOTA EN LA SENTENCIA QUE DECLARABA EL DOMINIO DE LA FINCA SEGREGADA.

No procede la práctica de las cancelaciones acordadas sin que hayan sido demandados todos los titulares registrales de los asientos a cancelar, máxime cuando no se practicó en su día la correspondiente anotación de demanda.

No cabe practicar la inscripción pertinente, sino sólo anotación preventiva de demanda mientras no se acredite que, dentro del plazo legal, no se ha ejercitado la acción de rescisión del rebelde.

Es necesario hacer constar la cuota que, dentro del régimen de propiedad horizontal, corresponde a la finca segregada cuyo dominio se declara.

Resolución de 29-12-2005

(BOE 31-1-2006)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERRELLA: REQUISITOS PARA SU PRÁCTICA. TUTELA JUDICIAL. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO DE SU RESOLUCIÓN.

Hay que rechazar en la resolución del recurso cualquier pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma por el recurrente.

No cabe la práctica de la anotación solicitada por constar inscrita la finca a nombre de persona distinta del demandado, y no contener el mandamiento la manifestación expresa por la autoridad judicial relativa a la apreciación de la existencia de indicios racionales de que el verdadero titular registral es el imputado, y no acreditarse, además, el ejercicio de una acción con trascendencia real en el procedimiento entablado.

Resolución de 30-12-2005
(BOE 14-2-2006)

Registro de la Propiedad de Burgos, número 1

HERENCIA. PARTICIÓN. ADJUDICACIÓN PARCIAL DE USUFRUCTO SIN QUE MEDIE ADJUDICACIÓN LA DE LA NUDA PROPIEDAD. INTERVENCIÓN DE TODOS LOS INTERESADOS. COMUNIDAD HEREDITARIA: INSCRIPCIÓN A FAVOR DE LA MISMA DE LOS BIENES AÚN NO ADJUDICADOS DEFINITIVAMENTE.

Es inscribible una escritura de herencia otorgada por la viuda del causante y todos sus herederos en la que se adjudica a aquélla el usufructo vitalicio con facultad de disponer, según el testamento, sin que medie adjudicación de la nuda propiedad entre los coherederos, pues: 1) Interviniendo todos los interesados, aceptando la herencia, se agota la totalidad de la delación hereditaria, y 2) Siendo los mismos mayores de edad y teniendo la libre administración de sus bienes, pueden distribuir la herencia del modo que estimen por conveniente, por lo que estamos ante actos contractuales más que ante una partición *sensu strictu*, siendo posible la proyección de tal negocio sobre parte de los bienes hereditarios subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes, debiendo practicarse la inscripción, hasta tanto se opera la adjudicación definitiva a nombre de dicha comunidad hereditaria.

Resolución de 30-12-2005
(BOE 31-1-2006)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 3

RECURSO GUBERNATIVO. EXTEMPORANEIDAD.

Es inadmisibles el recurso presentado fuera del plazo establecido en el artículo 326 de la LH. No obstante, ello no impide que el título pueda ser presentado nuevamente y ser objeto de una nueva calificación susceptible de ser recurrida, caso de que fuera negativa.

Resoluciones de 30-12-2005 y 9-1-2006
(BOE 14-2-2006)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 9

PROPIEDAD HORIZONTAL. INNECESARIEDAD DE HACER CONSTAR EN LA DESCRIPCIÓN DE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS SU SUPERFICIE ÚTIL, SI FIGURA YA LA CONSTITUIDA.

No es exigible la expresión de la superficie útil de cada uno de los departamentos privativos resultantes de la división horizontal de un edificio, cuando consta su superficie construida, sin perjuicio de la conveniencia de que aquella superficie figure en la escritura, pero eso es materia de *lege ferenda* y no una decisión del Registrador.

No es labor del Registrador interpretar correctamente la expresión «medida superficial» del artículo 9 de la LH y artículo 51 del RH, ni tomar en

consideración exigencias impuestas en la legislación especial (VPO a efectos del incumplimiento de requisitos administrativos).

Resolución de 2-1-2006

(BOE 14-2-2006)

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1

SEPARACIÓN JUDICIAL. CONVENIO REGULADOR: CONTENIDO DEL MISMO CONSISTENTE EN LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR BIENES INMUEBLES. IMPUESTOS. FALTA DE LIQUIDACIÓN DE LA TRANSMISIÓN CONSTANDO PRESENTADO EL CONVENIO POR LIQUIDACIÓN.

El negocio traslativo contenido en el convenio regulador de la separación aprobado judicialmente consistente en que la pensión compensatoria a que tiene derecho uno de los cónyuges es sustituida por determinados bienes inmuebles, es contenido propio de tal convenio, siendo su causa la sustitución del derecho a la pensión compensatoria, y, por tanto, es susceptible de inscripción.

Presentado a liquidación el convenio regulador, no puede el Registrador entrar a calificar si ha sido o no liquidado el negocio jurídico contenido en el mismo.

Resolución de 3-1-2006

(BOE 13-2-2006)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

EXCESO DE CABIDA. REDUCCIÓN DE CABIDA.

No es inscribible el exceso de cabida cuando existen dudas sobre la identidad de la finca por falta de coincidencia entre el título y la certificación catastral.

La reducción de cabida requiere también justificación y apreciación de identidad de la finca mediante procedimientos análogos al exceso.

Resolución de 4-1-2006

(BOE 14-2-2006)

Registro de la Propiedad de Granada, número 1

AFECCIÓN REAL. DE CARÁCTER URBANÍSTICO: SU CANCELACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA CANCELAR ASIENTOS YA PRACTICADOS.

Solicitada la cancelación de una afección real de carácter urbanístico, así como la de las condiciones impuestas por un Ayuntamiento en la concesión de la licencia de obras de determinado edificio inscritas en los términos que resultan del Fundamento de Derecho 1 de la resolución que se comenta y practicada la cancelación de las condiciones de concesión de expresa licencia, es procedente la denegación de aquella afección real por constar inscrita,

independientemente, como contenido de un convenio urbanístico en el cuerpo de la inscripción de la finca garantizando la adquisición de cierto exceso de aprovechamiento, y ello a pesar de guardar cierta relación dicha afección con las condiciones de la licencia que han sido canceladas, no procediendo, además, su cancelación por caducidad en base al régimen del artículo 74 del Real Decreto 1093/97.

No cabe dejar sin efecto las cancelaciones practicadas en cuanto a la licencia, porque no es el recurso gubernativo el cauce adecuado para ello.

Resolución de 5-1-2006

(BOE 14-2-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11

DERECHO DE OPCIÓN. SOLICITUD DE SU CANCELACIÓN UNA VEZ AGOTADO EL TÉRMINO PACTADO PARA SU EJERCICIO, CONSTANDO ANOTADA UNA MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA EN PROCEDIMIENTO CRIMINAL PROHIBIENDO AL OPTANTE EJERCITAR LA OPCIÓN Y CONSTANDO SUSPENDIDA LA INSCRIPCIÓN DE UN TÍTULO EN EL QUE EL OPTANTE PRETENDE EJERCITAR SU DERECHO.

No cabe practicar la cancelación pretendida porque la medida cautelar anotada impone una suspensión del plazo del ejercicio de la opción, sujeta a la conclusión del procedimiento, no pudiendo convertirse aquella medida en definitiva por el mero transcurso del tiempo, sino que se ha de esperar a la que se declare en la sentencia que recaiga sobre la validez de la opción. Por lo tanto, la medida cautelar no supone la extinción de tal derecho porque siga vigente la anotación que la publica cuando el plazo pactado para su ejercicio se extingue, sino que la posibilidad de optar queda suspendida conforme se ha dicho.

Resolución de 5-1-2006

(BOE 13-2-2006)

Registro de la Propiedad de Segovia, número 2

CONJUNTO URBANÍSTICO. NATURALEZA. SU CONSTITUCIÓN: NECESIDAD DE UNANIMIDAD DE LOS TITULARES DE LAS FINCAS.

Siendo aplicable el régimen especial de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios privados que reúnan los requisitos exigidos por la ley y dada la naturaleza del acto de constitución de dicho régimen como de riguroso dominio, se requiere el consentimiento de todos y cada uno de los titulares de las fincas, elementos independientes o cuotas de las mismas que pasan a integrar el conjunto urbanístico.

Resolución de 11-1-2006

(BOE 16-2-2006)

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. ERROR DEL TÍTULO. TRACTO SUCESIVO.

Constando inscrita una finca a nombre de la «Junta de Alféreces Provisionales» no puede considerarse indubitadamente acreditada en virtud de la documentación aportada y de los antecedentes del Registro, que la titularidad debió quedar inscrita a favor de la «Hermandad Nacional de Alféreces Provisional», por posible error cometido en el título, siendo necesario rectificar el Registro mediante el procedimiento previsto en el artículo 40 *d)* de la LH.

Resolución de 12-1-2006

(BOE 16-2-2006)

Registro de la Propiedad de Reus, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE QUIEBRA. RETROACCIÓN. TRACTO SUCESIVO. RECURSO GUBERNATIVO: EXTEMPORANEIDAD.

No procede la inadmisión del recurso por extemporáneo al no haberse acreditado la fecha de recepción por el presentante de la notificación de la calificación negativa.

No cabe extender una anotación preventiva de declaración judicial de quiebra en lo que se solicita de constancia registral de la retroacción cuando las fincas constan inscritas a nombre de persona distinta del quebrado, por exigencias de los principios de legitimación, tracto sucesivo y de proscripción de la indefensión judicial.

Cuestión distinta es que se hubiese tratado de una anotación de demanda en que se pretendiese la constancia de la fecha de retroacción, cuando aquella demanda se hubiese dirigido contra los titulares registrales.

Resolución de 13-1-2006

(BOE 15-2-2006)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1

RECURSO GUBERNATIVO. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO. LEGADO: NECESIDAD DE ENTREGA DEL MISMO POR LOS HEREDEROS.

Está legitimada para interponer el recurso la heredera de la interesada en la inscripción, dados los amplios términos del artículo 325.a) de la LH.

Es necesaria la entrega del legado de cosa específica en el caso de que, aún tratándose de un prelegatario, el mismo no sea heredero único, existan otros herederos y testamentariamente no esté autorizado para posesionarse por sí mismo del bien legado.

Resolución de 14-1-2006

(BOE 15-2-2006)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 6

RECURSO GUBERNATIVO. SU IMPROCEDENCIA CUANDO EL ASIENTO YA SE HA PRACTICADO.

No cabe instar recurso gubernativo contra la calificación positiva del Registrador por la que se extiende el asiento correspondiente.

Resolución de 14-1-2006

(BOE 15-2-2006)

Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. TRACTO SUCESIVO. TUTELA JUDICIAL. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA: IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE SUS EFECTOS RESPECTO DE QUIEN COMPRA UNA FINCA DONADA.

No puede practicarse la anotación cuando los bienes constan inscritos a nombre de persona distinta de aquélla contra la que se sigue el procedimiento.

No se produce la suspensión de los efectos de la fe pública registral respecto de quien compra una finca donada y para que la reducción de terceros adquirentes que hayan inscrito su título es necesario que en el Registro conste practicada la correspondiente anotación preventiva de demanda.

Resolución de 16-1-2006

(BOE 17-2-2006)

Registro de la Propiedad de Balaguer

RECURSO GUBERNATIVO. SU IMPROCEDENCIA CUANDO SE TRATA DE DILUCIDAR SI UN ASIENTO CONSTA O NO DEBIDAMENTE PRACTICADO. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Constando en el Registro la inseparabilidad entre el piso que se hipoteca y el anejo, y no figurando en el título de constitución de hipoteca que la misma se extiende también a dicho anejo, no es el recurso gubernativo el cauce adecuado para decidir si la inscripción en su día practicada se hizo o no correctamente, pues los asientos practicados producen los efectos que le son propios mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en las leyes.

Resolución de 17-1-2006

(BOE 21-2-2006)

Registro de la Propiedad de Santander, número 5

CALIFICACIÓN. DOCUMENTO NO APORTADO EN TIEMPO Y FORMA. NOTA: NECESIDAD DE EXTENDERLA SI MEDIAN DEFECTOS. RECURSO GUBERNATIVO. TRASLADO DEL MISMO AL NOTARIO NO RECURRENTE. PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN Y NO SEGREGACIÓN DE UN ANEJO. FALTA DE PREVISIÓN ESTATUTARIA. SEGREGACIÓN. DESVINCULACIÓN EN PROPIEDAD HORIZONTAL. Y NO SEGREGACIÓN. NOTA: NECESIDAD DE EXTENDERLA SI MEDIAN DEFECTOS.

Cuando median defectos debe extenderse la pertinente nota de calificación, con independencia de las comunicaciones verbales que se quieran hacer. No siendo recurrente el Notario autorizante, debería haberse dado traslado al mismo del recurso interpuesto.

No pueden tenerse en cuenta en la Resolución del recurso documentos no aportados en tiempo y forma al Registrador para su calificación.

Estamos ante una desvinculación de un anejo y no ante una segregación, dada la falta de colindancia del anejo con su elemento principal a la ausencia de previsión estatutaria que autorice expresamente la desvinculación, exige el consentimiento de la Junta de Propietarios, la correspondiente modificación del Estatuto.

La desvinculación hubiese sido posible si los Estatutos la hubiesen contemplado y el anejo constase debidamente descrito con los requisitos necesarios para su conversión posterior en elemento privativo.

Resolución de 18-1-2006

(BOE 9-3-2006)

Registro de la Propiedad de Puerto del Arrecife

RECURSO GUBERNATIVO. COPIA DE PODER TRANSMITIDA ELECTRÓNICAMENTE SIN ESTAR PASADA A PAPEL POR EL NOTARIO QUE LA USA PARA JUSTIFICAR LAS FACULTADES DEL REPRESENTANTE.

No presentación al Registrador del documento calificado: No debe rechazar el recurso, sino dar al interesado un plazo para subsanar el defecto.

Notificación por medios telemáticos: Solamente es posible cuando el Notario hubiera manifestado su aceptación a este medio.

NOTA: La misma Resolución ya advierte que con arreglo a la nueva Ley 24/2005, el mecanismo debe cumplir una serie de requisitos (básicamente) que se realice a través de «los Sistemas de Información corporativos de cada organización debidamente conectadas».

El Registrador no puede entrar en este punto. Es el Notario el que debe comprobar que se han cumplido los requisitos para la validez de la transmisión, es decir, es el Notario de Arrecife el que debe comprobar que lo que ha recibido es una copia autorizada electrónica de una escritura; por ende, expedida por un Notario, con la firma electrónica reconocida de éste; que el certificado de dicha firma no ha sido revocado ni ha caducado, y todo ello bajo su responsabilidad, que en ningún caso alcanza al Registrador.

Por lo demás, el Notario no se encuentra obligado a hacer constar detalladamente tales comprobaciones, pues éstas van implícitas en la mera afirmación de que ha tenido a la vista una copia autorizada y de su aceptación de la misma como suficiente.

Resolución de 20-1-2006

(BOE 9-3-2006)

Registro de la Propiedad de Álora

RECURSO GUBERNATIVO. INFORME DEL REGISTRADOR. INMATRICULACIÓN: FINCA DIVIDIDA EN DOS POR UN CAMINO PÚBLICO. PODERES: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Ya sabemos: El informe que no se puede hacer referencia a argumentos en defensa de la nota de calificación.

Puede ser considerada como finca única a pesar de estar compuesta por dos porciones.

Poderes: Artículo 98 de la Ley 24/2001: No hacen falta comentarios.

Resolución de 21-1-2006
(BOE 9-3-2006)

Registro de la Propiedad de León, número 2

LIQUIDACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES CON ADJUDICACIONES A LOS CÓNYUGES POR EXTINGCIÓN DE TITULARIDADES EN INDIVISIÓN QUE OSTENTABAN.

No es necesaria escritura pública.

La regulación que del convenio de separación y divorcio hace nuestro ordenamiento no limita su contenido a la liquidación del régimen de gananciales sino que se refiere, sin más, a la liquidación del régimen económico-matrimonial. Ciertamente en el régimen de separación es posible que dicha liquidación sea innecesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria), pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo.

Resolución de 23-1-2006
(BOE 9-3-2006)

Registro de la Propiedad de Amurrio

OBRA NUEVA. FORMA DE ACREDITAR SU ANTIGÜEDAD. DUDAS SOBRE SU UBICACIÓN. DISCREPANCIAS ENTRE LA PARCELA CATASTRAL Y EL REGISTRO.

Es posible acreditar la antigüedad de una obra nueva mediante certificación municipal que no la describe y su descripción coincidente con el título mediante otro certificado, siempre que no medie duda alguna que los dos certificados se refieren a la misma obra nueva de cuya identificación se trata.

Dada la falta de concordancia entre la parcela catastral y la finca registral en orden a la ubicación de la obra nueva en cuestión, y acreditado que la edificación se ubica en un terreno que no resulta inscrito, es necesario que previamente se proceda a su pertinente declaración de exceso de cabida o, en su caso, inmatriculación del mismo.

Resolución de 24-1-2006
(BOE 9-3-2006)

Registro de la Propiedad de Torrelaguna

INMATRICULACIÓN. DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. NO ES EL RECURSO GUBERNATIVO EL CAUCE ADECUADO PARA DILUCIDAR TAL CUESTIÓN.

No es el recurso gubernativo el cauce adecuado cuando existen dudas fundadas sobre la identidad de una finca que se pretende inmatricular por posible coincidencia total o parcial con otra que figura ya inscrita.

Una vez inscrito un proyecto de compensación, no es posible inscribir una escritura de herencia relativa a una de las fincas de procedencia, con la des-

cripción que tenía antes de aquel proyecto, pues su descripción ha de ajustarse a la que tenía antes de la inscripción de aquel proyecto, al encontrarse la inscripción bajo la salvaguardia de los Tribunales, y su modificación requiere el consentimiento de todos los titulares registrales afectados o, en su caso, la pertinente resolución judicial.

Resolución de 25-1-2006

(BOE 10-3-2006)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 1

PARCELACIÓN. DECLARACIÓN DE INNECESARIEDAD DE LICENCIA. SILENCIO POSITIVO.

Aunque la finca segregada consta catastrada como independiente, ello no exime de la necesidad de licencia de parcelación o declaración de su innecesariedad.

Se reitera que el silencio administrativo positivo por transcurso del plazo de tres meses, es predicable tanto de la licencia de parcelación como respecto de la declaración de su innecesariedad. Ahora bien, rechazada una primera solicitud de declaración de innecesariedad, no cabe buscar amparo en otras solicitudes posteriores para el mismo caso y finca, aunque estas últimas, que también fueron rechazadas, lo hayan sido fuera de plazo.

Resolución de 26-1-2006

(BOE 10-3-2006)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 3

PRÓRROGA. IMPOSIBILIDAD DE SU CONSTANCIA REGISTRAL POR CONSTAR YA CANCELADA POR CADUCIDAD LA ANOTACIÓN PREVENTIVA QUE SE PRETENDE PRORROGAR.

Siendo la caducidad automática, no cabe la prórroga de una anotación preventiva cuando el mandamiento, decretando su prórroga, ha sido presentado una vez caducado tal asiento.

Resolución de 27-1-2006

(BOE 27-1-2006)

Registro de la Propiedad de Tordesillas

OBRA NUEVA. ACREDITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL TÉCNICO CERTIFICANTE. DIVISIÓN HORIZONTAL EN SUELO RÚSTICO. COMPETENCIA AUTONÓMICA.

Deben acreditarse las facultades del técnico compareciente en la escritura o del que expida la certificación (normalmente lo será mediante certificado expedido por el colegio correspondiente o visado del mismo).

Hay que estar a la legislación urbanística correspondiente en cuanto a la exigencia de licencia de parcelación o declaración de su innecesariedad cuan-

do se trata de divisiones horizontales en suelo rústico. En el presente caso, la DGRN considera procedente tal exigencia conforme a la legislación de Castilla-La Mancha, pues es objeto de parcelación la totalidad del suelo, creando nuevos espacios independientes.

Resolución de 28-1-2006

(BOE 10-3-2006)

Registro de la Propiedad de Cocentaina

DOCUMENTO PRIVADO. INGLÉS. ELEVACIÓN A PÚBLICO ANTE UN NOTARIO ESPAÑOL.

No pueden tenerse en cuenta en la resolución del recurso documentos no aportados en tiempo y forma para la calificación por el Registrador.

No es aplicable la ley extranjera (en este caso la inglesa) al estar situada la finca en territorio español, por lo que procede aplicar la legislación española.

Resolución de 30-1-2006

(BOE 10-3-2006)

Registro de la Propiedad de Almería, número 1

LEGADO DE COSA GANANCIAL. NATURALEZA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADADA.

No es posible el legado de la mitad de gananciales que correspondía al testador sobre una finca inscrita como ganancial, no obstante haberse aprobado la división de herencia por la autoridad judicial, por faltar las operaciones previas de liquidación de la sociedad de gananciales, pues mientras ésta no se liquida y se encuentra sólo disuelta, nos encontramos ante una comunidad romana, no respecto de cada bien concreto, sino en relación con todo el patrimonio ganancial pendiente de liquidación.

Resolución de 30-1-2006

(BOE 8-3-2006)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 12

TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. DERECHO DE OPCIÓN.

Los efectos del derecho de opción inscrito sobre los ulteriores adquirentes no eximen de la necesidad de dirigir la demanda contra el titular registral para que la misma pueda acceder al Registro.

Resolución de 31-1-2006

(BOE 9-3-2006)

Registro de la Propiedad de Granollers, número 3

SEGREGACIÓN. YA INSCRITA

Impide que pueda practicarse una inscripción con la descripción de la finca como si dicha segregación no se hubiere practicado.

No es argumento el que la descripción se ajuste a la nota simple facilitada por el Registro, pues ya decía en dicha nota que había asientos de presentación relativos a una reparcelación (donde se efectúa la segregación de una parte de la finca).

Resolución de 31-1-2006

(BOE 10-3-2006)

Registro de la Propiedad de Manresa, número 2

CANCELACIÓN. DE ASIENTOS SIN INTERVENCIÓN DE SUS TITULARES REGISTRALES. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA. APRECIACIÓN DE LA BUENA FE DEL TERCERO.

Ordenándose por sentencia firme la cancelación de una inscripción de una finca, que ya se encuentra agrupada con otras y cuya finca resultante de la agrupación se encuentra inscrita a nombre de otra persona y gravada con dos hipotecas, no cabe la cancelación de dichos asientos porque los titulares registrales afectados no han intervenido en el procedimiento, pues ello supone un obstáculo que surge del Registro, no obstante el deber del Registrador de cumplir las resoluciones judiciales firmes.

Resolución de 10-2-2006

(BOE 24-2-2006)

Registro de la Propiedad de Palencia

EJECUCIÓN. ORDINARIA. FALTA DE IDENTIDAD DE LA FINCA ADJUDICADA CON LA QUE RESULTA DEL REGISTRO. TRACTO SUCESIVO. FINCA ADJUDICADA DE LA QUE SÓLO UNA PARTICIPACIÓN INDIVISA FIGURA INSCRITA A NOMBRE DEL DEMANDADO. CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO BASE DEL PROCEDIMIENTO. NO PROCEDE SU PRÁCTICA, PESE A DECRETARSE ELLO EN EL MANDAMIENTO DE CANCELACIÓN DE CARGAS, POR ENCONTRARSE YA INCURSA EN CADUCIDAD.

No cabe practicar la inscripción pertinente, no por falta de identidad de la finca, sino por la notable diferencia entre la superficie de la misma, según Registro, y la que resulta de la titulación judicial, lo que puede ser debido a la falta de inscripción de un título previo de disolución de comunidad.

Constando inscrito sólo un tercio de la finca adjudicada a nombre del deudor, estando el resto de la finca inscrito a nombre de otras personas, procede la negativa a practicar la inscripción correspondiente, dado el principio de tutela judicial efectiva, del que es aplicación registral el de tracto sucesivo. Cuestión distinta es que la disolución de comunidad previa acceda a los libros del Registro.

La caducidad de los asientos opera automáticamente, aun cuando todavía no se haya practicado la oportuna cancelación, por lo que caducada la anotación preventiva de embargo que trae causa del procedimiento en cuestión, la misma pierde su prioridad registral, desapareciendo su virtualidad cancelatoria.

Resolución de 11-2-2006

(BOE 24-3-2006)

Registro de la Propiedad de Guardamar del Segura

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. CANCELACIÓN. DE ANOTACIÓN PREVENTIVA QUE CONSTABA PRORROGADA JUDICIALMENTE Y QUE FUE CANCELADA POR CADUCIDAD, PRETENDIÉNDOSE AHORA SE DECLARE SU VIGENCIA.

Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, sin que pueda la DGRN entrar a conocer sobre la procedencia o improcedencia de la cancelación practicada.

NOTA: Se podría haber evitado esta Resolución de haber mantenido la DGRN uniformemente la misma doctrina que ahora predica de una manera consolidada (cfr. Resoluciones de este Boletín de 16, 17, 18, 21-2-2006).

Resolución de 14-2-2006

(BOE 24-3-2006)

Registro de la Propiedad de Segovia, número 2

TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA INTERESADA POR EL PROPIO DEMANDANTE TITULAR REGISTRAL DE LA FINCA, NO HABIENDO TENIDO ACCESO AÚN AL REGISTRO UNA TRANSMISIÓN EFECTUADA POR AQUÉL Y QUE PODRÍA DAR LUGAR A LA APARICIÓN DE UN TERCERO.

Cabe anotar preventivamente una demanda interpuesta por quien transmitió una finca a la persona demandada en el procedimiento, en la que se solicita la resolución por incumplimiento de las obligaciones asumidas por la adquirente, pues de no practicarse tal anotación ello podría traer como consecuencia la adquisición por un tercero de la finca pretendida, dejando en indefensión al propio demandante.

Resolución de 15-2-2006

(BOE 24-3-2006)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

RECURSO GUBERNATIVO. CONTENIDO DEL INFORME. HIPOTECA CAMBIARIA: SU CANCELACIÓN. DOCUMENTOS JUDICIALES. RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE LA ORDENA. TRACTO SUCESIVO. TUTELA JUDICIAL. INDEFENSIÓN. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 82.5 DE LA LEY HIPOTECARIA.

No es el informe el momento procedimental idóneo para incluir nuevos argumentos en defensa de la nota de calificación.

No es posible cancelar una hipoteca cambiaria en virtud de resolución judicial por no constar inscrita la misma a nombre de la entidad demandada y condenada al tratarse de una hipoteca constituida a favor de sus presentes o futuros, que pueden coincidir o no, con el primer tomador de los cambiales sin que consten recogidos e inutilizados los títulos judicialmente.

La cuestión relativa a si el derecho de hipoteca se extingue por prescripción del crédito que garantiza o si subsiste hasta el transcurso de prescripción de la acción hipotecaria, es una materia que no puede apreciar el Registrador.

Para que pudiera resultar aplicable el artículo 82.5 de la LH, hubiese sido necesario el transcurso de veinte años del plazo de prescripción de la acción hipotecaria a contar desde el vencimiento de la última letra, más el año siguiente durante el cual no resulte registralmente que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca; pero en el presente caso el inicio de un procedimiento de ejecución implica la interrupción del plazo de prescripción, lo que hace inaplicable dicho artículo.

Resoluciones de 16, 17, 18 y 21 (2)-2-2006

(BOE 24, 24, 23, 23, 23-3-2006)

Registros de la Propiedad de Tomelloso, Marbella, número 2; Novelda, Santa Cruz Tenerife, número 1 y Zafra

PRÓRROGA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO CUYA PRÓRROGA CONSTA PRACTICADA REGISTRALMENTE ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEC. IMPROCEDENCIA DE LA CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE LA MISMA.

Ante la inseguridad jurídica creada por la propia DGRN, esta Resolución aclara —se espera que definitivamente—, el criterio a seguir, que no es otro que el que ya mantenía la Instrucción, número 12 de diciembre de 2000: No cabe la cancelación por caducidad de una anotación preventiva prorrogada registralmente antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 86 de la LH, sometida a la prórroga indefinida del artículo 199.2 del RH, sin perjuicio de que, una vez transcurridos seis meses, computados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretados, se pueda solicitar su cancelación.

Resolución de 20-2-2006

(BOE 23-3-2006)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 2

RECURSO GUBERNATIVO. SU ÁMBITO DEBE LIMITARSE A LAS CUESTIONES QUE RESULTAN DE LA NOTA DE CALIFICACIÓN. MEDIDAS CAUTELARES: ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL EN EL QUE SE ACUERDA LA PRÁCTICA DE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PROHIBICIÓN DE DISPONER. LA EJECUCIÓN DE TAL MEDIDA REQUIERE ACUDIR A LA AUTORIDAD JUDICIAL.

La resolución del recurso gubernativo debe limitarse a las cuestiones que resultan de la nota de calificación, por lo que no se pronuncia la DGRN sobre la inscripción de los laudos arbitrales ni sobre los requisitos que deben reunir en orden a la práctica, en su caso, del oportuno asiento, ni sobre si la anotación preventiva acordada por los árbitros reúne los requisitos necesarios para su concesión.

La adopción de medidas cautelares puede tener lugar no sólo con carácter previo al proceso o en el momento inicial del mismo, sino durante su tramitación y a su conclusión hasta que se despache su ejecución, salvo que ésta no se hubiera solicitado en plazo, por lo que es posible que los árbitros acuerden en el laudo arbitral una medida cautelar consistente en una anotación preventiva de prohibición de disponer recayentes sobre unas fincas que deberían ser objeto de una escritura de compraventa en el que se fija el plazo y condiciones en que debería otorgarse la misma, si bien la ejecución de tal medida cautelar requiere recabar el auxilio de la autoridad judicial competente, por aplicación del artículo 738 de la LEC, que se remite a la legislación hipotecaria (cfr. al respecto, arts. 42.4 de la LH y 165 del RH y 8 de la Ley de Arbitraje).

Resolución de 22-2-2006

(BOE 15-3-2006)

Registro de la Propiedad de Vilanova y la Geltrú

VÍAS PECUARIAS. ANOTACIÓN PREVENTIVA. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CATALANA.

No estando sujeta la finca en cuestión a algún tipo de actuación administrativa amparada por la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, de la legislación catalana y encontrándonos, pues, ante un procedimiento claramente administrativo, el asiento que se pretende de anotación preventiva hasta que se resuelva el deslinde respecto de las vías pecuarias que atraviesan la finca, no puede tener su origen en la actuación de los particulares, sino en un acto administrativo, y, sin perjuicio de que aquéllos, si así lo consideran conveniente, acudan a los Tribunales ejercitando las acciones que consideren convenientes a sus derechos y los órganos judiciales correspondientes decreten, en su caso, como medida de aseguramiento, la anotación preventiva aludida en el artículo 8 de la citada ley.

Resolución de 22-2-2006

(BOE 23-3-2006)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 5

HIPOTECA. SU CANCELACIÓN MEDIANTE TESTIMONIO JUDICIAL DE ACTA DE CONCILIACIÓN.

Si bien la regla general es que para acceder al Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales impuestos sobre los mismos deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, ello no quiere decir que pueda utilizarse cualquiera de dichos documentos indistintamente para lograr la inscripción, sino que deberán emplearse aquéllos que sean

congruentes con la naturaleza del acto inscribible; por todo lo cual, no cabe cancelar una hipoteca mediante testimonio judicial del acta de conciliación en la que prestó su consentimiento para tal acto la entidad acreedora, pues para ello se requiere el otorgamiento de la pertinente escritura pública.

Registro Mercantil

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 13-1-2006
(BOE 15-2-2006)
Registro Mercantil de Alicante, número I

CUENTAS ANUALES. AUDITOR.

Una vez acreditado y aceptado el desistimiento por parte del socio minoritario de su solicitud de nombramiento de auditor, puede procederse al depósito de las cuentas.

Resolución de 16-12-2005
(BOE 14-1-2006)
Registro Mercantil de Barcelona, número V

CUENTAS ANUALES. AUDITOR.

Estando pendiente de Resolución por la DGRN, el recurso presentado contra la decisión del Registrador de nombramiento de auditor a solicitud de la minoría, no puede practicarse el depósito de las cuentas anuales.

Resolución de 16-1-2006
(BOE 24-2-2006)
Registro Mercantil de Pamplona

CUENTAS.

Si de las propias cuentas presentadas a depósito resulta que la sociedad está obligada a auditarse conforme a los artículos 181 y 203 LSA, debe acompañarse el correspondiente informe de auditoría aunque en el certificado de aprobación se manifieste que la sociedad no está obligada.

Resolución de 23-1-2006
(BOE 4-3-2006)
Registro Mercantil de Cádiz

CUENTAS. DISCORDANCIA EN LA CIFRA DE CAPITAL.

El Registrador debe calificar el contenido de los documentos presentados a depósito para determinar su validez por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. No puede por tanto efectuar el depósito cuando el capital que figura en los documentos presentados no coincide con el inscrito.

La certificación de las cuentas debe ir fechada.

Resolución de 24-1-2006

(BOE 8-3-2006)

Registro Mercantil de Puerto del Arrecife

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA JUDICIAL.

El origen judicial de la convocatoria no exime del cumplimiento de las exigencias estatutarias en cuanto a la forma en que dicha convocatoria ha de realizarse. Supuesto distinto es el de la Resolución de 24-11-99, en la que se resolvió dar validez a la junta, dado que los únicos interesados eran los tres socios personados en las actuaciones y para los que la notificación de la resolución judicial sirvió de convocatoria.

Resolución de 21-1-2006

(BOE 9-3-2006)

Registro Mercantil de Santander

AUMENTO DE CAPITAL. DELEGACIÓN EN EL CONSEJO. RECURSO GUBERNATIVO.

En el recurso no pueden ser tenidos en cuenta documentos no presentados al tiempo de efectuarse la calificación recurrida.

El aumento acordado deviene ineficaz si ha transcurrido el plazo fijado para la suscripción o para que los administradores ejerciten la facultad delegada por la junta.

En este caso, el ejercicio de dicha facultad no cumple los requisitos necesarios para quedar configurado como aumento, pues no lo fue por la cifra acordada por la junta, ni pudo quedar determinado entonces —23-2-2001— su importe, ni el valor nominal de las acciones emitidas, ya que estos lo fueron en función de un aumento posterior acordado por la junta en 22-6-2001.

Resolución de 23-1-2006

(BOE 9-3-2006)

Registro Mercantil de Madrid, número XII

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS.

Las exigencias de claridad y precisión de los asientos registrales impiden que los estatutos establezcan mayorías reforzadas de asistencia a la junta si no dejan a salvo lo dispuesto en los artículos 131 y 134 de la LSA, respecto a la separación de los administradores.

Resolución de 17-2-2006
(BOE 18-3-2006)
Registro Mercantil de Castellón de la Plana

CUENTAS. MODELOS OFICIALES.

Las cuentas anuales han de presentarse imperativamente en los modelos oficiales aprobados como Anexos a la Orden Ministerial de 14-1-1994.

Registro de Bienes Muebles

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 13-2-2006
(BOE 24-3-2006)
Registro de Bienes Muebles de Navarra Mercantil

IDENTIFICACIÓN DEL BIEN.

Las inscripciones en el RBM deben basarse en una perfecta identificación física del vehículo que viene determinada por el Registro administrativo de la DGT. No puede practicarse la anotación de embargo si el número de bastidor no existe en la base de datos de la DGT o no coincide el DNI del titular consignado en el mandamiento con el que figura en dicha base.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

CONMORIENCIA Y PREMORIENCIA.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN: LA EXISTENCIA DE LA PERSONA Y SU FIN

El artículo 32 del Código Civil señala expresamente que la personalidad civil se extingue por la muerte de la persona. Esta idea certera y concisa excluye indirectamente otras formas de extinción de la personalidad que se utilizaron en el Derecho anterior, tales como la esclavitud, o la muerte civil...

Pero qué significa realmente la muerte como forma de extinción de la personalidad: el final de la capacidad jurídica de una persona. Y ello porque las consecuencias de la muerte como hecho físico y que supone la extinción de la personalidad del difunto, conllevará la extinción de todas las relaciones o situaciones sociales que le atañen.

Los problemas que surgen a raíz de la finalización de la vida, originan el problema de la *determinación del momento concreto de la muerte*.

La conmoriencia aparece recogida en nuestro Código Civil en el siguiente precepto legal, esto es, en el artículo 33, como una presunción: pues indica que ante el supuesto de que dos o más personas llamadas a sucederse, se duda quien de ellas ha muerto primero, y no puede probarse, se presumirán muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro.

De esta manera nos encontramos que deben darse dos presupuestos para la utilización de la conmoriencia:

- En primer lugar, por expresa disposición legal, las personas fallecidas deberán estar llamadas a sucederse entre sí.
- En segundo lugar, la existencia de un estado de duda acerca de quién ha premuerto. Aquí es donde entra en juego la presunción legal. Para ello la persona interesada en su puesta en marcha deberá probar el hecho dudoso de premoriencia.

II. PREMORIENCIA: SUPUESTO USUAL

Hay pocos supuestos de premoriencia y conmoriencia en nuestra Jurisprudencia, aunque la presunción objeto de análisis resulta aplicable a supuestos en los que dos o más personas han fallecido en un mismo suceso, tales como accidente de tráfico, aéreo o naufragio... (hoy más frecuentes consecuencia de la masiva utilización de los viajes...) o en otras circunstancias... (incendios..., tragedias).

Aún así hay más jurisprudencia relativa a la premoriencia: supuestos en que se trata de pasada, y no constituye el asunto principal de la cuestión llevada a los tribunales, pero que nos sirve para analizar en qué supuestos encaja y se da esta cuestión jurídica.

Los asuntos fundamentales giran en torno al *derecho de sucesiones*. Y dentro de este ámbito los asuntos son muy distintos. Por ejemplo, la última sentencia encontrada se refiere a un supuesto de sucesión intestada y de la aplicación del Derecho italiano en atención a la nacionalidad de la causante. Nos referimos a la la STS de 13 de octubre de 2005 (ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ) que afirma que «la herencia de la causante doña Matilde M., ha quedado intestada por razón de la “premoriencia” de la heredera testamentaria, su tía doña Valentina P. El heredero *ab intestato*, en dos tercios de la herencia, es el demandante y recurrente en casación don Vincenzo P., correspondiendo la parte residual (como dice literalmente dicho art. 582) a la hermana demandada doña M.^a Luisa M. y por su fallecimiento, a sus tres hijos, herederos, sucesores procesales. Sobre la reserva, como la llama el Código Civile, legítima en Derecho español, que en ambos Derechos no se debe confundir con la sucesión intestada (a la que llaman sucesión “legítima”) propiamente sucesión forzosa, nada procede declarar porque queda embebida dentro de la herencia intestada del cónyuge».

Son varias las cuestiones relativas a la *partición de herencia*, donde la duda de la premoriencia se centra en torno a los cargos de contador partidor o albacea. Supuestos que se asimilan. Así lo determina la STS de 19 de febrero de 1993 (ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ), la cual afirma que «al no existir normas que regulen el cargo de contador-partidor se asimilan a los albaceas. Cuando son varios nombrados sucesivamente, para que actúe el siguiente ha de darse *premoriencia*, incapacidad o renuncia del anterior. Al no darse en autos, no puede intervenir el segundo nombrado» (1). Previamente la

(1) Ambos motivos han de rechazarse, porque habida cuenta que, ante la orfandad de normas reguladoras del cargo de contador partidor, salvo la específica del artículo 1.057 del Código Civil, una antigua línea jurisprudencial lo asimila al albaceazgo y a su normativa correspondiente, sentencias de 22-2-1929, 5-7-47, la más reciente 21-7-86 y, en consecuencia, ha de confirmarse la *ratio decidendi* contenida en el 2.º Fundamento Jurídico de la sentencia recurrida, ya que, en efecto, la disposición testamentaria que acoge el nombramiento de este/estos contadores-partidores (cl. 8.º del testamento del padre de los causantes de 10-1-49: «Nombra Comisario... a Vicente V. P. y, en defecto de éste, por premoriencia, incapacidad o renuncia, sucesivamente a Manuel C. G., todos con prórroga del cargo por dos años más desde el fallecimiento de su esposa si le sobrevive o del propio en su caso) los configura pues como un nombramiento sucesivo, siempre que el primer nombrado no actuará por razones exclusivas de “premoriencia, incapacidad o renuncia”, y cuyo plazo de dos años debía empezar tras el fallecimiento de la esposa de ese causante (en cuyo testamento, suscrito en 18-12-1965, también en su cl. 9.ª aparece una disposición semejante) que lo fue en 10 de diciembre de 1975, de lo

STS de 2 de diciembre de 1991 (ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES) determinó que al ser nombrados dos albaceas mancomunados, en un supuesto de partición, y disponiéndose que la incapacidad de uno concentra en el otro las facultades, se equipara la premoriencia, a los supuestos de excusa, renuncia y remoción (2).

Interesante es la STS de 11 de diciembre de 1992 (ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA), que tiene como objeto una acción de petición de partición de herederos y el análisis de la cláusula que introduce una mejora condicional *sine liberis*, pues la existencia de la *premoriencia* impide que el heredero voluntario premuerto transmita derecho alguno: murió antes de cumplirse la condición (art. 759) (3).

que se colige, en sustancia: que para el funcionamiento de ese segundo nombramiento de contador partidor, era preciso que aconteciera alguna de esas tres causas premoriencia, incapacidad o renuncia, por lo que al no haber acontecido ninguna de ellas (ni siquiera la 3.ª, cabe apreciar al no haberse constatado de forma evidente en los Autos, ni menos aún ejercitarse dentro del plazo marcado) no es posible la entrada en juego del segundo contador partidor: que por ello, e, incluso, como expresa la Sala, comenzado el plazo de dos años tras el acto de conciliación de 25 de enero de 1979 para el primer contador nombrado, en que por la intervención de todos los interesados cabe aplicar la prórroga analógica prevista en el artículo 906 del Código Civil, tampoco se verificó dicha partición en el tiempo previsto...»

(2) No parece clara la voluntad del testador en cuanto a la prevalencia y necesidad de su concurrencia conjunta sobre la efectividad de la actuación del órgano, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala en orden a que en los supuestos de premoriencia, incapacidad, excusa, renuncia o remoción de algún albacea, se producirá el fenómeno de la concentración de las funciones en los albaceas que queden, incluso aunque quede uno solo, según doctrina asumida ya por sentencias de 14 de mayo de 1891, 27 de septiembre de 1895 y 24 de mayo de 1954, lo que originó que la de 23 de noviembre de 1974 declarase que «la recta interpretación del artículo 895 aconseja entender que la mayoría o unanimidad a que se refiere es la que se exterioriza solamente por los supervivientes que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo, ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se privaría de seguridad jurídica a una institución nacida precisamente para procurar ésta», todo lo cual coincide con los antecedentes históricos (Partidas y Proyecto de 1851), la Resolución de 12 de julio de 1917 de la DGRN (que contempla el acrecimiento de facultades a los que continúen, como para las retribuciones establece el art. 908.2 y plasma en la sentencia de 27 de septiembre de 1895), conforme a la cual la renuncia de uno o más albaceas mancomunados no impide que continúe el albaceazgo, aunque quede un solo albacea; y en nada empece la anterior doctrina el que, según las sentencias de esta Sala que cita la Audiencia, los supuestos de incapacidad sobrevenida se considerasen como de remoción del albacea, pues éste termina su cargo en todos los supuestos que contempla el artículo 910...

(3) El FD 3.º señala que «atendiendo a la literalidad de los términos de expresión de la cláusula testamentaria, primer elemento interpretativo, aparece evidente que la testadora, doña Generosa G., estableció un llamamiento condicional respecto al destino de la mejora, que se proyecta en la frase de "si José muere sin dejar herederos" y la clave del beneficiario de dicho llamamiento está en la frase que se enlaza a continuación: "pase la mejora al que le sigue", esto es, a Ángel, con lo cual, aquel llamamiento se viene a configurar como único y cuasi nominal, y vino a suponer una especie de sustitución *sine liberis*». Siguiendo con la hermenéutica literal, es evidente que la condición no

Aunque también hay algún asunto relativo a la *reclamación de cantidad*, relativo al seguro de vida firmado por el prestatario hipotecario para garantizar en caso de premoriencia, la devolución del capital asegurado. Importante en esta cuestión es, sin duda, la STS de 19 de febrero de 2004 (ponente: Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES), donde se discute la fecha de concertación del seguro, pues de ella depende que el asegurado actuara o no con dolo, o con cualquier otra clase de culpa, al rellenar el cuestionario de salud. El TS entiende que debe considerarse como tal fecha, no la de la proposición del seguro y del cuestionario de salud —más próxima a la aparición de la enfermedad que produjo la muerte del asegurado—, sino la de la escritura de préstamo, en la cual aún no se había manifestado dicha enfermedad (4).

La premoriencia aparece también citada en cuestiones relativas a la *filiación* (en un supuesto de investigación de la paternidad, de una filiación no matrimonial, ante un padre fallecido) (5).

Por último, no podemos olvidar tampoco la mención de la premoriencia simplemente a los efectos de *modificar la inscripción del Registro Civil* (6), tal vez como paso previo a la resolución de cuestiones posteriores.

aconteció, en cuanto que José falleció con testamento otorgado, en el que se instituyó como heredero testamentario a su sobrino carnal Abel G. G., y como consecuencia de este incumplimiento de la condición, hay que entender que en José se consolidó la mejora, pero, por otro lado, la premoriencia de Ángel respecto a José, vino a significar la imposibilidad de que Ángel hubiera llegado a adquirir un derecho sobre la mejora y la imposibilidad, por tanto, de transmitir tal derecho a sus herederos, en armonía con lo dispuesto en el artículo 759 del Código Civil. La aludida doble imposibilidad produce, a su vez, la consecuencia de resultar indiferente al caso la circunstancia de haber sido intención de la testadora identificar la palabra herederos con la de descendientes, pues, en cualquier caso, *Ángel por su premoriencia, no pudo transmitir derecho alguno sobre la mejora*. Por último, debe puntualizarse que al entender que fue Ángel, el único y exclusivo beneficiario del llamamiento, la sustitución no podía haber alcanzado nunca a la hermana María Josefa Gumersinda.

(4) Claramente la Sala señaló que el contrato de seguro de vida que en este pleito se discute, no nace solo, es decir, no es independiente, sino que está supeditado, o compone, como cláusula de garantía, formando parte de un contrato principal, el de préstamo hipotecario, *en el que el allí asegurado, aquí prestatario, queda obligado a garantizar su posible premoriencia, con el fin de que el contrato principal se cubra o mantenga con las prestaciones del seguro de vida, a efectos de que el indicado prestatario-asegurado, y a través del seguro, abone, para tal caso, las primas anuales, o el pago del capital prestado*. Por ello, tiene razón la parte recurrente cuando machaconamente insiste en que los dos contratos llevan vidas paralelas, y que es una exigencia del préstamo de que la prestación correspondiente al favorecido por él, se complemente con su aseguramiento (FD 4.º).

(5) STS de 16 de julio de 2004 (ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ) declara que «la negativa a la realización de la prueba biológica por los codemandados e hijos del progenitor fallecido, no es por sí misma una *facta confessio* de paternidad, sino un razonable indicio que debe apreciarse en conjunción con otras pruebas. Pero en todo caso el TS dice que la premoriencia del padre, no cierra la posibilidad de averiguar la verdad biológica».

(6) SAP de Guadalajara de 29 de septiembre de 2004. La menor sobrevivió a sus padres, hermana y abuela. La información que sobre este extremo proporcionaron los testigos que declararon en el plenario, pone de manifiesto la imposibilidad de que la defunción aconteciera en el *intervalo horario que señaló el forense y se hizo constar en la inscripción*; como también es evidente que *la niña no falleció al mismo tiempo que el resto de sus familiares que viajaban en el vehículo, pues estos murieron en el acto, mien-*

III. CONMORIENCIA: PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM*

Tradicionalmente, desde el Derecho Romano pasando por las Partidas hasta la aprobación del Código Civil, se solucionó el tema recurriendo a la fortaleza de los conmorientes:

- Entre marido y mujer, se consideraba premuerta a ésta, atendiendo a su mayor debilidad.
- Entre progenitores e hijos, dependía de si éstos eran mayores de catorce años o no, estimándose que en el primer caso fallecerían antes los padres y en el segundo los descendientes impúberes...

El Código introdujo una regla distinta, como ya hemos expuesto, de manera que se entiende que en defecto de prueba en contrario se entiende que los conmorientes han fallecido de forma simultánea y por consiguiente no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro. Evidentemente del tenor literal de la norma se parte del hecho de que los conmorientes son herederos entre sí, y sin duda fue redactado atendiendo a una muerte simultánea y por la misma causa de los conmorientes.

Por otro lado, y como veremos seguidamente en la jurisprudencia, el giro «personas llamadas a sucederse» no debe interpretarse restrictivamente, pues la supervivencia de cualquiera de los herederos conlleva la adquisición de una facultad o derecho anteriormente ostentado por el otro (u otros).

Según la jurisprudencia iniciada por la STS de 10 de marzo de 1998 (ponente: José Luis ALBACAR LÓPEZ), *existente la presunción de conmoriencia no puede ser sustituida por la premoriencia al no permitirlo el material probatorio* (7), se pretendía la modificación de los asientos del Registro Civil en base a la conmoriencia (8).

tras que la menor fue asistida cuando aún se encontraba con vida, conclusión esta que desmiente la concurrencia de la conmoriencia defendida por los demandados, por cuanto es un hecho indiscutible que la menor sobrevivió a sus padres, hermana y abuela que desgraciadamente fallecieron en el siniestro.

(7) En el FD 3.º se establece como «cabe citar los razonamientos valoratorios de las pruebas que se contienen en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, según los cuales *la aludida presunción de conmoriencia no puede ser sustituida por la propugnada de premoriencia porque no lo permite la tremenda violencia del choque y el incendio subsiguiente del vehículo con cremación de ambos cuerpos*; porque ninguna de las instituciones intervinientes con posterioridad al acaecimiento —Guardia Civil de Tráfico, Cruz Roja, Juzgado—, hacen tal aseveración; y porque el informe forense dictamina para ambos la muerte por traumatismo y asfixia, y así consta en los respectivos asientos registrales...».

En la misma línea la sentencia AP de Barcelona, de 10 de marzo de 2003 (en donde se solicitaba declarar postmuerta a una niña fallecida junto a sus padres en accidente). La sentencia estableció cómo el artículo 33 del Código Civil prevé la presunción *iuris tantum* de conmoriencia: si se duda en dos o más personas llamadas a sucederse quién de ellas ha muerto primero, se presumen muertas al mismo tiempo y no se opera transmisión de derechos sucesorios entre los fallecidos. A luz de la prueba practicada, y en base al material instructorio aportado en la primera instancia, cabe llegar a la conclusión de que la pequeña postmuere a sus padres, como resulta de forma decisiva de la autopsia practicada.

(8) Promovida por doña Elena ante el Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Ciudad Rodrigo, demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre modificación de inscripciones de defunción en el Registro Civil por conmoriencia, contra los herederos

RESUMEN

CONMORIENCIA Y PREMORIENCIA

En el supuesto de fallecimiento simultáneo y por la misma causa a falta de prueba en contrario tiene lugar la conmoriencia y por consiguiente no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro. La presunción legal de conmoriencia surge tras el hecho dudoso de la premoriencia en base al cual las personas fallecidas deberían estar llamadas a suceder entre sí.

ABSTRACT

SIMULTANEOUS DEATH AND PREDECEASE

In the event of simultaneous decease due to the same cause, where there is no evidence otherwise, the death is simultaneous and therefore there is no transfer of rights from one person to the other. The legal presumption of simultaneous death arises after the doubtful fact of predecease, on the basis of which the deceased persons should be called upon to succeed one another.

1.2. Derecho de familia

ADOPTIÓN INTERNACIONAL Y MODIFICACIÓN REGISTRAL DEL DOMICILIO DEL ADOPTADO.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

El tema de análisis se centra en la atribución a los adoptantes de una facultad similar a la que el apartado 2 del artículo 16 LRC otorga a los padres biológicos al permitirles solicitar la *inscripción del nacimiento del hijo en el Registro Civil municipal correspondiente a su domicilio*, pues su párrafo final dispone que en las inscripciones de nacimiento extendidas en su virtud «se considerará a todos los efectos legales que el lugar del nacimiento del inscrito es el municipio en el que se haya practicado el asiento», entre cuyos efectos legales se debe incluir el de determinar la competencia del Registro Civil.

de don Cristóbal, con fecha 30 de junio de 1994 recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 2 de mayo de 1994, se estimaba parcialmente la demanda declarando la conmoriencia de padre e hija. Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: Que en las circunstancias en que los hechos se desarrollaron y tuvieron lugar, deviene manifiesta la imposibilidad para la parte actora de demostrar, contra la declaración legal de conmoriencia consagrada por el artículo 33 del Código Civil, que el fallecimiento de la niña tuvo lugar con posterioridad a la defunción de su padre.

I. LA MODIFICACIÓN Y LA COMPETENCIA TERRITORIAL DEL REGISTRO CIVIL CENTRAL

La cuestión tiene su importancia porque planteó dificultades de interpretación (1) centradas en el periodo de vigencia de la Instrucción de 1 de julio de 2004 (BOE del 5 de julio de 2004) (2), anterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio (BOE del 9 de julio de 2005) (3), y tiene por objeto dilucidar si la aplicación de la citada Instrucción es compatible con los criterios legales de competencia para la inscripción de las adopciones internacionales que, en virtud del principio de la territorialidad corresponde, atendido al lugar del nacimiento, al Registro Civil Central o a los Registros Consulares o si, por el contrario, la aplicación de la Instrucción exige un previo traslado de la inscripción al Registro Civil municipal competente.

En cuanto a la cuestión suscitada, hay que comenzar indicando que se trata de un tema que ha dado lugar a una importante controversia jurídica contra diversas Resoluciones del Registro Civil Central que viene declinando su competencia en casos de adopciones internacionales para practicar nuevas inscripciones, una vez extendida la principal de nacimiento y la marginal de adopción, modificando el lugar de nacimiento del inscrito por el correspondiente al domicilio de los padres.

Tales denegaciones se fundamentan en el principio citado de territorialidad, en razón del lugar de acaecimiento del hecho inscribible, en este caso del nacimiento, con arreglo al que ordena la competencia de los Registros Civiles municipales y consulares el artículo 16 LRC. Este precepto aparece, a su vez, desarrollado por el artículo 68 RRC, que establece como excepción la atribución de la competencia al Registro Civil Central en aquellos casos en que siendo competente conforme a la norma general un Registro Civil Consular, el promotor de la inscripción esté domiciliado en España.

El problema surge en que si la competencia del Registro Civil Central requiere la existencia de un Registro Consular competente por razón del lugar del acaecimiento del nacimiento en el extranjero, ello supone que por definición el Registro Civil Central en ningún caso puede ser competente para practicar la inscripción de nacimientos cuyo lugar de nacimiento sea un municipio

(1) Solventadas por la RDGRN de 20 de octubre de 2005.

(2) Se modifica la regla primera de la Instrucción de esta Dirección General de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción, mediante la adición de un segundo párrafo, quedando redactada dicha regla de la siguiente manera:

«Una vez extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, si el matrimonio adoptante lo solicita durante la minoría de edad del adoptado, podrá extenderse en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de éstos.

En los casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes, de común acuerdo, pueden solicitar que en la nueva inscripción, conste su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado».

(3) La Disposición Final 2.^a de dicha Ley modificó el artículo 20-1 LRC que dice que «en caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes, de común acuerdo, podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16».

español, lugar de nacimiento que, real o ficticio, sería el que vendría a proclamar la inscripción resultante de la aplicación de la Instrucción de 1 de julio de 2004.

El objeto de dicha ficción jurídica responde a una finalidad protectora y tiende a evitar la publicidad de la filiación adoptiva y de aquellas circunstancias que pudieran revelarla con el fin de proteger la intimidad personal, familiar y el interés del menor. Pero dicha ficción legal no altera en nada la competencia del Registro Civil Central para extender la nueva inscripción, haciendo constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres adoptantes en lugar del real. Tal competencia, desde esta perspectiva, seguiría recayendo en el Registro Civil Central, ya que la nueva inscripción tiene su origen en un asiento principal y en uno marginal de adopción, que atraen por conexidad la competencia para practicar el asiento subsiguiente conforme al artículo 46 LRC. No obstante, una vez practicada la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción en el Registro Civil Central, los adoptantes podrán solicitar el traslado de tales asientos al Registro Civil municipal correspondiente a su domicilio y, una vez trasladado el historial registral del adoptado a dicho Registro, solicitar que en aplicación de las Instrucciones se extienda una nueva inscripción referida tan sólo a la filiación adoptiva y al nuevo lugar de nacimiento.

II. RETROACTIVIDAD TÁCITA DE LA LEY 15/2005

El problema se centra en la posible retroactividad de la Instrucción de 1 de julio de 2004, que no ofrece cuestión respecto de los supuestos de su aplicabilidad a las adopciones constituidas antes de su publicación en los casos en que se haya solicitado su aplicación conjunta y simultánea con las restantes previsiones de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, a la que modifica en lo relativo al cambio del lugar de nacimiento del adoptado.

Las dificultades surgen cuando se intenta su aplicación en un momento posterior a haberse solicitado y obtenido una nueva inscripción con constancia exclusiva de la filiación adoptiva y de los datos del nacimiento y del nacido al amparo de la redacción inicial de la Instrucción de 1999, con simultánea cancelación de las iniciales inscripciones de nacimiento y de adopción.

La DGRN en su Resolución de 29 de octubre de 2005 parte de las dificultades que entraña reconocer eficacia retroactiva a una Instrucción cuyo objeto es modificar uno de los datos —el lugar de nacimiento— a que se extiende la fehaciencia del asiento registral practicado (art. 41 LRC) y cuya rectificación requiere sentencia judicial (art. 92 LRC), lo que en conexión con la consideración tradicional de que sólo las leyes formales y no los Reglamentos pueden disponer su retroactividad (4).

(4) En la misma línea abunda el artículo 57, número 3, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común que sólo «excepcionalmente» admite que pueda otorgarse eficacia retroactiva a los actos administrativos que, como regla general, «producirán efecto desde la fecha en que se dicten», esto es, de forma no retroactiva. Es cierto que aquella excepcionalidad de la eficacia retroactiva tiene entre sus supuestos habilitantes el de los actos *in bonus*, esto es, cuando se pueda entender que producen efectos favorables para los interesados, ahora bien, dicha retroactividad tendrá que ser declarada expresamente por el propio acto administrativo que la contenga.

La Instrucción no contiene declaración alguna de retroactividad sino que la excluye, pues la posibilidad de solicitar el cambio del lugar real de nacimiento por el del domicilio de los padres adoptantes tiene su momento: el de la nueva inscripción que se practica a instancia de los adoptantes para consignar sólo los datos de la filiación adoptiva, en donde puede proponerse el cambio del lugar de nacimiento. Si ésta ya se ha practicado, ya no cabe solicitar dicho cambio porque su autorización provocaría la cancelación de la inscripción anterior y la extensión de otra nueva, lo que no está previsto en las Instrucciones. Tampoco, por esta falta de previsión legal, cabría que el cambio referido se hiciese mediante inscripción marginal.

La reforma legal de 8 de julio de 2005 posibilita que en una sola operación registral, la inscripción de traslado, se cumpla la triple finalidad de:

- desagregar los datos de la filiación natural u originaria del adoptado de su nueva inscripción de nacimiento,
- modificar el lugar de nacimiento del adoptado,
- y tercero, trasladar el historial registral civil de la persona al Registro Civil del domicilio.

Nada impide que de forma transitoria para los supuestos en que la primera de estas tres operaciones ya esté consumada de forma autónoma a través de la aplicación de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, las otras dos operaciones, esto es, el traslado y la modificación del lugar de nacimiento, puedan ejecutarse conjuntamente ya bajo la vigencia de las nuevas normas legales, normas que, no cabe cuestión sobre ello, son aplicables también a los casos de adopciones constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, y ello no sólo porque, a pesar de la falta de disposiciones transitorias en la Ley 15/2005, entra en juego la llamada «retroactividad tácita» que se ha predicado por la doctrina civilística moderna respecto de las normas organizativas, entre las que cabe encuadrar las de mecánica u organización registral, sino también por el valor que, ante el silencio de la Ley, se debe reconocer en la labor interpretativa a las orientaciones que se desprenden de las Disposiciones Transitorias del Código Civil, añadidas a su segunda edición para regular la transición entre éste y el Derecho anterior.

El derecho al traslado de la inscripción de nacimiento y marginal de adopción, con simultánea modificación del lugar de nacimiento del adoptado, se introduce *ex novo* en nuestro Ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 15/2005, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la Disposición Transitoria primera del Código Civil en su redacción originaria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho —en este caso el nacimiento y la adopción— que lo origine se verificara bajo la legislación anterior (5).

(5) Aplicación analógica que ya había sostenido la DGRN en otras materias vinculadas al estado civil de las personas:

- interpretación del alcance retroactivo de la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad operada por Ley 36/2002, de 8 de octubre (cfr. Resolución de 25-2.ª de abril de 2005),
- y de la más reciente reforma en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio (cfr. Resolución-Circular de 29 de julio de 2005).

Opción que no cabe cuando los interesados ya han solicitado y obtenido el traslado del historial registral civil de su hijo al Registro Civil de su domicilio, consolidando con ello una situación jurídico-registral cuya modificación queda ya fuera del alcance de las previsiones del reformado artículo 20, número 1, de la Ley del Registro Civil.

RESUMEN

ABSTRACT

FILIACIÓN

FILIATION

Los padres adoptantes puedan solicitar que en la nueva inscripción se haga constar como lugar de nacimiento el del domicilio de los padres.

The adoptive parents may apply to have the new entry give their domicile as the place of birth.

1.3. Derechos reales

LAS PROHIBICIONES DE DISPONER Y SU INSCRIBIBILIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CONTENIDAS EN UN CRÉDITO HIPOTECARIO.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil

I. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER

Las denominadas prohibiciones de disponer suponen la privación de la facultad de disposición al titular de un derecho real que contiene la misma. Se trata, por tanto, de las limitaciones a la facultad de disposición de la cosa objeto del derecho real, normalmente, propiedad.

De este modo, el adquirente del dominio lo recibe, en este caso, incompleto, sin esa facultad, por lo que en principio no podrá, a su vez, transmitir el mismo a favor de un tercero. Y si lo hiciera, dicha transmisión sería totalmente ineficaz, pues si se carece de esa facultad, difícilmente se puede ejercitar, lo que implica que el primer transmitente, en todo caso, podría solicitar la ineficacia de la segunda transmisión, afectando por tanto a terceros, que se verían privados de su recién adquirido dominio.

Lo que subyace tras las prohibiciones de disponer no es sino la limitación a la libertad de circulación de los bienes, del tráfico jurídico, pues impiden, en definitiva, que las cosas cambien de manos. Esto, en principio, contradice o choca con los principios inspiradores del Código Civil, favorables al intercambio de bienes, derivados de la mentalidad desamortizadora de la época de la codificación, por lo que, como ya veremos, deberán limitarse o restringirse las prohibiciones.

Las prohibiciones de disponer pueden ser de tres grandes clases: a) Legales, cuando es la propia Ley la que impide la disposición de un bien determinado, por ejemplo, cuando se impide la enajenación de los bienes del declarado judicialmente desaparecido durante un periodo de cinco años. b) Judiciales: es el juez quien ordena la inamovilidad de determinados bienes, por ejemplo, cuando decreta el secuestro o depósito judicial para impedir enajenaciones en fraude de acreedores. c) Las prohibiciones de disponer voluntarias que son las establecidas por los particulares en los negocios en los que son parte. Son estas últimas las que vamos a examinar, y analizar su inscribibilidad.

II. PROHIBICIONES DE DISPONER VOLUNTARIAS REALES Y OBLIGACIONALES

Dentro de las llamadas prohibiciones de disponer se suele distinguir las prohibiciones de disponer en sentido estricto, que son las llamadas reales o con eficacia real, y las mal llamadas prohibiciones de disponer obligacionales, que realmente son obligaciones de no disponer, y que no implican la privación de la facultad de disposición verdaderamente.

Las prohibiciones de disponer propiamente dichas son las que afectan a tercero; es decir, su eficacia es *erga omnes*, y por tanto, son oponibles a los sucesivos adquirentes del bien, que se van a ver privados de la titularidad del mismo, al declararse ineficaz el acto en virtud del cual adquirieron, pues se infringió esa prohibición.

Es decir, cuando se establece una determinada prohibición de disponer sobre un bien con carácter real, quiere decir que el que adquiere el dominio, lo adquiere limitado, privado de la facultad de enajenación; por eso, si ignorando dicha prohibición enajena el bien a un tercero, esa nueva transmisión es totalmente ineficaz, puesto que si se carecía de la facultad de enajenación, no pudo transmitirse nunca el bien.

El tercero que adquiere, realmente, no adquiere el dominio (¿cómo lo va adquirir si su transmitente carecía de la facultad de transmitirlo?), y se ve obligado a restituir la cosa que adquirió.

Las prohibiciones de disponer obligacionales son, por el contrario, las que tienen eficacia meramente obligacional, es decir, no son oponibles y eficaces frente a terceros, sino que se limitan a ser una obligación más que se impone al adquirente, en virtud de la cual éste se obliga a no enajenar. Si lo hace, y transmite a un tercero, el tercero no se ve afectado en su adquisición, y no debe restituir el bien, ya que sólo existía una obligación personal del primer adquirente de no enajenar, y si lo hace, únicamente incumple una obligación, generándose, entonces, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios a favor del primer transmitente, pero nada más; no tienen eficacia real, luego el tercero adquirente no resulta afectado y mantiene su dominio.

Estas últimas son entonces meras «obligaciones de no disponer», pero no prohibiciones de disponer, porque éstas implican en su esencia su oponibilidad a terceros, nacen, precisamente, para tratar de impedir la válida adquisición por un tercero. Como prohibiciones de disponer entonces serían nulas, ineficaces, porque no tienen su virtualidad propia que es impedir la adquisición por un tercero.

Merece la pena hacer esta distinción porque, así, las únicas prohibiciones de disponer existentes y verdaderas en nuestro Derecho son las llamadas reales o con eficacia real.

III. PROHIBICIONES DE DISPONER REALES: REQUISITOS Y EFECTOS

Las verdaderas prohibiciones de disponer, como ya hemos dicho, limitan el dominio, y por lo tanto su admisión debe restringirse, en el sentido de que sólo valdrán como auténticas prohibiciones aquéllas que cumplan los requisitos señalados por la Ley.

De lo que no cabe duda es que, cumpliendo los requisitos, las prohibiciones de disponer existen y son admisibles, pues así se establece claramente en los artículos 26 y 27 LH; puesto que si permite su inscripción, acepta su admisión. Eso sí, como verdaderas prohibiciones de disponer con eficacia *erga omnes*, que para eso se inscriben en el Registro y que son en puridad las únicas factibles.

1. REQUISITOS

¿Cuáles son los requisitos que deben cumplir para poder inscribirse y por tanto admitirse?:

1. En primer lugar, el artículo 26.3 LH, con respecto a las prohibiciones de disponer voluntarias, señala que sólo serán inscribibles las que tengan su origen en actos a título gratuito, idea que refuerza el artículo 27 LH, al señalar que no podrán inscribirse las que tengan su origen en actos o contratos distintos de los del artículo 26 LH. Por lo tanto, es necesario que se establezcan en actos o contratos a título gratuito.
2. En segundo lugar, es comúnmente admitido por la doctrina y jurisprudencia, que las prohibiciones de disponer deben tener una duración temporal. Es decir, no puede limitarse la disposición de los bienes de manera perpetua, pues iría en contra de los principios de libertad de circulación de los bienes, tan perseguido por nuestra legislación. El límite que se considera aplicable a estas prohibiciones de disponer es el mismo que tienen las sustituciones fideicomisarias, es decir, dos generaciones, tal y como establecen los artículos 781 y 785.2 del Código Civil, cuando se establezcan a favor de personas no existentes todavía.
3. El último requisito que ha señalado la doctrina es que es necesario que dichas prohibiciones se establezcan con una causa justa o razón que las justifique. Dice LACRUZ BERDEJO (1), un «interés justo y legítimo en cuyo servicio se imponga aquélla».

(1) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 260. Y corroborando esta idea: Díez PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, Ed. Tecnos, Madrid.

2. EFECTOS

Ya hemos adelantado cuáles son los efectos de las prohibiciones de disponer así consideradas: su oponibilidad, lo que conlleva la ineficacia de la segunda transmisión a favor del tercero (segundo adquirente), pues al faltar en el disponente la facultad de disposición, ya cuando el segundo negocio transmissivo sea válido en cuanto que contiene consentimiento, objeto y causa, no cabe duda que al encontrarse el transmitente investido de la facultad de disponer, ese negocio —válido— no puede ser eficaz, es decir, perfecto obligacionalmente, no tiene eficacia real, pues es incapaz de transmitir el dominio.

Normalmente, esa prohibición de disponer implica también la de gravar la cosa objeto de la misma, por lo que impediría, asimismo, hipotecar el bien o establecer otra carga o gravamen real sobre aquélla. No obstante, la DGRN ha permitido establecer hipotecas sobre el bien sujeto a disposición de disponer, en las RRDGRN de 18 de abril de 1952 y 18 de enero de 1963, si bien con el pacto de no ejecutarla hasta que finalice el plazo de dicha prohibición. Lo cual lleva a que me plantee, si realmente se ha constituido una verdadera hipoteca, pues no es muy factible separar el derecho real de su esencia que es precisamente la facultad de realización forzosa del bien sobre el que recae.

IV. LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN PROHIBICIONES DE DISPONER EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Merece la pena detenernos brevemente en ver qué calificación deben tener las cláusulas insertas en un contrato de préstamo hipotecario que establecen la prohibición de disponer de la finca hipotecada.

En principio, y después de todo lo expuesto, debería rechazarse la inscripción de cualquier cláusula que limite la facultad de disposición del hipotecante sobre la finca hipotecada, pues, conforme al artículo 27 LH, sólo pueden inscribirse aquellas prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos a título gratuito, y el contrato de hipoteca es esencialmente oneroso.

La prohibición de inscripción de estas cláusulas se debe a la limitación al tráfico inmobiliario y a su prohibición expresa por la Ley (arts. 26 y 27 LH). En efecto, como recoge en su estudio el Colectivo Academia Enrique Colomer (2), la cláusula de prohibición de disponer limita la libre circulación de la propiedad de forma caprichosa y sin ningún beneficio para el acreedor, cuya garantía no se altera en absoluto por la enajenación posterior, amén de que puede contradecir dicha prohibición la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones del artículo 10.1.c) LDCU.

La DGRN ha rechazado muchas veces la inscripción de esas cláusulas por su falta de eficacia *erga omnes*, no pueden ser oponibles a terceros, porque eso supondría una limitación total al tráfico jurídico inmobiliario. En este sentido: RRDGRN de 12 de noviembre de 1913, 16 de junio de 1936, 6 de julio de 1917, 9 de junio de 1914, 4 de noviembre de 1968, 18 de octubre de 1979, que afirma que «el pacto de no gravar ni enajenar el inmueble por el deudor, sin

(2) Véase COLECTIVO ACADEMIA ENRIQUE COLOMER: «Novísima recopilación de algunas de las cosas que se han escrito en materia de cláusulas de escrituras de préstamos hipotecarios», en *BCRP*, núm. 283, noviembre de 1991, pág. 2393.

el permiso expreso y escrito de la parte acreedora, carece de trascendencia real y en consecuencia no debe tener acceso al Registro», 23 y 26 de octubre de 1987 rechazan igualmente «la prohibición de enajenar, gravar, arrendar o ceder el disfrute de la finca hipotecada».

Del mismo modo, también se rechaza la inscripción de estos pactos como causa del vencimiento anticipado. Así, no son inscribibles todos los pactos de vencimiento anticipado que establecen, por ejemplo, el vencimiento anticipado por enajenar la finca, por enajenarla sin consentimiento del acreedor, por arrendarla, pues esto supondría el aceptar una prohibición de disponer contenida en un acto a título oneroso, en contra de lo dispuesto en el artículo 26 LH (RDGRN de 15 de julio de 1998), y estos actos de gravamen o enajenación no suponen menoscabo de la garantía real constituida. En concreto esa resolución rechaza el pacto de vencimiento anticipado en el caso de que la finca fuera objeto de «cualquier gravamen, enajenación, embargo, anotación o administración judicial preferente a la que se deriva de esta hipoteca».

En resumen y de forma general no deberán inscribirse las siguientes cláusulas:

- La que prohíbe al hipotecante, sin consentimiento del acreedor, enajenar la finca hipotecada.
- La que prohíbe arrendar (RRDGRN de 6, 12 y 26 de julio de 1922).
- Estipulaciones que contienen prohibiciones de disponer encubiertas bajo forma de condición resolutoria (RDGRN de 4 de noviembre de 1962).
- Establecer el vencimiento anticipado del préstamo por enajenación forzosa de las fincas hipotecadas en procedimiento de apremio (que, además, es contrario a los arts. 131 y 133 LH, relativos al procedimiento hipotecario).
- El que establece como causas de vencimiento anticipado la enajenación o gravamen o arriendo de la finca.

Como hemos dicho, las razones principales de su no inscribibilidad son la limitación al tráfico inmobiliario y su prohibición por el artículo 26 y 27 LH de establecerse en contratos a título oneroso. Pues bien, conviene señalar que, realmente, el hecho de que no se inscriban se debe a que dichas prohibiciones de disponer son nulas, pues al estar inmersas en un contrato oneroso ya no son verdaderas prohibiciones de disponer, como ya hemos dicho, sino meras obligaciones de no disponer, por lo que su carácter obligacional, unido a su nulidad como prohibiciones de disponer, les cierra las puertas del Registro de la Propiedad.

No vale afirmar, por tanto, que las prohibiciones de disponer establecidas en un contrato de préstamo hipotecario no son nulas, sino válidas, y que pueden pactarse libremente por las partes en un negocio oneroso, sólo que se les prohíbe su acceso al Registro, por no ser oponibles *erga omnes*, y por la limitación al tráfico que suponen; no. Realmente, no son inscribibles porque, *per se*, son nulas; no son verdaderas prohibiciones de disponer porque sólo lo son aquéllas que se pueden inscribir en el Registro y por tanto son oponibles al tercero que adquiere; pues, como dijimos al principio, la esencia de las prohibiciones de disponer es, precisamente, impedir la adquisición válida y eficaz de ese tercer adquirente.

RESUMEN

PROHIBICIONES DE DISPONER

Se pretende diferenciar las prohibiciones de disponer de las obligaciones de no disponer en cuanto a su esencia y oponibilidad erga omnes, y su consecuente inscripción en el Registro de la Propiedad. Igualmente, se analizan las causas de su no inscripción cuando están incluidas en un contrato de préstamo hipotecario.

ABSTRACT

PROHIBITIONS OF DISPOSAL

This paper endeavours to differentiate prohibitions of disposal from obligations of non-disposal, in terms of their essence and erga omnes enforceability and in terms of their consequential registration in the Property Registry. It also analyses the causes of non-registration when such prohibitions are included in mortgage loan agreements.

1.4. Sucesiones

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL SI SINE LIBERIS DECESSERIT. LOS HIJOS ADOPTIVOS COMO FIDEICOMISARIOS. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS FIDEICOMISARIAS DE LOS TESTAMENTOS.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene como objeto analizar algunas sentencias en las que el Tribunal Supremo trata la sustitución fideicomisaria y, de forma particular, la condicional *si sine liberis decesserit*.

Según el artículo 781 del Código Civil, en las sustituciones fideicomisarias el heredero ha de conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia.

Las sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 1930 y de 25 de octubre de 1954, recogen como notas características que debe reunir la sustitución fideicomisaria para ser considerada como tal las siguientes:

- La existencia de una pluralidad de llamamientos que se hacen efectivos de forma sucesiva.
- La obligación impuesta al primer heredero por el testador de conservar y transmitir el todo o parte de la herencia.
- Los bienes fideicomitidos tienen el destino sucesorio que el testador les haya dado.

La sustitución fideicomisaria puede ser condicional cuando el testador impone una condición al heredero. Una de las modalidades de sustitución

fideicomisaria condicional es la denominada *si sine liberis decesserit*, en la cual el testador llama a una persona y, sucesivamente, a otra para el caso de que la primera fallezca sin hijos, de modo que si el fiduciario tiene hijos cuando muere no serán llamados a la herencia los sustitutos fideicomisarios, por eso se dice que los hijos están puestos en condición.

Es clásica la polémica sobre si los hijos puestos en condición son llamados como sustitutos vulgares del sujeto al que la condición se refiere, o bien no deben estimarse llamados como sustitutos fideicomisarios si del testamento no resulta que la voluntad del testador es otra, es decir, que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deberán ser expresos. Desde luego hay que seguir siempre la pauta marcada por el artículo 675 del Código Civil, esto es, la voluntad del testador según el tenor del propio testamento.

II. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL *SI SINE LIBERIS DECESSERIT*

La sustitución fideicomisaria ha sido objeto de numerosas críticas, pero como dice ROCA-SASTRE MUNCUNILL, los mayores inconvenientes que se atribuyen a esta figura jurídica se refieren a la de tipo vincular o amayorazgada, pero hay fórmulas fideicomisarias inocuas, tales como el fideicomiso *si sine liberis* (1). La gran diferencia entre ellas radica en el tiempo de duración del gravamen que, en el caso de la *si sine liberis* es bastante reducido, ya que si el fiduciario fallece con hijos, el fideicomiso desaparece.

En el fideicomiso *si sine liberis* el testador llama a un heredero, generalmente un hijo, y, para el caso de que fallezca sin hijos, llama a un segundo heredero, hermano del primer instituido, y así sucesivamente hasta el último que si llega a ser heredero queda libre. El objetivo de este tipo de fideicomiso es evitar que los bienes salgan de la familia.

Es frecuente en los testamentos establecer una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, ya que muchos testadores, como dice GONZÁLEZ PALOMINO (2), «lo que suelen querer es beneficiar en todo caso e irrevocablemente al instituido en el goce de la herencia, pero no atribuirle la propiedad definitiva de la misma sino en el caso de morir con hijos».

Este objetivo de muchos testadores es el contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10157), en la que la condición puesta por el testador es la de tener sucesión, exactamente dice que «quiere el testador que si sus hijos naturales reconocidos como tales... falleciesen sin ninguno dejar sucesión, pasen los bienes que hayan heredado del otorgante a los herederos abintestato del mismo...», por lo que nos encontramos ante lo que se denomina *hijos puestos en condición*, «que no son herederos del fideicomitente, sino que sirven únicamente para condicionar la delación del fiduciario, de modo que si se incumple la condición y el heredero muere con sucesión, el fiduciario será heredero libre, y, en caso contrario, deberá devolver los bienes a los fideicomisarios llamados como tales por el causante».

(1) Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, tomo I, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, pág. 491.

(2) «Enajenación de los pseudusufructuarios». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, pág. 916.

La comprobación del cumplimiento o incumplimiento de la condición habrá de hacerse al tiempo de la muerte del fiduciario para saber si tenía sucesores o no. En definitiva, se subordina al fallecimiento del heredero fiduciario sin sucesión. Si el fiduciario tiene sucesores goza de plena capacidad de disposición de los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria condicional.

Dice ROCA SASTRE (3) que «en la sustitución fideicomisaria la condición *si sine liberis* actúa *ex nunc*, o sea, a partir del momento de fallecer el fiduciario sin hijos..., la actuación *ex nunc* del fideicomiso condicional no es consecuencia de una cancelación de los efectos retroactivos de la condición cumplida, sino más bien mera secuela de la circunstancia de afectar la condición no a la existencia de la institución hereditaria, sino tan sólo a la del fideicomiso que eventualmente la gravaba».

La obligación impuesta al fiduciario, en el artículo 783 del Código Civil, de entregar los bienes al fideicomisario aparece atenuada en la frase final de este mismo precepto: «salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa», que, según la Resolución de la DGRN, de 26 de mayo de 1985, y la posterior de 16 de noviembre de 1944, así como las STS de 6 de abril de 1954 y 25 de abril de 1983, ponen de relieve la elasticidad de estas normas fundamentales del Código Civil en materia sucesoria que permiten al testador introducir modificaciones en las mismas acordes con su voluntad.

III. INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

1. INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS FIDEICOMISARIAS

La interpretación de las cláusulas fideicomisarias debe atenerse a los siguientes principios (4):

- Principio *in dubio contra fideicomissum*.
- La prohibición de presunciones y conjeturas en las cláusulas testamentarias que las establezcan, ya que el artículo 783.1 del Código Civil ordena que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria deben ser expresos.
- La muerte del fiduciario equivale a condición.

2. CORRESPONDE AL JUZGADOR DE INSTANCIA

La interpretación del testamento es función del Juzgador de Instancia. Sólo será revisable en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado en la interpretación sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley. En este sentido, las sentencias de 14 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3910), de 30 de enero de 1997 (*RJ* 1997, 159), 21 de enero de 2003 (*RJ* 2003, 604), 18 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 5339), entre otras, señalan que la interpretación

(3) «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil», en *Estudios sobre Sucesiones*. Madrid, 1981, pág. 59.

(4) Martín GARRIDO MELERO, *Los fideicomisos*, pág. 725 y sigs. Instituciones de Derecho Privado. Coordinador general: Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, Tomo V, vol. 1, *Sucesiones*, Coordinador: Martín GARRIDO MELERO.

de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, siempre que se mantenga dentro de unos límites racionales y no sea arbitraria; en consecuencia, sólo puede ser revisada en casación en aquellos casos en que sean contrarias a la ley o vayan contra la voluntad del testador.

3. INTERPRETACIÓN LITERAL

Siempre debe otorgarse primacía a la voluntad del testador. Existe abundante jurisprudencia al respecto, así las sentencias de 1 de febrero de 1988 (*RJ* 1988, 581) y 9 de octubre de 2003 (*RJ* 2003, 7232), entre otras, señalan que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador. Ha de primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y, solamente en aquellos casos en que aparezca que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto, STSS de 9 de junio de 1962 (*RJ* 1962, 2768), 23 de septiembre de 1971 (*RJ* 1971, 3510), 18 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5400), 18 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6388), 23 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2717).

IV. LA FILIACIÓN ADOPTIVA: PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La condición de no tener hijos puede referirse a toda clase de hijos, ya sean biológicos, adoptivos, matrimoniales o no matrimoniales. Como dice MARTÍN GARRIDO MELERO (5), el testador es libre, dentro de ciertos límites, de ordenar como quiera su sucesión y, por tanto, de llamar como herederos o legatarios a un tipo de hijos y no a otros.

Pueden presentar problemas los casos en los que el testador haga una referencia genérica a los hijos. Yo creo que deberán entenderse comprendidos todos los hijos, ya que si la ley no establece distinciones entre unos u otros tipos de hijos, las cláusulas testamentarias deberán interpretarse en este sentido.

En la anteriormente mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 2005 (*RJ* 2005/10157), la condición puesta por el testador era la de tener sucesión y, de hecho la había, porque, como dice el Alto Tribunal, la referencia a la sucesión es genérica y no se limita a los hijos biológicos, sino a sus sucesores, de modo que no se puede discriminar a un hijo adoptivo como pretendían los recurrentes.

La anterior interpretación es la que debe seguirse a la vista de nuestra Constitución, cuyo artículo 14 proclama la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento. De forma más específica, el artículo 39 del mismo cuerpo legal establece la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación.

Las sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 682) y 28 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 5507) señalan que «no debe hacerse discriminación contra un hijo adoptivo».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 14 de julio de 2004, comentó también un caso de discriminación de un hijo adoptivo, realizando las siguientes consideraciones sobre la interpretación hecha por los

(5) *Ob. cit.*, pág. 793.

tribunales andorranos de una cláusula testamentaria, excluyendo a los hijos adoptivos por vulnerar el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421), en relación con el artículo 8 del mismo convenio, porque «un niño que ha sido objeto de una adopción... se encuentra en la misma situación jurídica que si fuese hijo biológico de sus padres, y ello a todos los efectos: relaciones y consecuencias vinculadas con su vida familiar y derechos patrimoniales derivados de ello».

Hace una precisión en esta sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no por obvia es menos cierta, al poner de manifiesto que las disposiciones testamentarias se interpretan y aplican muchos años después de la muerte del testador, lo que conlleva que se hayan producido «profundos cambios tanto en el ámbito social como económico y jurídico, el Juez no puede ignorar estas nuevas realidades», por lo que hay que «conferir a la disposición testamentaria el sentido más conforme con el derecho interno y con el convenio».

RESUMEN

SUCESIÓN FIDEICOMISARIA

Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la sustitución fideicomisaria condicional si sine liberis decesserit y el papel de los hijos adoptivos como fideicomisarios.

ABSTRACT

SUCCESSION UNDER TRUST

An examination of Supreme Court case law on the conditional substitution of beneficiaries si sine liberis decesserit and the role of adopted children as beneficiaries of a trust.

1.5. Obligaciones y Contratos

EL DEPÓSITO SE CONSTITUYE NO POR EL SOLO ACUERDO DE VOLUNTADES DE LAS PARTES DE ENCOMENDAR Y ACEPTAR LA GUARDA SINO POR LA ENTREGA DE LA COSA A GUARDAR.

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. CONCEPTO

La situación jurídica del depósito se regula en los artículos 1.758 a 1.789 del Código Civil. Por su parte, el artículo 1.758 dispone que «se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla». Sólo el depósito extrajudicial y voluntario es contrato de depósito y tiene las características siguientes: 1) Gratuito, salvo pacto en contrario (art. 1.760 del Código Civil), y 2) real, que se perfecciona con la entrega

de la cosa, a este respecto hemos de citar la STS de 4 de noviembre de 1997. En cuanto al número 1 decir que, en opinión de autores, como LACRUZ, el depósito sería retribuido cuando el depositario ejerza habitualmente esa función aunque no se haya pactado expresamente con tal carácter. Cuando es gratuito el depósito se dice que tiene carácter unilateral, pues sólo genera obligaciones esenciales en el depositario, ya que las obligaciones de reembolso de gastos a cargo del depositante son ocasionales y se exigen sólo cuando existen esos desembolsos. Y en cuanto al número 2 se establece que los pactos que se propagan la futura entrega de la cosa tendrán la naturaleza de tratos preliminares o de precontrato.

II. ELEMENTOS

Para ser depositante, no es necesario probar ser propietario de la cosa depositada (art. 1771.I del Código Civil). Basta con ser su poseedor. Pero, cuando son varios los depositantes, el artículo 1.772 distingue dos supuestos: Si no son solidarios y la cosa admite división, no podrá pedir cada uno de ellos más que su parte. Si son solidarios o la cosa no admite división, rigen las reglas de los artículos 1.141 y 1.142 del Código Civil referentes a la reclamación de créditos solidarios. En opinión de CASTÁN TOBEÑAS, las cuentas bancarias indistintas no constituyen un título de propiedad indivisa para los co-depositantes y puede justificarse por los distintos medios de prueba admitidos en Derecho que la propiedad de lo depositado pertenece a uno solo de los depositantes, en este sentido se pronuncian las STS de 8 de febrero de 1991 y 23 de mayo de 1992, entre otras. En cuanto a la capacidad se exige la de contratar. El Código Civil contempla dos supuestos de incapacidad: Primer supuesto: Cuando es incapaz el depositante y capaz el depositario, y puede ser obligado a la devolución por el tutor, curador o administrador de la persona que hizo el depósito, o por la misma, si llega a tener capacidad (art. 1.764 del Código Civil). De forma similar, si el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito sino a los que tengan la administración de sus bienes y derechos (art. 1.773 del Código Civil). Segundo supuesto: Cuando es capaz el depositante e incapaz el depositario, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio (art. 1.765 del Código Civil). Y es que la cosa depositada debe ser ajena al depositario (art. 1.758 del Código Civil). También debe ser una cosa mueble en el contrato de depósito o depósito voluntario (art. 1.761 del Código Civil); en el depósito judicial o secuestro puede ser mueble o inmueble (art. 1.786 del Código Civil), pues en este supuesto estamos ante una situación de depósito.

III. CLASES

Al depósito regular se le llama depósito de cosa específica, siendo irregular cuando se trata de cosa fungible. Tanto en uno como en otro caso, la cosa ha de ser tangible y corporal pues es cuando puede ser guardada. No cabe el depósito de derechos. En el depósito irregular, el depositario no está obligado a devolver la misma depositada, sino otro tanto de igual especie y calidad. El

depositario adquiere la propiedad de la cosa y, por lo tanto, puede consumirla o disponer de ella. Cabe discutir si tal contrato es o no depósito, ya que falta un elemento natural o característico del mismo. A pesar de ello, subsisten razones para seguir considerándolo depósito y no préstamo. De esta forma, la STS de 10 de enero de 1991 rechazó que fuera depósito irregular el ingreso de dinero en un banco, que funciona común a una modulación de un contrato de préstamo, para asegurar su correcta inversión, contrato que el Alto Tribunal considera atípico; por el contrario, la STS de 26 de marzo de 1990 considera independiente el préstamo hipotecario y el ingreso del dinero procedente de él en una cuenta especial del banco prestamista, calificando de depósito típico este segundo contrato, pese a que su objeto era dinero y que el prestatario sólo podía disponer del mismo en las complejas condiciones estipuladas. El depósito puede constituirse judicial o extrajudicialmente, según dispone el artículo 1.759 del Código Civil. Al depósito judicial se le denomina también secuestro y tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos (art. 1.758 del Código Civil) y se rige supletoriamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.789 del Código Civil) y, más concretamente, artículos 626 a 628 de dicha Ley, que regulan el nombramiento del depositario y sus responsabilidades. La STS de 28 de julio de 1994 señaló que la obligación del depositario judicial no es de origen extracontractual pues deriva de la ley, a consecuencia de una resolución judicial. El depósito extrajudicial puede ser voluntario o necesario (art. 1.762 del Código Civil). Depósito voluntario es aquél en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda (art. 1.763 del Código Civil). En realidad, el depósito necesario no es un contrato, pues la fuente de la obligación es la Ley y no la voluntad de las partes. Esta situación jurídica se produce: Cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal, aplicándose supletoriamente las normas del depósito voluntario (art. 1.782.1.º del Código Civil). Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes (art. 1.782.2.º del Código Civil). Este depósito se rige por las normas del depósito voluntario, pese a que la voluntad está muy condicionada por las circunstancias. Cuando se introducen efectos por los viajeros en las fondas y mesones, siempre que se haya dado conocimiento de tales efectos a los fondistas y mesoneros, o a sus dependientes y que los viajeros observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de efectos. Se trata de una obligación legal, pues no existe voluntad de depositar, sino de introducir efectos en el hotel, que siguen estando en posesión y bajo el control del huésped. En opinión de JORDANO FRAGA el servicio de custodia de dinero, alhajas u otros objetos de valor, que los establecimientos hoteleros están obligados a prestar en virtud de la Orden Ministerial de 19 de julio de 1968, es un depósito necesario, pues la celebración del contrato es obligatoria para el hostelero. Sin embargo, para LASARTE existe un verdadero contrato de depósito. Y es que esta misma norma establece que «en todas las habitaciones, apartamentos o suites, y en lugar que permita su lectura sin dificultad, figurará la indicación de que el establecimiento no responde del dinero, alhajas u objetos de valor que no sean depositados en la forma establecida». A este respecto, JORDANO FRAGA considera que los anuncios mencionados constituyen la única causa de exoneración de responsabilidad del hotelero. Tal norma completa el alcance del

artículo 1.783 del Código Civil en el sentido de que debe interpretarse que las prevenciones hechas por el hostelero sobre el cuidado y vigilancia de los efectos pueden consistir precisamente en los anuncios indicados, pero la norma reglamentaria no debe prevalecer en lo que se oponga a la norma legal (STS de 15 de marzo de 1990), por eso, parecen prudentes las opiniones de ROCA JUAN y PÉREZ ÁLVAREZ cuando afirman que a los demás efectos introducidos por el cliente y diversos del dinero, alhajas u otros objetos de valor se les aplicaría el régimen agravado de responsabilidad ex artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil, casos a los que añadiríamos las pérdidas que se produjeron antes de que el cliente pudiera llegar a leer las advertencias anunciadas en las habitaciones. Y es que las obligaciones establecidas para el empresario hotelero en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil no se extienden a otros empresarios cuya actividad guarde relación con la turística. La STS de 20 de febrero de 1999 negó que el titular de un club marítimo tuviera obligación de custodia sobre las embarcaciones amarradas por los socios en la zona del puerto a ellos reservada, por más que aquél tuviera a un empleado haciendo rondas por la misma.

IV. OBLIGACIONES

1. DEL DEPOSITARIO

1.º Custodiar la cosa. Esta obligación está prevista en el artículo 1.758 del Código Civil y, respecto del depósito judicial, en el artículo 627.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según la doctrina italiana, se distingue entre custodia directa, que deriva de un contrato de depósito y, por tanto, de la entrega de la cosa, y custodia indirecta, que dimana de una obligación legal y que no requiere la entrega, como sucede en el caso del depósito necesario del artículo 1.783 del Código Civil. Y es que la obligación de custodia no es simplemente pasiva pues en algún supuesto puede exigir algún comportamiento activo por parte del depositario. De este modo, y de conformidad con la STS de 2 de julio de 1998, el depositario de un yate deberá realizar cuantas reparaciones fueran necesarias para evitar que el deterioro fuera progresivo. Pero no existe obligación de custodia en el depósito irregular ni siquiera está obligado el depositario a tener en su poder *tantumdem* de la cosa entregada, le basta con ser diligente y tener prevista la restitución; no obstante, cuando se trata de depósitos bancarios, la normativa exige, por razones de seguridad, a los banqueros unos coeficientes de caja. El depositario judicial debe cumplir respecto de la cosa todas las obligaciones de un buen padre de familia (art. 1.788 del Código Civil) o con la debida diligencia según la STS de 19 de abril de 1991, además de poder ser removido de su cargo, responde patrimonialmente del incumplimiento de su obligación y de la diferencia entre el estado de los bienes en el momento del depósito y su situación en el momento dispuesto para la entrega y según la STS de 28 de julio de 1994 se declaró procedente la reclamación de daños y perjuicios efectuada por el depositante contra el depositario judicial de bienes muebles, que incurrió en grave negligencia con la infracción de guarda y custodia, al no cuidar de comunicar diligentemente al juzgado ni a los litigantes el acaecimiento de un incendio de los bienes embargados. El artículo 1.769.II del Código Civil presume *ius tantum* la culpa del depositario en caso de que se fuerce el sello o cerradura de la cosa depositada y añade el

artículo 1.769.III que, en cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario. De tal forma, la jurisprudencia aplica esta norma a los demás casos de desaparición o deterioro de la cosa depositada, imputándola al depositario. Respecto del depósito necesario de efectos introducidos en fondas y mesones, el artículo 1.784 del Código Civil hace responsable al depositario por los daños hechos por sus criados o dependientes, sobre este particular se pronuncian las STS de 11 de julio de 1989 y 15 de marzo de 1990, que exoneraron al empresario hotelero en casos de atracos perpetrados en hoteles de lujo, señalando la primera de ellas que la responsabilidad regulada en los artículos 1.783 y 1.784 del Código Civil es una responsabilidad excepcional de los hoteleros fundada en el riesgo profesional o del empresario. De la misma manera, la STS de 27 de enero de 1994 imputó al empresario hotelero la responsabilidad patrimonial, pues la pérdida de joyas depositadas surgió dentro del círculo industrial que dominaba.

2.º Restituir la cosa. El depositario debe devolver la cosa cuando le sea pedida al depositante o a sus causahabientes, o a la persona que hubiere sido designada en el contrato (art. 1.766 del Código Civil). Así, la STS de 28 de julio de 1994, declaró que el plazo para exigir la devolución es de quince años. Cuando la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma y responderá de los daños y perjuicios si hubiese sido forzado el sello o cerradura por su culpa, que se presume *iuris tantum*. En cuanto al valor de lo depositado, cuando la fuerza sea imputable al depositario, se estará a la declaración del depositante, a no resultar prueba en contrario (art. 1.769 del Código Civil). Cuando la cosa depositada se haya perdido por causa imputable al depositario, se produce la obligación y el deudor deberá entregar el equivalente pecuniario, estando obligado, además, a indemnizar los daños y perjuicios. La cosa depositada será devuelta con todos sus productos y accesorios, consistiendo el depósito en dinero, el depositario deberá intereses si aplicó lo depositado para usos propios o si no lo devuelve al finalizar el contrato, una vez que se halle en mora (art. 1.770 del Código Civil). En cuanto al lugar de la devolución será el que las partes hayan designado. En caso de no haber pacto, la devolución se hará en el lugar en el que se halle la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no haya intervenido malicia por parte del depositario (art. 1.774 del Código Civil). Además, el depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado a entregar ésta al depositante (art. 1.777 del Código Civil).

3.º No servirse de la cosa depositada. El depositario no puede servirse de la cosa depositada respondiendo de los daños y perjuicios en caso contrario. De esta forma, la STS de 4 de noviembre de 1997 estimó que si la cosa específica se usa en interés del que la entrega, estamos en presencia de un depósito y si se usa en interés del que la recibe, estamos ante un comodato. Por esta razón expuesta, conserva el carácter de depósito el contrato en que, por interés del depositante, se permite el uso y disposición de la cosa al depositario como sucede en los depósitos irregulares y en los depósitos que tienen la finalidad de ser vendida la cosa por el depositario.

2. DEL DEPOSITANTE

Cabe citar a este respecto:

1.º Reembolsar los gastos para la conservación de la cosa e indemnizar todos los perjuicios que se hayan seguido del depósito (arts. 1.779 del Código Civil y 628.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), citando entre esos gastos se incluyen los de la traslación al lugar designado para la devolución de la cosa.

2.º Pagar la retribución de depositario, cuando se haya pactado o cuando sea su profesión habitual.

3.º Recibir la cosa depositada, una vez se extinga el contrato (art. 1.776 del Código Civil).

V. SU EXTINCIÓN

El depósito se extingue y nace la obligación de restitución de la cosa, en primer lugar, por el transcurso del tiempo pactado (arts. 1.775 y 1.776 del Código Civil). También se extingue cuando el depositante reclama la cosa, aunque en el contrato se haya fijado un plazo o tiempo determinado para la devolución. La extinción del mismo se lleva a cabo además por renuncia del depositario, cuando tenga justos motivos para no conservar el depósito, pudiendo aun antes del término designado restituirlo al depositante; y si éste lo resiste, podrá obtener del juez su consignación. Así, la STS de 21 de octubre de 1991 no consideró que fuera causa justa para la renuncia el hecho de que el depositante fuera declarado en estado de suspensión de pagos, puesto que el depósito se había constituido como medida complementaria de la constitución de una prenda sin desplazamiento sobre la materia prima depositada y el acreedor pignoraticio hizo uso del derecho de abstención en el procedimiento concursal, dejando entrever que podría ser justa causa de renuncia la razón de índole subjetiva o personal, citando a este respecto, por ejemplo, una enfermedad o una prolongada ausencia. Además, también se extingue el depósito por pérdida de la cosa debida a fuerza mayor, cuando el depositario no recibe otra en su lugar, salvo en caso de que el depositario se hallara en mora o en otra de las circunstancias que produce la perpetua obligación en las que, al igual que si se pierde la cosa por su culpa o dolo, se pondrá en marcha el mecanismo de la responsabilidad por incumplimiento. Así, el heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado (art. 1.778 del Código Civil), tratándose ahora de una adquisición *a non domino* por parte del tercero que impide al depositante reivindicarla al adquirente de buena fe a título oneroso, pudiendo, en caso contrario, reclamar la cosa al adquirente de mala fe y al adquirente a título gratuito.

VI. CONCLUSIONES

Después del análisis que acabamos de efectuar vemos que a diferencia de lo que sucede en el caso del mutuo y del comodato, cuando no son reales, el comodante o mutante quedan obligados a la entrega de la cosa, en el depósito

no real el depositante no queda obligado a entregarla sino el depositario obligado a recibirla y custodiarla, si aquél la entrega; ello es congruente con el hecho de que el depositante, cuando entrega la cosa para que le sea custodiada, puede pedir su devolución en cualquier momento, aunque se hubiese fijado un plazo para devolverla, tanto es así que sería absurdo que hubiese necesariamente de entregarla, y luego pudiese pedir enseguida su devolución, luego, no tiene obligación de entrega sino derecho a que le sea recibida para custodiarla, si la quiere entregar, derecho que es renunciable, ahora bien, como si pactó una retribución a favor del depositario, éste la perdería al no custodiarla, tendrá derecho a ella.

RESUMEN

DEPÓSITO

El contrato de depósito es aquél por el que dos personas, llamadas depositante o deponente y depositario, acuerdan que éste se obliga a favor de aquél a guardar una cosa mueble y restituírsela cuando se la pida. Y es que basta el solo acuerdo si el contrato se celebra por escrito o si es oneroso lo es cuando el depositante se obliga a pagar algo por la custodia. En otro caso, debe ir acompañado de la entrega y recepción de la cosa por los interesados pues sin ellas el contrato no vale, es decir, es real.

ABSTRACT

BAILMENT

A contract of bailment is a contract under which two parties, termed the bailor and the bailee, agree that the bailee undertakes to hold some personal property for the bailor and return it to the bailor at the bailor's request. And the fact is that this agreement alone will suffice if the contract is made in writing; and if the agreement is non-gratuitous, the agreement is made when the bailor undertakes to pay something for the service. Otherwise, the contract must be accompanied by the delivery and receipt of the thing by the parties, for without delivery and receipt the contract is not good, i.e., it is not real.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS EFECTOS QUE PRODUCE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA SOBRE LOS ARRENDAMIENTOS POSTERIORES A SU CONSTITUCIÓN.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. PLANTEAMIENTO

El artículo 1 de la Ley Hipotecaria circunscribe su ámbito a las relaciones jurídicas de naturaleza real inmobiliaria, al decir en su párrafo primero:

«El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles».

Sin embargo, en el artículo 2 admite, ya desde 1861, la posible inscripción de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles. En la actualidad, el artículo 2.5 de la LH, redactado por la LAU de 24 de noviembre de 1994 declara la inscribibilidad de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos. Se suprime la tradicional exigencia de pacto expreso y se extiende la inscripción a todos los arrendamientos, no sólo a los superiores a seis años.

Aunque hay autores como ROCA, que han considerado que la inscripción del arrendamiento sólo otorgaba a éste el efecto de su oponibilidad frente a tercero, entiendo que esta limitación de efectos no tiene ninguna base en la LH y es más acertado el criterio de PAU PEDRÓN que considera que la inscripción del arrendamiento produce los efectos de legitimación, fe pública y prioridad (la cual actúa a favor del arrendatario, tanto en su aspecto excluyente como en el prelativo o de mejor rango), convirtiendo al arrendamiento en un derecho hipotecariamente real; lo que se persigue es dar publicidad a los derechos a través de la cognoscibilidad legal que la publicidad del Registro de la Propiedad proporciona.

La inscripción del arrendamiento y los efectos que de ello se derivan, incide necesariamente en la problemática relativa a los efectos que produce la ejecución hipotecaria en el arrendamiento del inmueble. ¿Subsisten o no los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca? Se trata de un tema complejo y sumamente debatido tanto en la doctrina (1) como en la jurisprudencia, donde encontramos sentencias con criterios divergentes, sobre todo a raíz de los cambios producidos en la legislación especial arrendaticia y de la debatida sentencia del TC 6/1992, de 16 de enero.

Para el examen de esta materia es necesario diferenciar entre arrendamientos anteriores y posteriores a la constitución de la hipoteca, sometidos al Código Civil o a leyes especiales, estableciéndose una diferente regulación según se encuentren sujetos a LAR o LAU y dentro de ésta distinguiremos según sean anteriores a la Ley 29/94, de 24 de noviembre o posteriores a ella.

II. ARRENDAMIENTOS SUJETOS AL CÓDIGO CIVIL

La dificultad de las relaciones entre arrendamiento y ejecución hipotecaria reside básicamente en la necesidad de conciliar intereses contrapuestos: por un lado dar efectividad al crédito hipotecario y por otro proteger la posición jurídica del arrendatario garantizándole la estabilidad en el arrendamiento.

(1) Han estudiado esta materia: GINOT LLOBATERAS, «La hipoteca y los arrendamientos posteriores a su constitución», en *ADC*, tomo 8, 1995, pág. 1169 y sigs.; CASTRO GARCÍA, J., «Los arrendamientos y el RP», en *RCDI*, núm. 487, pág. 1461 y sigs.; GARCÍA GARCÍA, J. M., «La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia del TS de 23-2-1991)» en *RCDI*, núm. 607, pág. 2225 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La ejecución hipotecaria y la tutela judicial efectiva del arrendatario», 1992; *Comentarios a la LAU*, coordinada por R. Berkovitz, Editorial Aranzadi, 1999.

En los arrendamientos sujetos al Código Civil, los preceptos claves en la materia son los artículos 1.549 y 1.571, estableciéndose diferentes criterios según el arrendamiento se halle o no inscrito en el RP.

PAU PEDRÓN (2) considera que tras los cambios de propiedad, hay que distinguir dos criterios:

- Principio de extinción voluntaria sobre la base legal cuando se trate de inmueble no inmatriculado: «El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta» (art. 1.571 del Código Civil).
- Principio de protección a través de la publicidad registral cuando se trate de inmuebles inmatriculados: «Con relación a terceros no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el RP» (art. 1.549 del Código Civil).

III. ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

En un primer momento fue doctrina consolidada que la ejecución hipotecaria implica un supuesto de resolución del derecho del arrendador que lleva también consigo al del arrendatario. En esta línea la STS de 5-2-45 entendía que el arrendamiento rústico posterior a la hipoteca se resuelve con la ejecución hipotecaria. Distinto es el criterio de la STS de 9-6-90, si bien hay que tener en cuenta que se refiere a un supuesto de derecho de retracto arrendaticio rústico, no a un problema de extinción del arrendamiento por ejecución hipotecaria. La mencionada sentencia entiende que cabe el derecho de retracto del arrendatario rústico respecto a la adjudicación derivada de una ejecución hipotecaria, partiendo de que el arrendamiento subsiste durante el año agrícola y que no se extingue *ope legis*, sino a instancia del nuevo propietario.

Yo no comparto el argumento de dicha sentencia, ya que entiendo que el derecho de retracto es una figura jurídica consustancial al arrendamiento y por tanto tiene que seguir la misma suerte que la relación arrendaticia de la que forma parte, debiendo quedar afectado por la purga derivada de la ejecución hipotecaria.

Con la LAR de 1980 hay que tener en cuenta tres artículos fundamentales en la cuestión:

- El artículo 13 que decía que los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador.
- El artículo 74 (3) que establece que el adquirente de finca aún cuando esté amparado por el artículo 34 quedará subrogado en todos los

(2) Véase PAU PEDRÓN, «La inscripción de los arrendamientos de bienes inmuebles», en *Boletín del Colegio de Registradores*, 1995.

(3) Véase J. M. DE LA CUESTA en *Comentarios a la STS de 9 de junio de 1990*, entiende que la alusión al tercero hipotecario del artículo 74 no puede comprender el arrendamiento posterior a la hipoteca, porque en tal caso se perturbaría la seguridad del tráfico anteponiendo un arrendamiento inscrito con posterioridad, vulnerando así el principio de prioridad registral.

derechos y obligaciones del arrendador. De este modo el arrendamiento alcanza eficacia *erga omnes* sin necesidad de inscripción. Prevalece así la protección del arrendatario frente a la seguridad del tráfico jurídico.

- El artículo 78, que dice que la resolución del derecho del arrendador facultará al que resulte propietario para pedir la resolución del arrendamiento, sin perjuicio de las acciones sin perjuicio de las acciones que correspondan a los que concertaron el arrendamiento.

En base a este precepto, la resolución del arrendamiento ya no es automática, sino que se configura como una facultad concedida al nuevo titular.

En este sentido, la RDGRN de 24-2-2000 (4) se pronuncia acerca de si deben o no cancelarse los arrendamientos sobre fincas rústicas inscritas con posterioridad a la hipoteca que se ejecuta en virtud de mandamiento de cancelación de cargas dictado por el juez ante el que se tramitó el procedimiento de ejecución. Considera que, a diferencia de lo que ocurre en la enajenación voluntaria de finca arrendada, cuando la enajenación es forzosa no puede imponerse la subrogación del adquirente en el arrendamiento constituido; ahora bien ello no significa que puedan cancelarse automáticamente los arrendamientos posteriores a la hipoteca, sino que es necesario que conste la voluntad del nuevo propietario de resolver el contrato de arrendamiento.

En la Ley actual 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, destacamos el artículo 22: «El adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la LH, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato —cinco años en la actualidad— o la de la prórroga tácita que esté en curso si se trata de tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la duración total pactada».

Por tanto, en caso de enajenación de finca arrendada por el propietario, el arrendamiento subsistirá, aún cuando no esté inscrito, quedando subrogado el adquirente por el tiempo que falte para cumplir el plazo mínimo de cinco años o de la prórroga que esté en curso si se trata de tercero hipotecario; en los demás casos la subrogación tendrá lugar por la duración total pactada (modificación introducida por Ley 26/2005, de 30 de noviembre). Nos podemos plantear si la solución sería la misma en el caso de ejecución de hipoteca sobre la finca arrendada, la duda surge porque el artículo 24 señala como causa de terminación del arrendamiento la resolución del derecho del arrendador, sin salvedad alguna. Mi opinión es que sí sería igualmente aplicable el criterio tipificado en el artículo 22 de la LAR.

IV. ARRENDAMIENTOS SUJETOS A LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Tenemos que distinguir dos supuestos:

(4) Ver el comentario a dicha Resolución de MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA en *RCDI*, núm. 655.

1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE,
DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La jurisprudencia sigue criterios divergentes, en un primer momento se inclina por la extinción del arrendamiento posterior a la hipoteca. Es el criterio seguido en STS de 22-5-1963, 31-10-86, 23-12-88, 17-11-89, así como la RDGRN de 20-11-87. Posteriormente, mantiene la subsistencia del arrendamiento, es el criterio seguido en STS de 23-2-91 (5) (que tiene su precedente en sentencia de 19-2-68), que da como argumentos de su tesis los siguientes:

1. El anterior artículo 131.17 de la LH afecta solamente a «las inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta», pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han accedido al RP, como es el derecho de arrendamiento litigioso.
2. No cabe añadir una causa de extinción del arrendamiento a las taxativamente señaladas en el artículo 114 LAU de 1964.
3. Tratándose de un arrendamiento anterior al RDL 30-4-85, es aplicable la prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964, de donde se deriva la subsistencia del arrendamiento.
4. El propietario conserva la posesión mediata y el arrendatario tiene la inmediata, y no puede quedar perjudicado por la posesión judicial concedida al propietario.

GARCÍA GARCÍA critica esta sentencia, entendiendo que «sólo se preocupa de los intereses del arrendatario olvidando que existen otros intereses protegidos en derecho». Comparto plenamente con el autor mencionado que esta sentencia desconoce la naturaleza del derecho real de hipoteca, introduciendo consecuencias perjudiciales para el tráfico jurídico inmobiliario y para el fomento del crédito territorial.

La subsistencia del arrendamiento es también seguida en STS 9-5-96 y 14-6-97, si bien en este último caso exceptúa los supuestos de simulación de la relación arrendaticia.

La RDGRN de 20-11-87 sigue el criterio de que la ejecución hipotecaria comporta la purga de los arrendamientos posteriores, entendiendo que es la solución más adecuada, sobre todo para los arrendamientos concertados después del RDL de 30-4-85 que suprimió la prórroga forzosa.

Criterio del TC: El TC en sentencia de 16 de enero de 1992, se inclina por la subsistencia del arrendamiento posterior a la hipoteca, siendo especialmente perturbadora en un momento en que se imponía jurisprudencialmente la solución contraria; pone de manifiesto la necesidad de que el arrendatario antes de ser desalojado para dar posesión al adjudicatario, fuera oído y pudiera aportar su título, a efectos de que el juez resolviera si tiene o no derecho a seguir en el inmueble, evitándose así la vulneración del artículo 24 de la CE. El TC sigue también este criterio en sentencia de 24-1-95.

Teniendo en cuenta la doctrina citada, la LEC de 7-1-2000 ha establecido en los artículos 661 y 675 un trámite de audiencia al arrendatario u ocupante de hecho en los procedimientos de ejecución, se les debe notificar la existencia de la misma para que en el plazo de diez días presenten al Tribunal los títulos

(5) Ver el comentario a dicha sentencia por J. M. GARCÍA GARCÍA en *RCDI*, núm. 607, pág. 2226 y sigs.

que justifiquen su situación, expresándose en los anuncios de la subasta la situación posesoria del inmueble.

Posteriormente el TC, en sentencias de 2-10-97 y 8-2-99, matiza la doctrina sentada en sentencias anteriores y declara que procede la puesta en posesión al adjudicatario y el lanzamiento del arrendatario porque se le ha notificado la ejecución y éste puede alegar su derecho en procedimiento declarativo ordinario conforme al artículo 132 de la LH.

Por otro lado, la STC de 9-5-95, considera no aplicable el criterio de la STC 6/1992 a un usufructuario inscrito con posterioridad a la hipoteca que se ejecutaba, por entender que esta última sentencia se basaba en un supuesto de arrendamiento de vivienda concertado con anterioridad al RDL de 30-4-85 y por tanto sujeto a la prórroga forzosa del artículo 57 de LAU de 1964.

2. SITUACIÓN AL AMPARO DE LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

El precepto fundamental en la materia es el artículo 13 conforme al cual distinguimos:

- Durante los cinco primeros años de duración del contrato, si el derecho del arrendador se resuelve por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, el arrendatario tendrá derecho en todo caso a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación a la que se refiere el artículo 9.1.
- En los contratos de duración pactada superior a cinco años, si transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador se resuelve por la causa mencionada, quedará extinguido el arrendamiento.

Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al RP con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. (Es una clara aplicación del principio de prioridad.)

Los arrendamientos sujetos a LAU de 1994, celebrados con anterioridad a la hipoteca, subsistirán en caso de ejecución hipotecaria, aunque no estén inscritos, durante el plazo mínimo de duración de cinco años; transcurrido dicho plazo, necesitarán estar inscritos para poder subsistir. Con este régimen se da preferencia a la protección legal sobre la registral.

En caso de arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca, se aplica el principio de purga característico de nuestro sistema hipotecario, la ejecución de la hipoteca provoca la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores al gravamen que se ejecuta, como se deriva de los artículos 134 de la LH, 692.3 de la LEC, 674.2 de la LEC.

No tienen razón de ser los argumentos que se daban tradicionalmente para defender la solución contraria, es decir, la subsistencia de los arrendamientos posteriores a la constitución de la hipoteca:

1. Los procedimientos ejecutivos regulados en la LH se entendían referidos a la cancelación de los asientos registrales, no a la extinción de los derechos, entendiéndose que estos podían subsistir extrarregistralmente.

Recordemos que el artículo 97 de la LH dice: «Cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere».

2. La referencia a la puesta en posesión judicial de los bienes al adquirente, actualmente regulada en el artículo 675 de la LEC, se interpretaba distinguiendo: la posesión mediata del adjudicatario y la inmediata del arrendatario en base a la denominada jerarquía posesoria. Esta puesta en posesión no puede ser la mediata, pues el adjudicatario ya la tiene en base a la *traditio* instrumental del 1462.2 del Código Civil y ha de referirse a la inmediata que conlleva el lanzamiento de los ocupantes cuando el tribunal resuelva que no tienen derecho a permanecer en él.
3. La acción de devastación ex artículo 219 del RH no es aplicable para defender la subsistencia o la extinción del arrendamiento porque no se refiere a la fase de ejecución sino a la de la seguridad de la hipoteca.

Las CONCLUSIONES que sacamos de lo expuesto son:

- El arrendamiento concertado, antes o después de la hipoteca subsiste durante el plazo mínimo de duración del contrato que son cinco años.
- Para los supuestos en que hayan transcurrido más de cinco años, queda sin efecto la jurisprudencia del TS, que entendía que el arrendamiento no se extinguía por la ejecución hipotecaria y que hemos examinado anteriormente; con esta regulación, los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan extinguidos, tanto si están inscritos como si no lo están y sólo quedan a salvo de la ejecución hipotecaria los arrendamientos anteriores a la hipoteca que estén inscritos.

RESUMEN

ARRENDAMIENTO Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En este trabajo hemos expuesto el complejo problema relativo a si subsisten o no los arrendamientos concertados con posterioridad a la hipoteca en caso de ejecución de ésta, analizando la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional y los divergentes criterios por ella seguidos en el tratamiento de esta materia.

ABSTRACT

LEASING AND MORTGAGE FORECLOSURE

In this paper we have taken up the complex problem of whether or not leases arranged subsequently to a mortgage subsist in the event of foreclosure. We analyse both ordinary and constitutional case law and the divergent criteria therein upheld in the treatment of this subject.

1.6. Responsabilidad Civil

EL PROMOTOR COMO GARANTE EN EL PROCESO CONSTRUCTIVO.

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

Dada la complejidad en la que se desenvuelve el mundo inmobiliario, adquiere especial importancia la figura del promotor inmobiliario. El promotor de una edificación, ya sea edificio o viviendas unifamiliares, puede actuar como promotor-constructor o como promotor-vendedor.

Esta figura no se contempla en el Código Civil, la razón es clara, en la fecha de su promulgación prácticamente es una figura desconocida y no utilizada. Hasta la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) (1), ha sido la jurisprudencia la que principalmente ha ido dibujando haciendo el perfil del promotor; a ello se han ido uniendo las diversas normas que por necesidad han sido promulgadas en diversos sectores relacionados con el mundo inmobiliario.

II. LA FIGURA DEL PROMOTOR ANTES DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Como se ha señalado anteriormente no hay una regulación concreta del promotor hasta la llegada de la LOE. La figura, desconocida prácticamente en la época de promulgación del Código, como se ha señalado anteriormente, no es conocida de manera general prácticamente hasta ocho décadas después; por lo tanto, como ocurre en casi todas las figuras e instituciones que carecen de regulación, es en primer lugar la jurisprudencia, la que ante la necesidad de resolución de problemas, se ha visto en la obligación de ir definiendo quién es el promotor inmobiliario y qué papel juega en el proceso constructivo.

Fue de gran importancia en las décadas de los años cincuenta, sesenta y setenta del siglo pasado, la figura del promotor como parte del desarrollo social, pues fue necesaria una política de vivienda en la que imperaba un sistema de ayuda estatal, concediendo anticipos, subvenciones, etc., para lo que era necesaria una persona intermedia entre el Estado y el particular (2).

Como se ha reflejado, ha sido la jurisprudencia la que perfiló jurídicamente al promotor, así es conocida la STS de 11 de octubre de 1974, en la que se afirma: «No fue utilizado por el Código Civil por ser desconocido en aquella fecha el carácter del constructor, con la amplitud y características del deno-

(1) Ley 38/1999, de 6 de noviembre. *BOE*, núm. 266, de 6 de noviembre.

(2) En la Ley de 15 de julio de 1954, sobre Viviendas de Protección Oficial, se definió al promotor aquella persona que pudiendo hacer una construcción como propietario o titular de un derecho de superficie, lo hace para destinar las viviendas a uso propio, arrendamiento o cesión.

minado actualmente promotor, que reúne en una misma persona, generalmente, el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquel enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de Propiedad Horizontal, beneficiario del complejo de negocio jurídico, lo que no obsta para que la realización y ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio cual realiza también el simple contratista, por ello la responsabilidad a que se refiere en el artículo 1.591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el artículo 1.591 del Código Civil, para el constructor o ejecutor de la obra en la totalidad de su proyección, la que como queda dicho realiza en su beneficio, encaminada al tráfico de la venta a terceros frente a los que es responsable con arreglo al expresado concepto del Código Civil; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de construcción a medio de la cual se lleva a cabo hoy en día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley» (3).

En esta sentencia ya se ponen de manifiesto varias cuestiones que serán la base de lo reflejado posteriormente en un texto legal. En primer lugar, se da entrada en el proceso constructivo a alguien que no es el constructor del mismo, y que generalmente va a ser el propietario del terreno o al menos de la edificación. En segundo lugar, como afirma ROUANET MOTA: «Se equipara su responsabilidad a la del contratista, no sólo en los casos en los que el dueño del terreno se convierte también en constructor y propietario de la edificación, sino también en aquellos supuestos en los que sólo actúa como promotor-vendedor» (4). Es comprensible que asuma esta responsabilidad, ya que, es la persona, ya sea física o jurídica, que va a obtener un beneficio tras la conclusión del proceso. Y, en tercer lugar, se atisba la necesidad de dar cobertura y protección al adquirente de la vivienda, se empieza a concebir la protección al consumidor en el ámbito de la vivienda.

Más reciente podemos destacar la STS de 30 de septiembre de 1991, en la que ya se concreta y se delimita el contenido del promotor, se habla de alguien especializado, que tiene como funciones principales las de planificación, coordinación, financiación y control de la edificación y como fin último la comercialización de la misma.

Pero no ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado en solitario la figura del promotor, también la doctrina se ha visto inclinada a ello tras el desarrollo de la construcción en nuestro país, considerando al promotor inmobiliario como «un profesional o una entidad que se ocupa de estructurar la operación inmobiliaria. Organiza la construcción de obras inmobiliarias para que determinadas personas o entidades adquieran la propiedad, el arren-

(3) Doctrina que ha aparecido reflejada posteriormente en innumerables sentencias, entre las que podemos citar la de 9 de marzo de 1981, 4 de octubre de 1981, 22 de enero de 1982, 23 de febrero de 1983, 13 de febrero de 1984, 13 de junio de 1984, 14 de noviembre de 1984. Más recientes la de 19 de noviembre de 1997 y 21 de junio de 1999.

(4) ROUANET MOTA, E., «Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruinógeno», en *Revista de Derecho Privado*, 2002, pág. 479.

damiento o cualquier otro derecho sobre las mismas» (5), o como aquel profesional o empresario que asume la tarea de coordinar las operaciones de la construcción con las personas interesadas en ello (6).

III. EL PROMOTOR EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Con la entrada en vigor de la LOE, el promotor pasa de ser una figura «atípica» jurídicamente a ser uno de los principales agentes en todo el proceso constructivo. La ley señala en su artículo 9, que será considerado promotor cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación, para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título. El ámbito en el que interviene el promotor es amplio y diverso, extendiéndose si el promotor actúa también de constructor (7). Es el primer implicado en el proceso, ya que, en primer lugar, toma la decisión de llevar a cabo una construcción, ha de buscar el lugar para ello y elegir a los técnicos para que proyecten la misma. A continuación ha de buscar el medio de financiación, que puede ser propio o ajeno y, por último, elegir quién va a construir el edificio, en el caso de que no estemos ante un promotor-constructor. Como afirma ROUANET: «Además de la conjunción de todas sus obligaciones resulta que la configuración actual de la figura del promotor inmobiliario, como impulsor esencial del proceso constructivo, entendido como un todo, adquiere un carácter principal respecto de los demás agentes de la edificación» (8).

1. OBLIGACIONES

Además de estas gestiones previas, la propia LOE especifica, al igual que del resto de los agentes, las obligaciones que tiene el promotor, son las siguientes:

- a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él.
- b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de la obra las posteriores modificaciones del mismo.
- c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de obra.
- d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19.

(5) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1980, vol. 1, pág. 217.

(6) DEL ARCO TORRES, M. A., y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, Comares, Granada, 1993, pág. 103.

(7) Como afirma SAN SEGUNDO MANUEL, en la LOE se trata al promotor como una figura independiente del constructor, a pesar de que en muchas ocasiones ambas figuras van unidas. SAN SEGUNDO MANUEL, T., *La recepción del contrato de obra*, CISS, Valencia, 2002.

(8) ROUANET MOTA, E., *loc. cit.*, «Los agentes intervinientes en...», en *RDP*, pág. 481.

- e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las administraciones competentes.

La enumeración que hace de la ley de las obligaciones del promotor son principalmente de gestión y tramitación, no de ejecución material de la obra en sí. Sin embargo, como observaremos al tratar el tema de la responsabilidad, la práctica pone de manifiesto que su responsabilidad va a ir casi siempre unida a la ejecución material de la obra.

2. RESPONSABILIDAD

Como cuestión previa, es preciso señalar que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación se ha cuestionado tanto por la doctrina la naturaleza de la responsabilidad del promotor, planteándose si se estaba ante una responsabilidad contractual, extracontractual o legal. Como señala RUIZ-RICO, gran parte de la doctrina y la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo han defendido «la naturaleza contractual de la responsabilidad del artículo 1.591 del Código Civil» (9).

IV. CONCLUSIÓN

Este panorama varía tras la LOE, pues a pesar de que aún hay autores que defienden el carácter contractual de la responsabilidad, si se examina el tenor literal del artículo 17.1, se establece con carácter general una responsabilidad de todos los agentes que intervienen *sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*. Si la propia ley está poniendo de manifiesto que los agentes pueden incurrir en una responsabilidad contractual independiente de la que se está plasmando en el texto legal, es razonable pensar que la responsabilidad contemplada en el artículo 17 es una responsabilidad (10) de naturaleza legal en relación con el 17.3 de la LOE, en donde se plasma la responsabilidad de todos los agentes.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1980, vol. 1.
- DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M.: *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos, civiles y penales)*, Comares, Granada, 1993.
- ROUANET MOTA, E.: «Los agentes intervinientes en el proceso constructivo y su responsabilidad en el hecho ruinógeno», en *Revista de Derecho Privado*, 2002.

(9) RUIZ RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (Coord.), *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, 2002, pág. 87.

(10) RUIZ RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (Coord.), *ob. cit.*, *La responsabilidad...*, pág. 89.

RUIZ RICO RUIZ, J. M. y MORENO-TORRES HERRERA, M. L. (Coord.): *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Comares, 2002.

SAN SEGUNDO MANUEL, T.: *La recepción del contrato de obra*, CISS, Valencia, 2002.

RESUMEN

PROMOTOR INMOBILIARIO

La figura del promotor inmobiliario ha irrumpido de lleno en el ámbito de la construcción tras su inclusión en la Ley de Ordenación de la Edificación como uno de los agentes que intervienen en el proceso constructivo, llegando incluso a asumir el mayor grado de responsabilidad que el resto de los agentes intervinientes, ya que responde solidariamente con cualquiera de ellos a los que se les pueda imputar los vicios, defectos o la ruina de un edificio.

ABSTRACT

REAL ESTATE DEVELOPER

The construction field is awash with real estate developers now that the Construction Planning Act regards the developer as one of the major players participating in the construction process. A real estate developer may even assume more liability than all the rest of the players, because the developer is severally liable with any other player who may be held responsible for the flaws, defects or ruin of a building.

NOTAS SOBRE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. MARCO JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA
EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Tal y como señala al artículo 6 bis 1 de la Ley 34/1988, General de Publicidad (1), de 11 de noviembre de 1988, debe entenderse que:

«A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él».

Es aquella publicidad en la que el anunciante compara sus productos o servicios con la de los competidores, normalmente para destacar la superioridad de los mismos. O lo que es lo mismo, para que exista un supuesto de publicidad comparativa, la comparación deberá realizarse entre el producto del anunciante y uno o varios productos de los competidores, que deberán ser identificados o ser inequívocamente identificables.

(1) BOE de 15 de noviembre de 1988. En adelante LGP. Ley por la que se derogó la Ley 61/1964, de 11 de junio, que regulaba el Estatuto de la Publicidad (BOE de 15 de junio de 1964).

Se consideraba que la publicidad comparativa lícita, por un lado, favorece el desarrollo de las empresas, la comunicación comercial, y generara transparencia de mercado, y por otro lado, sirve para que el consumidor esté más informado y tenga más elementos de juicio sobre las características de los productos comparados, lo que le ayudaba para adoptar su decisión de compra. Con la publicidad comparativa los consumidores pueden, en definitiva, obtener beneficios en el mercado, al actuar con conocimiento de causa en las decisiones que va a tomar ante los variados productos y servicios que existen en el mercado.

Debe destacarse que la ley española permitía la publicidad comparativa antes de que se introdujera la publicidad comparativa a nivel comunitario por la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 (2), sobre publicidad comparativa que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa (3).

No obstante, es necesario señalar que la sentencia del Tribunal de Justicia, de 28 de noviembre de 2002, asunto C-392/01. Caso Comisión contra Reino de España declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 84/450/CEE, al no haber adaptado las disposiciones legales al Derecho interno, en el plazo señalado, para dar cumplimiento a lo dispuesto en dicha Directiva. El plazo para realizar la transposición de la Directiva 97/55/CE terminaba el 23 de abril de 2000. La transposición se realizó por la Ley 39/2002, de 28 de octubre (4), que incorporó al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, y reformó parcialmente la Ley General de Publicidad, dado que la armonización en materia de publicidad comparativa tenía que ser total.

(2) *DO* núm. L 290, de 23 de octubre de 1997.

(3) *DO* núm. L 250, de 19 de septiembre de 1984.

La evolución seguida por las diversas Directivas en el ámbito de la publicidad de forma sintética es la siguiente:

- Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa.

Modificada por:

- La Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, sobre publicidad comparativa. A partir de la cual, como ya hemos advertido, se sustituye el Título de la Directiva 84/450/CEE por el de Directiva del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa con el que nos referiremos en adelante a la misma.
 - La Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.
 - La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.
- (4) *BOE* núm. 259, de 29 de octubre de 2002.

II. REQUISITOS PARA QUE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA ESTÉ PERMITIDA

Es necesario llamar la atención sobre los casos en los que la publicidad comparativa (5) está admitida. En efecto, la publicidad comparativa (6) es lícita precisamente cuando se mueva dentro de los requisitos permitidos, requisitos que bien contemplados en el artículo 6 *bis*:

- Que los bienes o servicios comparados tengan la misma finalidad o que satisfagan las mismas necesidades.

Por lo tanto, los productos comparados deben ser similares, sin que sea necesario que exista una total identidad en los productos, sometidos a comparación. Bastando con que cuando, perteneciendo a un mismo género cubren una misma necesidad o finalidad:

- Que la comparación se realice de modo objetivo entre una o más características esenciales pertinentes, verificables, y representativas de los bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio.

No estarán incluidas en la comparación las declaraciones que consistan en puros juicios de valor, en el que simplemente se expresan opiniones personales. Siendo necesario para que la comparación sea lícita que la comparación de las características de los bienes sea demostrable por métodos objetivos, lo que permite al consumidor conocer las ventajas de los diferentes productos comparados.

- Que en el caso de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá hacerse con productos de la misma denominación.
- Que no se presenten bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se le aplique una marca o un nombre comercial protegido.
- Que si la comparación hace referencia a una *oferta especial* se indicará la fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación.
- Que al realizar la comparación no saque ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, o de su denominación de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse ventaja indebida del método de producción ecológica de los productos competidores (7).

(5) Vid. sobre publicidad comparativa: BOTIJA, M. A., «Ílícitos desleal y publicitario en la publicidad comparativa o engañosa», en *La Ley*, 16 de agosto de 1994, pág. 1 y sigs. DÍAZ RUIZ, E., «Competencia desleal a través de la publicidad comparativa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 215, 1995, págs. 59 a 97. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A.: «Reflexiones sobre el nuevo régimen jurídico de la publicidad comparativa en el Derecho español», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 583, junio de 2003, págs. 1 a 6.

(6) La licitud de la publicidad comparativa viene contemplada, también, en la Ley de Competencia Desleal, en efecto, la comparación desleal se regula en el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal.

(7) Compartimos la opinión de quienes creen que la técnica utilizada para adecuar la publicidad comparativa a la normativa comunitaria no ha sido correcta. La transpo-

Se puede hacer referencia a una marca, nombre comercial u otros signos distintivos, siempre que se utilice para distinguir los productos de una empresa frente a los de un competidor, de tal forma que se resalten las diferencias de forma objetiva.

Es necesario subrayar que las condiciones para que la publicidad comparativa sea admitida en la Unión Europea, han sido reformadas por la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales (8). Por lo que de nuevo será necesario ajustar la legislación española al Derecho comunitario. El plazo para transponer la citada Directiva será, a más tardar, el 12 de junio de 2007.

III. CLASES DE PUBLICIDAD DESLEAL

PUBLICIDAD DESLEAL

Bajo la denominación de publicidad desleal (9) aparecen diversos tipos de publicidad ilícita, que se caracterizan porque el anunciante no sólo hace publicidad de sus productos o servicios, sino que además hace referencia a la persona o a los productos o servicios de un competidor.

Debe observarse que en numerosas ocasiones es difícil deslindar entre los diferentes supuestos que bajo esta denominación se engloban, y por otro, el mensaje ilícito es susceptible de incardinarse en más de un supuesto, y creemos que ocurre, porque todos las modalidades contempladas bajo esta denominación implican una comparación ilícita (10).

Veamos los casos que se agrupan bajo esta denominación:

a) *Publicidad denigratoria: de tono estrictamente personal*

En los supuestos en los que en la publicidad de un producto se hace referencia a la persona de un competidor o a su empresa, productos o servi-

sición podía haberse hecho sin necesidad de reproducir «casi» literalmente los requisitos de licitud. Teniendo en cuenta que algunos ya estaban recogidos en la ley, y bastaba con añadir los que faltaban. Pese a todo, optándose por reproducir el artículo de la Directiva, debería haberse hecho en su totalidad, lo que tampoco ha ocurrido.

Como afirma la sentencia de 8 de abril de 2003, del Tribunal de Justicia (TJCE 2003/99). Asunto C-44/01, Pippig contra Hartlauer: «la Directiva procedió a una armonización exhaustiva de las condiciones con arreglo a las cuales la publicidad comparativa está permitida en los Estados miembros. A este fin, el artículo 3 bis de la Directiva enumera los requisitos que debe cumplir la publicidad comparativa entre los que se encuentra que no sea engañosa... que no dé lugar a confusión en el mercado entre las marcas del anunciante y las de un competidor, que no desacredite ni denigre las marcas de un competidor... De ello se deduce que cuando el objeto o el efecto de la comparación no sea originar tales situaciones de competencia desleal, el Derecho comunitario autoriza la utilización de una marca de un competidor».

(8) El artículo 3 bis ha sido modificado por la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales.

(9) Artículo 6 LGP.

(10) Sobre publicidad desleal, puede verse TEJEDOR MUÑOZ, L., Capítulo XI: «La publicidad engañosa y comparativa», en *Derecho Civil Comunitario*, dirigida por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, AA.VV., 2.ª edición, Colex, 2003.

cios, para denigrarlos o menospreciarlos, se habla en general por la doctrina de publicidad denigratoria.

Si la referencia produce descrédito de un empresario competidor se habla de, en concreto, de publicidad personal o de tono estrictamente personal. Ambas formas de publicidad denigratoria vienen contemplada en el artículo 6.a) de la Ley General de Publicidad, que señala como publicidad desleal «la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades».

Debe tenerse en cuenta que bastará con que las manifestaciones produzcan descrédito para que la publicidad se considere desleal, sin entrar a examinar la veracidad de las alegaciones (11).

b) *Publicidad confusionista*

Se conoce por tal la publicidad en la se pretende crear confusión entre la empresa anunciada, su actividad, prestaciones, nombres, marcas o signos distintivos y la de un competidor.

Viene contemplada (12) en el artículo 6.º b) de la Ley General de Publicidad.

La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivas de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

Puede incluirse en este tipo de publicidad desleal los supuestos de imitación. Contiene una cláusula general prohibitiva de la publicidad desleal.

c) *Publicidad confusionista*

Aparece en los supuestos en los que, en la publicidad de un producto, se hace referencia a los productos de un competidor para aproximarse a él, aprovechando su reputación en el mercado, siempre que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivas de otras empresas o instituciones, denominándose a este tipo de publicidad adhesiva o parasitaria.

A través de la publicidad adhesiva, el anunciante trata de apropiarse de la reputación ajena en beneficio propio, destacando las características comunes de sus mercancías y de las mercancías de su rival. De esta manera, el anunciante atribuye a sus productos o servicios el *goodwill* que suelen poseer los productos o servicios de un tercero, identificados a través de una marca notoria o renombrada.

Esta clase de publicidad lleva al consumidor a error, confundiendo el origen empresarial de los productos, por ejemplo, cuando se utilizan formatos idénticos a los utilizados por una empresa consolidada en el mercado.

(11) La Ley de Competencia Desleal regula los actos de denigración en el artículo 9, pero exceptúa de los mismos los actos que pese a menoscabar el crédito de un tercero se basen en referencias que sean exactas, verdaderas o pertinentes.

(12) Artículo 6.1 de la Ley de Competencia Desleal.

Generalmente se considera que se trata de un supuesto de publicidad por confusión, que no tiene entidad para considerarse una modalidad dentro de la publicidad desleal.

IV. JURISPRUDENCIA AL RESPECTO

Sobre publicidad adhesiva en la que se menciona a un competidor para aprovecharse o sacar indebidamente ventaja su reputación.

Recientemente, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el 23 de febrero de 2006 (13), en el asunto C-59/05, Siemens contra VIPA, en el que se plantea como la decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 3 bis apartado 1, letra g) de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, modificada por la Directiva 97/55 CEE, de 6 de octubre de 1997. En el marco del litigio entre Siemens y VIPA sobre la publicidad hecha por ésta para promocionar la venta de componentes compatibles con autónomas programables fabricados y comercializados por Siemens. Considera que no saca indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, el proveedor que utiliza en sus catálogos el sistema de números de pedido de los productos de un fabricante conocido entre el público especializado.

— Cabe destacar sobre la diferencia entre publicidad adhesiva y comparativa la sentencia de 14 de octubre de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2005/2123). En el presente caso existía intención de aprovecharse del prestigio alcanzado entre el colectivo médico español por el medicamento *Prozac* comercializado por las actoras. La demandada *Ratiopharm España* comercializaba el medicamento genérico de *Fluoxetina* *Ratiopharm* mediante cápsulas del mismo color y tamaño que el medicamento específico *Prozac* (comercializado por Eli Lilly and Company, a través de su distribuidora Dista, S. A.). Dicha combinación de colores en cápsulas que viola los derechos de la actora. Por otra parte, ninguna norma autoriza, ni obliga, a que las especialidades farmacéuticas de denominación genérica deban utilizar formas farmacéuticas con las mismas combinaciones de colores que el medicamento de marca registrada, por más que ello pudiera o no ser beneficioso para los pacientes.

El uso de la marca ajena en la publicidad de los productos o servicios propios es una actividad muy controvertida desde el punto de vista del Derecho. Un ejemplo claro de explotación o aprovechamiento de la reputación ajena es el de la denominada publicidad parasitaria o adhesiva, a través de la cual un empresario anunciante intenta equiparar su oferta a la de uno o varios competidores, buscando de este modo aprovechar para sí el prestigio, la reputación o el renombre que éstos hayan podido alcanzar en el mercado. Publicidad adhesiva y publicidad comparativa son realidades diferentes. La denominada publicidad comparativa puede definirse, según la doctrina, como «aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos». Por tanto, en la publicidad comparativa se busca el distanciarse del competidor para mostrar al consumidor la superioridad de la propia oferta. En la publicidad adhesiva o parasitaria

(13) TJCE 2006/59.

lo que se busca es equipararse a la oferta ajena, intentando colocar la oferta propia en un plano de igualdad respecto de la oferta competidora.

Es un hecho no discutido que «Dista, S. A.» y «Eli Lully and Company» comercializan en España con gran éxito el medicamento «Prozac», uno de los más conocidos y vendidos del mercado. La publicidad efectuada por la demandada debe considerarse indudablemente adhesiva y no meramente comparativa, pues, examinada en su conjunto, resulta evidente que pretende aprovecharse del prestigio alcanzado entre el colectivo médico español por el medicamento comercializado por las actoras, utilizando en su propio beneficio la marca Prozac de la es titular en exclusiva Eli Lully And Company.

La publicidad adhesiva, por la finalidad que persigue y por el aprovechamiento gratuito y no consentido que representa del prestigio alcanzado por otros competidores, con un fuerte gasto, debe ser calificada sin duda de desleal. Así el artículo 6.1.b) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, considera que es publicidad desleal: «La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles», en correlación el artículo 12 de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, prohíbe la explotación de la reputación ajena, vetando el uso de los signos distintivos acompañados de expresiones como «modelo», «sistema», «tipo», clase o similares.

SOBRE PUBLICIDAD DENIGRATORIA

— Puede verse la sentencia de 22 de febrero de 2006 del Tribunal Supremo (*JUR* 2006/83596). El Corte Inglés contra Engel (perfumerías Cañellas). En este caso, la demandada con el fin de promover la venta de sus productos y con ocasión de la apertura de un establecimiento de El Corte Inglés, distribuyó durante aproximadamente un año el siguiente mensaje publicitario: «en fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto... Ante el gran recorte de siempre de perfumería Cañellas». Dicho mensaje se distribuyó mediante papeles por buzono y en el interior de la prensa, así como con un gran cartel colocado en la fachada del local del establecimiento. En este caso, el mensaje publicitario contiene referencia, no expresa pero sí inequívoca, a una competidora de la anunciante («el nuevo Corte...»), en términos tales que sus destinatarios no podían sino identificarla de modo nítido (la actora acababa de abrir un nuevo establecimiento en la ciudad). Además, se establece en él una comparación entre la oferta de la anunciante (...«ante el gran recorte de siempre en Perfumerías Cañellas») y la de la competidora (...«se queda corto»), con la finalidad de destacar que los precios de unos productos eran mejores para los consumidores que los de los otros.

Puesto que el mensaje... alude explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por un competidor, hay que entender que se trata de un supuesto de publicidad comparativa, la cual está permitida siempre que cumpla los requisitos que la norma le impone y que, en principio, son más rigurosos que los exigidos para otras modalidades, como consecuencia de la necesidad de tutelar los legítimos intereses de los competidores aludidos, además de garantizar a los consumidores una información objetiva y veraz.

Dado que toda comparación implica un cierto grado de descrédito para la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, la medida de lo tolerable depende del contenido del mensaje, que ha de ser interpretado en su conjunto, sin descomponerlo en partes y atendiendo a la impresión global que sea susceptible de generar en los destinatarios, así como de la necesidad de utilizar la minusvaloración para llevar a cabo una comparación adecuada a todas las exigencias legales que la convierten en lícita.

Con la publicidad cuestionada se trasladó a los consumidores de los productos de perfumería un doble mensaje: el de afirmación de que los precios establecidos por la anunciante eran más bajos que los de su nueva competidora (lo que, como se señala en la sentencia de la primera instancia, no se ha demostrado cierto); y el consistente en que los precios de la demandante, que acababa de abrir su establecimiento en la ciudad y se hallaba en la urgente situación de captar clientela, eran elevados, no sólo en relación con los de la anunciante, sino con lo que las circunstancias exigían («...se queda corto»), lo que constituía un juicio de valor apto para desprestigiar la actividad comercial de la competidora, innecesario al fin de establecer una comparación útil o tolerable para el buen funcionamiento del sistema concurrencial».

Resulta de gran interés la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio del 2002 (RJ 2002/4978). Trataba de un anuncio que realiza comparación denigratoria entre los servicios prestados por las entidades litigantes en el que se imputaba falta de higiene en las instalaciones, deficiente estado de conservación y limpieza de las mismas.

La entidad Bon Preu, S. A., insertó un anuncio en el bisemanario comarcal «El 9 nou», publicado el 8 de julio de 1994, en relación con el «establecimiento» de la empresa demandante Distribuidora Internacional de Alimentación, S. A. (DIA), en las previsiones del apartado *a*) del artículo 6 de la Ley de Publicidad y, que tras el reclamo «amb la salut no s'hi val a jugar», en el mensaje publicitario Bon Preu, S. A., compara su propia actuación con la demandante, en términos que constituyen «paradigma de la publicidad comparativa, denigratoria». A este resultado llega el Juzgador, después de haber analizado las características del anuncio, su formato, con referencia al tamaño de las letras y, por tanto, al resultado de lo que estimaban pautas importantes del mensaje y sus contrastes, y finalmente, sus contenidos que remarcan las diferencias entre unos servicios, los de la demandada, modelos de controles de identidad y, otros, los de la demandante que coinciden en la falta de higiene de las instalaciones que lo prestan, y deficiente estado de conservación y limpieza de las mismas.

Asimismo, la sentencia recurrida que se hace eco de la cuestión que se plantea, respecto de la *exceptio veritatis*, admitida expresamente como enervatoria de la acción respecto de los actos de competencia desleal denigratoria, y silenciada, no obstante, por el precepto que aplica, rechaza el supuesto problema, ya que: *a*) falta a la veracidad la reproducción de datos o hechos aún ciertos cuando es parcial o sesgada; *b*) la ambigüedad del anuncio induce fácilmente al consumidor a creer en la permanencia del cierre el día de difusión del mismo —en el único lugar en que se refleja la reapertura es al final de la tercera columna de la noticia reproducida en diminuta grafía en la mitad izquierda de la parte cuarta del anuncio—; *c*) la difusión de la noticia devino extemporánea —el anuncio se inserta en la edición de 8 de julio de 1994 cuando el cierre tuvo lugar el 24 de mayo—; y *d*) a la pertinencia del tratamiento de la noticia no es indiferente la descontextualización geográfica.

Repárese, por ello, en que la indicada discrepancia de la parte con la calificación pedida no puede combatirse de modo meramente voluntarista, pues tanto los datos que se fijan como probados como los juicios sobre los hechos, apoyados en máximas de experiencia que, en definitiva componen unos criterios globales que forman la convicción judicial son inmunes a la casación al no incidir en ninguna violación normativa. Ni siquiera la recurrente impugna, con razonamientos, el concepto jurídico referente a la subespecie —así catalogada por la Sala *a quo*— de la publicidad comparativa denigratoria, que, en verdad, es publicidad desleal conforme a la letra *a*) del artículo sexto, productora por su contenido de denigración, aunque a ella se llegue por comparaciones no necesariamente comprendidas en la «publicidad comparativa» de la letra *e*) del citado precepto.

La publicación de la noticia, según consta en el cartel, constituye un supuesto de difusión de manifestaciones sobre la actividad de un tercero aptas para menoscabar su crédito en el mercado, prevista en el artículo 9 de la Ley 3/1991, que, caracterizada por el sujeto y finalidad, debe situarla en el artículo 6.a) de la Ley de 11 de noviembre de 1988.

La manipulación que deriva tanto de la falta de veracidad, fruto de la utilización sin matices del presente de indicativo y sin indicación de la fecha del cierre, la extemporaneidad de la noticia y la omisión de los datos posteriores complementarios —no secundarios— de la noticia —en concreto de la reapertura de las instalaciones—, implícitamente reconocida por la propia recurrente al pretender fue subsanada no puede entenderse neutralizada por la difusión de la integridad de la noticia —a la que la recurrente pretende atribuir unos efectos similares a la publicidad correctora—, ya que: *a*) si por un lado resulta indiferente a su extemporaneidad; *b*) por otro deviene insuficiente para destruir los efectos nocivos del mensaje publicitario denigrante, que tan sólo cabe concluir, lógicamente, que se difundió manipulado precisamente para engañar al consumidor.

En el mismo sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1997 (*RAJ* 1997, 3876). En este caso, se considera engañosa la publicidad realizada por una empresa sobre un producto para mantener desinfectada el agua de las piscinas, en el que se resaltaban los efectos perniciosos del cloro y se ocultaba que el producto anunciado por la empresa al entrar en contacto con el agua libera también cloro. Por lo que el consumidor puede verse inducido a error, pues la publicidad parece indicar que el producto anunciado prescinde del uso de productos cuando en realidad no es así. Por un lado, se considera que se trata de una publicidad desleal, que provoca descrédito, denigración o menosprecio de los productos químicos que producen la cloración y, por otra, realiza una clara comparación del producto propio, anunciado, con los productos químicos, con la cloración, con el cloro, que no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostradas de los productos, es decir, no es objetiva, pues no se apoya en los caracteres demostrados.

También puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 (*RAJ* 1997/1195). En este caso, se denunciaba un anuncio televisivo de la marca Pepsi, en el que la acción se desarrollaba en un concierto de música rap, en el que el aparecía el cantante de música MCH, durante la actuación bebía una Pepsi, pero, de pronto, una voz en *off* anunciaba el cambio de bebida que consumía «por otro refresco de cola», tras injerirlo, el cantante comenzaba a tocar una canción melancólica, ante el desconcierto del auditorio, hasta que uno de los espectadores le lanzaba un bote de Pepsi, y

cuando bebió, la música recuperó el ritmo trepidante del rap. Coca-Cola consideró que se trataba de una publicidad desleal y comparativa ilícita, ya que tras beber el refresco de Pepsi, se opera un cambio en la personalidad del cantante, y que este hecho podía inducir a error a los consumidores respecto de las propiedades de la bebida refrescante anunciada. El Tribunal Supremo consideró que el cambio no puede realmente obedecer a la ingestión de la bebida. Estando perfectamente valorado el carácter del anuncio, como exagerado e ingenuo, se trata de una historia inverosímil precisamente por lo desorbitado del resultado que no resulta creíble y no lleva a engaño o confusión al público. Que no existía publicidad denigradora, pues no es denigrante para ningún refresco que no produzca excitación o marcha, como se dice en el lenguaje vulgar al uso. Ni existe publicidad comparativa, porque no identifica la marca de la competencia, ni explícita ni implícitamente, porque ni la nombra ni puede darse por aludida la actora cuyos consumidores conocen perfectamente los efectos que produce su ingestión.

Caben destacar por su interés las siguientes sentencias de las Audiencias: Sentencia de 22 de marzo de 2000, de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2000/1479), en la que se señala que la publicidad comparativa no puede reputarse *per se* ilícita en nuestro Derecho, si bien en este caso era engañosa y denigratoria, pues se utilizan imágenes y textos que relacionen el uso de chupetes semejantes a los comercializados por Chicco España bajo la denominación *Cereza y Gota* y sus efectos con la succión del dedo pulgar e índice y sus efectos. En el supuesto analizado los mensajes publicitarios intentan llevar al consumidor la idea de que los chupetes que no son tipo «teta» pueden llegar a deformar el desarrollo normal de los dientes, maxilares y cara, esto es, el mismo efecto... para los niños que la succión de los dedos, de modo que son aptos para llevar a los consumidores a la identificación de aquellos modelos de chupetes con los dedos pulgar y meñique, y a entender que los chupetes reproducidos bajo la denominación «no teta» representan justo lo que... tratan de evitar a toda costa: que su hijo se chupe el dedo, porque consideran que la succión del dedo es perjudicial. No resulta probado... que los chupetes *Cereza y Gota* produzcan en el niño los mismos efectos que el dedo pulgar y meñique.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/8755), considera que no existe publicidad denigratoria en el anuncio de televisor de alta gama en una revista publicitaria confrontándolo con un mueble escritorio de estilo clásico diseñado y fabricado por los actores. Se considera que hay ausencia de ilicitud publicitaria al ensalzarse el producto ajeno tomándolo como referencia de calidad.

En este caso la empresa que hacía la comparación se dedicaba a la electrónica, mientras que la actora se dedicaba a la elaboración de muebles de estilo. Difícilmente cabe encuadrar el anuncio litigioso en la modalidad comparativa de publicidad desleal: en primer lugar, porque si bien es cierto que la redacción del artículo 6.c), aplicable al caso, no presupone la alusión explícita o implícita a un competidor, como ahora sí hace ese mismo artículo por relación con el nuevo artículo 6 bis, no lo es menos, de un lado, que tal requisito podía considerarse latente en el espíritu del precepto y, por otro, que en cualquier caso la comparación del anuncio litigioso nunca buscaba ensalzar las ventajas del producto propio sobre el ajeno sino, muy al contrario, ensalzar aquél resaltando las excelencias de éste; y en segundo lugar, en suma, porque en la impresión causada por el anuncio litigioso siempre prevalecería la confrontación de dos productos tan distintos como excelentes, un mueble

escritorio de estilo o aire clásico, lo que no excluye su fabricación actual, y un televisor de alta resolución perteneciente a la gama más alta de una de las marcas de mayor renombre mundial, todo ello unido a la publicación del anuncio en una revista dirigida a los clientes con tarjeta de la más importante cadena española de centros comerciales.

Por lo que se refiere al descrédito o menosprecio de la actora-recurrente, el rechazo de tal argumento del recurso, pues en realidad se presentaba el televisor de la empresa anunciante como un producto excelente, tomando el mueble escritorio descrédito y menosprecio.

— En el mismo sentido puede verse la sentencia de 26 de octubre de 2006, de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2005/176). En este caso se trata de una campaña publicitaria para la promoción de llamadas telefónicas interprovinciales: publicidad «comparativa»: anuncio de productos análogos. Afirma la comparación que no tiene que recaer de manera exhaustiva sobre todas y cada una de las características esenciales de los bienes. Conviene observar, sin embargo, que toda comparación, incluso la lícita, incorpora de suyo, de forma consustancial, un cierto grado de descrédito para el competidor concernido. Como expresa el conocido adagio popular, todas las comparaciones son odiosas. Mas, porque otra interpretación conduciría al absurdo y resultaría paradójica la permisión de la publicidad comparativa con la prohibición de la publicidad denigratoria, debe preconizarse que sólo será ilícita la publicidad comparativa que resulte inútilmente ofensiva, esto es, aquélla que produzca, innecesariamente, un descrédito o denigración superior al implícito en toda comparación; la cual, por otra parte, tampoco es preciso que observe pautas determinadas de estilo. V. gr., será ilícita la que aluda a características o situaciones personales del competidor que no guarden relación con los productos comparados, o que aun circunscritas a estos últimos, sean excesivas, extremadamente agresivas o inútilmente ofensivas.

La denigración publicitaria se califica como publicidad desleal en el artículo 6 de la Ley General de Publicidad. De acuerdo con este precepto es desleal la publicidad que «por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades.

Como ha señalado la doctrina, esta definición recoge un concepto amplísimo de denigración publicitaria, ya que en rigor esta manifestación deformada de la publicidad se produce cuando se desacreditan los productos o servicios de un empresario. Ahora bien, el concepto expuesto en la Ley General de Publicidad recoge la denominada publicidad de tono estrictamente personal, subhipótesis de la denigración publicitaria que surge cuando se desacredita a otro empresario, aludiendo a circunstancias ajenas al ámbito empresarial: nacionalidad, raza, ideología. Es decir: circunstancias que caen dentro de la esfera privada de esa persona.

No obstante, la LGP no exige que las correspondientes alegaciones sean falsas. Así, si el mensaje publicitario es veraz pero sirve para desacreditar o menospreciar a una persona, empresa o a sus productos o servicios, la misma merecerá el calificativo de publicidad desleal. De ahí que para LGP sea irrelevante la veracidad del mensaje.

Tampoco consideró que había descrédito la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 18 de febrero de 1998 (AC 1988, 244). Al subrayar que no puede considerarse que estamos ante un supuesto de publicidad comparativa denigratoria. Cuando se trata de la campaña emprendida por entidad

bancaria para promocionar planes de pensiones: ausencia de desprestigio de los gestores administrativos y sus colegios profesionales.

En definitiva, en el folleto publicitario denunciado, el paralelismo o análisis comparativo no se plantea en términos denigrantes o vejatorios para los Gestores Administrativos, por la sencilla razón de que en sí mismo considerado, desde la perspectiva de la percepción de un consumidor medio al que va dirigida la publicidad, no puede reputarse vaya encaminado a destacar vicios o defectos de la posible intervención de tales profesionales en una actividad concurrencial a la anunciada, sino por contra a contemplar la actividad de tales profesionales en cuanto encargados de realizar las gestiones ante la Administración para el pago de las pensiones públicas, de ahí que no pueda reputarse propiamente exista comparación o confrontación denigrante para los mismos pues, por cuanto se lleva razonado, el sentido figurado del as de bastos, «ir las cosas mal» se refiere, no a la elección en la intermediación del plan de pensiones de un Gestor Administrativo, sino al potencial cliente que llegada la edad de jubilación se conforma con percibir exclusivamente las pensiones del sistema público de Seguridad Social, lo que lleva a rechazar que tal folleto contenga actos de degradación de competidores que es, en definitiva, lo prohibido por la ley.

CONCLUSIÓN

En los países de la Unión queda prohibida la comparación publicitaria que pueda ocasionar engaño, confusión, denigración o aprovechamiento de reputación ajena, y presentar un producto o servicio como imitación o réplica de otro, siendo necesario que el objeto de la comparación se refiera a productos o servicios afines o similares, y, debiendo compararse —todo caso— características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los productos o servicios.

Por otro lado, debe recordarse que, en materia de publicidad comparativa, la carga de la prueba de la veracidad de las afirmaciones que se realicen en la publicidad corresponde siempre al anunciante. De tal forma que debe ser el anunciante el que aporte las pruebas que acrediten la veracidad de todos los datos objetivos recogidos en la comparación.

RESUMEN

PUBLICIDAD ILÍCITA

El objeto de este breve comentario consiste en realizar algunas consideraciones en torno a la publicidad comparativa. En particular, sobre las condiciones que deben reunir este tipo de publicidad para considerarse admitida, y la referencia a algunos supuestos en los que la comparación sólo sirve para desprestigiar o para sacar ventaja de la reputación de una marca, y, por tanto, la comparación debe ser rechazada.

ABSTRACT

ILLEGAL ADVERTISING

The object of this brief commentary is to make a few points about comparative advertising, particularly the conditions comparative advertising must meet in order to be considered acceptable. Reference is also made to some cases where comparisons are only used to disparage a brand or take advantage of a brand's reputation and therefore must be disallowed.

2. MERCANTIL

LA «GARANTÍA» DE OCUPACIÓN EFECTIVA EN EL CONTRATO DE RESERVA DE PLAZAS DE ALOJAMIENTO EN RÉGIMEN DE CONTINGENTE.

por

SYLVIA GIL CONDE

*Profesora Asociada de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

I. INTRODUCCIÓN

Dos son las notas fundamentales que resultan de una primera aproximación al contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente (1): su inclusión entre los contratos turísticos interempresariales y su condición de contrato atípico.

Por lo que se refiere al primer aspecto mencionado, la clasificación de los contratos turísticos que en nuestra doctrina tiene mayor aceptación es la que utiliza como criterio distintivo el elemento personal del contrato. Sin duda, esta clasificación es sumamente útil para comprender las diferencias fundamentales entre los distintos tipos negociales; no obstante, han de introducirse, a mi juicio, ciertas correcciones en las definiciones al uso.

La distinción principal es entre *contratos turísticos interempresariales* y *contratos turísticos de consumo* (2). Los primeros serían aquéllos que se celebran entre dos empresarios turísticos con el objeto de servir de instrumento para la elaboración de un producto turístico nuevo que pueda ofrecerse posteriormente al consumidor —v. gr., el contrato de comisión entre agencias mayoristas y minoristas—. En cambio, estaremos ante un contrato turístico *de consumo* cuando el mismo se celebre entre un consumidor o usuario y el empresario que se compromete a facilitarle el producto o servicio turístico que aquél reclama —usando para ello su propia organización empresarial o recurriendo a la contratación de los servicios de otro empresario del sector.

Esta clasificación quedaría, sin embargo, incompleta si no distinguimos, a su vez, dentro de esta última categoría entre los contratos turísticos de *consumo de mediación* y los de *consumo directo*. Los de *consumo de mediación* son aquéllos en los que la relación contractual se perfecciona gracias a la intervención de un empresario dedicado a la intermediación en este sector —fundamentalmente, una agencia de viajes minorista o mixta—, que localiza-

(1) En la actualidad la denominación que, jurisprudencial y doctrinalmente, goza de mayor aceptación es la de «contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente». Sin embargo, la terminología empleada ha sido siempre muy variada. Se han utilizado indistintamente diversas denominaciones para referirse a este tipo negocial, tales como «contrato en régimen de contingente», «contrato de reserva de plazas hoteleras» o «contrato de cupo hotelero».

(2) Véase, en relación con la clasificación de los contratos turísticos, MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995, pág. 13 y sigs.; ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1998/228, pág. 625 y sigs.

rá al prestador del servicio turístico que mejor responda a las exigencias expuestas por el consumidor, y facilitará el acercamiento entre ambos a los efectos de la conclusión del contrato que los dos pretenden —por ejemplo, el contrato de viaje combinado celebrado entre el organizador y el consumidor gracias a la intervención de una agencia de viajes detallista—. El contrato de *consumo directo*, por el contrario, tendrá lugar cuando el consumidor contacta con el empresario turístico que, a su juicio, puede ofrecerle satisfactoriamente el servicio que precisa o un conjunto de servicios turísticos coordinados entre sí, y celebra con él finalmente un contrato con tal objeto —v. gr., un contrato de hospedaje concluido con el titular del alojamiento.

De acuerdo con lo antes expuesto, el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de cupo o contingente ha de pertenecer, necesariamente, a la categoría de los contratos turísticos interempresariales, en la medida en que el mismo se celebra entre una agencia de viajes y el titular de una empresa de alojamiento turístico, y en cuanto que con él pretende obtener la agencia un compromiso firme de reserva a su favor de un determinado número de plazas de alojamiento (3), para su ofrecimiento posterior en el mercado como prestación de *servicios sueltos* o como parte integrante de un contrato de viaje combinado (4).

Ambas partes resultarán beneficiadas por esta contratación. La agencia de viajes obtendrá una prestación de alojamiento por un coste inferior al que se aplica a clientes particulares, y el titular del alojamiento consigue un alto nivel de ocupación sin asumir los costes derivados de la comercialización de las plazas. No obstante, pese a ser ambos empresarios, no se encuentran en un plano de igualdad a la hora de contratar. En la *praxis* se presenta como un contrato sometido a condiciones generales, predispuesto unilateralmente por la agencia de viajes, generalmente una mayorista (un tour-operador), que hace valer su posición económica más fuerte, fruto del control que presenta sobre la actividad de comercialización.

Por lo que respecta al segundo rasgo fundamental de este contrato, *su atipicidad*, hay que indicar que la normativa estatal vigente sobre agencias de viajes —la Orden de 14 de abril de 1988 y el Real Decreto de 25 de marzo de 1988— no hace ni siquiera mención a este tipo negocial. Originariamente, la

(3) La expresión «plazas de alojamiento» no debe identificarse con «plaza hotelera». Según el artículo 2.1 del Estatuto de las empresas y de las actividades turísticas privadas, aprobado por el Decreto 231/1965, de 14 de enero, se entiende por empresas de hostelería «las dedicadas de modo profesional o habitual, mediante precio, a proporcionar habitación a las personas, con o sin otros servicios de carácter complementario». Y, dentro de esta categoría general, la normativa estatal y autonómica distinguen principalmente, aunque no exista una clasificación única al respecto, entre establecimientos hoteleros y extrahoteleros.

A los efectos del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente, no sólo las plazas hoteleras podrían ser objeto de reserva sino también los apartamentos turísticos, las plazas en establecimientos de turismo rural, así como bungalows, villas o chalets, que estén explotados bajo un régimen de tipo hotelero con instalaciones comunes (en este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995, pág. 60).

(4) Sobre las diferencias existentes entre «servicio suelto», «paquete turístico» y «viaje combinado», véase el artículo 1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; y el artículo 25 de la Orden de 14 de abril de 1988, sobre normas reguladoras de las Agencias de Viajes.

Orden de 9 de agosto de 1974, por la que se aprobó el Reglamento del régimen jurídico de las agencias de viajes, sí que se refería a él en su artículo 58, definiéndolo como aquel contrato por el que «se fijan o reservan cupos de habitaciones y servicios para períodos determinados de tiempo», e indicaba a continuación cuál debía ser el contenido contractual mínimo. Por su parte, en la normativa autonómica sobre agencias de viajes y empresas de alojamiento turístico —resultado de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas respecto de la ordenación del turismo dentro de su territorio (art. 148.1.18 CE)—, son escasas las referencias a esta figura, y donde aparecen es normalmente para declarar inaplicable a este tipo comercial la normativa sobre reservas individuales y para indicar que en este caso se habrá de estar a lo expresamente pactado por las partes interesadas (5); consecuencia, totalmente lógica, si tenemos presente que ninguna de las partes contratantes es un consumidor o usuario, necesitado de una mayor protección.

Esta misma conclusión es trasladable a la regulación privada de las relaciones *inter partes*. En el ámbito de los convenios suscritos a nivel internacional entre los empresarios del sector, el *Código de prácticas que regula las relaciones entre hoteles y agencias de viajes* —establecido conjuntamente por *L'Association Internationale de l'Hôtellerie et de la Restauration (IH&RA)* y la *Fédération Universelle des Associations d'Agences de Voyages (FUA AV)*—, firmado el 20 de octubre de 1999, se refiere a esta materia también de forma incidental. Tan sólo indica que las reservas para contingentes pueden ser objeto de acuerdos específicos por escrito —art. 15—, añadiendo que no resultarán de aplicación a los contratos de contingente las normas previstas para los contratos relativos a clientes individuales y a grupos.

Es, precisamente, por su carácter atípico, que adquieren una especial relevancia los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tipo contractual.

II. CONCEPTO

La jurisprudencia, siguiendo en este punto a la escasa doctrina que ha estudiado esta materia, define el contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente de una forma puramente descriptiva de la operación. Entiende por tal vínculo comercial: «aquél que se suscribe entre el titular de una agencia de viajes y el de una empresa de alojamiento turístico en virtud del cual éste pone a disposición de aquél, durante un determinado período de tiempo, un número determinado de plazas con los servicios correspondientes,

(5) En este sentido cabría citar el artículo 14 del Decreto 22/2002, de 26 de febrero, de la Comunidad de Extremadura, sobre ordenación de precios, reservas y servicios complementarios en establecimientos de alojamiento turístico; el artículo 20 del Decreto 53/1994, de 8 de febrero, de la Generalitat de Cataluña, por el que se establece el régimen de precios, reservas y servicios complementarios en establecimientos de alojamiento turístico; y el artículo 17 del Decreto 193/1994, de 20 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de Aragón, por el que se establece el régimen de precios, reservas y servicios complementarios en establecimientos de alojamiento turístico.

Con carácter excepcional, el Decreto 50/1989, de 5 de junio, de ordenación y clasificación de los establecimientos hoteleros de la Comunidad Autónoma de Cantabria (LCTB 1989/75), establece en su artículo 37 una regulación completa de los contratos en régimen de contingente, de forma muy similar a cómo en su momento lo hiciera la Orden de 9 de agosto de 1974.

para su ocupación por la clientela de la agencia según las condiciones establecidas en las cláusulas del contrato.

Para que tenga efecto la reserva de las indicadas plazas, la agencia deberá remitir la lista de las habitaciones que va a ocupar ("rooming list"), la cual, en general, debe obrar en poder del hotel con una cierta antelación a la llegada de los clientes (plazo de "release") de manera que, remitida en tiempo y forma la relación de clientes, el hotel se compromete a aceptarlos, y si no se recibe la "rooming list" o confirmación de habitaciones con el plazo de "release" o preaviso pactado, el hotelero queda libre de disponer de las plazas a su conveniencia.

Esta operativa marca dos momentos esenciales en los que se definen los efectos del contrato: primero, el acuerdo o contrato de reserva del cupo de plazas y, después, la remisión de la lista de las habitaciones que deben ser ocupadas» (6).

A esta definición habría que añadir otras dos notas que destacó el Tribunal Supremo en una de las primeras sentencias sobre esta cuestión (7). Me refiero, concretamente, a la existencia de un tercero beneficiario de la celebración del contrato de contingente que no es parte en el mismo —el cliente de la agencia—; y la distinción entre este contrato y el contrato de hospedaje o de alojamiento cuya conclusión es consecuencia directa del primero. Respecto del primer rasgo indicado, bien podríamos llegar a la conclusión de que estamos ante un contrato a favor de tercero, en la medida en que las partes celebran el contrato de reserva para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a ese tercero, que no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que no queda obligado ni vinculado por él (8). Y, por lo que atañe al segundo rasgo señalado, veremos inmediatamente que la distinción entre el contrato de reserva y el de hospedaje es fundamental para determinar la naturaleza jurídica de la figura que aquí analizamos.

III. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA AGENCIA DE VIAJES EN EL CONTRATO DE RESERVA INDIVIDUAL Y EN EL CONTRATO DE RESERVA DE PLAZAS EN RÉGIMEN DE CONTINGENTE

La obtención de una plaza de alojamiento por un consumidor determinado puede ser el resultado de la celebración, bien de un contrato de reserva individual, bien de un contrato de reserva de plazas en régimen de contingente.

La distinción entre una y otra figura no puede sustentarse, con carácter general, en la ausencia de intermediarios turísticos que faciliten la celebración del contrato de reserva individual. Es indudable que en este caso quien impulsa la contratación es el usuario que reclama un servicio turístico de alojamiento, él es parte en el contrato y, por tanto, el negocio jurídico resultante será

(6) Vid. SAP de Baleares, de 10 de julio de 1997 (RA núm. 1546). SAP de Baleares, de 29 de enero de 2004 (RA núm. 81139). SAP de Baleares, de 12 de abril de 2005 (RA núm. 119462).

(7) Véase STS de 27 de febrero de 1982 (RA núm. 792).

(8) Vid. Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 5.ª ed., Madrid, 1996, pág. 429. Y, respecto del contrato en régimen de contingente, MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995, pág. 44 y sigs.

un contrato turístico *de consumo*. Pero ello no implica, necesariamente, que el consumidor contacte directamente con el prestador de dicho servicio solicitándole una plaza —típico contrato *de consumo directo*—. En las reservas individuales el consumidor puede recurrir a una agencia de viajes para que efectúe la reserva, quien actuaría en este caso como comitente de una de las dos partes —concluyéndose gracias a su intervención un contrato *de consumo de mediación*.

Esta última observación es fundamental para determinar el ámbito de responsabilidad de la agencia de viajes en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del titular de la empresa de alojamiento.

De acuerdo con lo antes expuesto, en las reservas individuales facilitadas por una agencia, ésta no habría de responder ante el consumidor si la empresa de alojamiento no pone a disposición de aquél la plaza reservada o se niega a prestar el servicio de alojamiento en las condiciones pactadas. Tan sólo responderá frente al tercero en los mismos supuestos en los que lo haría un comisionista (arts. 244 y sigs. del Código de Comercio); en particular, si su actuación puede ser calificada de comisión indirecta —actuó por cuenta de la empresa de alojamiento, pero en nombre propio—, o si no desarrolló diligentemente esa actividad material.

En el caso del contrato de reserva en régimen de contingente, la agencia de viajes no es una mera comisionista de ninguna de las partes, sino que actúa en desarrollo de la función productora que tiene asignada. Y, en cuanto tal, asume una obligación de resultado al ser su actividad constitutiva de un contrato de obra por empresa, respondiendo frente a sus clientes si éstos no pudiesen disponer de las plazas de alojamiento contratadas en las fechas y condiciones pactadas (9). La agencia de viajes habrá de responder incluso cuando el incumplimiento sea debido a la actitud culpable del titular del alojamiento —y no a una deficiente organización del viaje—; aunque en este caso podrá ejercitar una acción de repetición contra el verdadero incumplidor (10).

A mayor abundamiento, esta distinción entre la función mediadora y la función productora resulta directamente del concepto de agencia de viajes legalmente establecido. El legislador autonómico y estatal la definen como «aquella empresa que, en posesión del título-licencia correspondiente, se dedica profesional y comercialmente en exclusividad al ejercicio de actividades de mediación y/u organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en la prestación de los mismos» (11).

(9) En este mismo sentido, MARTÍNEZ NADAL, Apol-lonia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995, pág. 32 y sigs.

(10) Esta acción de repetición ha sido objeto de reconocimiento expreso en la Ley de Viajes Combinados de 1995 (art. 11), pero también ha sido admitida por nuestra jurisprudencia en el ámbito específico de los contratos en régimen de contingente. Concretamente, la Audiencia Provincial de Barcelona condenó al hotel a reintegrar a la agencia de viajes las indemnizaciones que ésta había tenido que abonar como consecuencia de las incomodidades que habían experimentado sus clientes por las obras de cierta envergadura que se habían acometido en el hotel durante su estancia (SAP de Barcelona, de 21 de marzo de 1997; comentada por RODES, Juan E., «Compensaciones y sobrecostos repercutibles por alojamiento alternativo ante cumplimiento defectuoso en el contrato de reserva de alojamiento», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998/97(3), pág. 526 y sigs.).

(11) Así se define, entre otros, en el artículo 1 del Decreto 99/1996, de 27 de junio, sobre normas reguladoras de las Agencias de Viajes en la Comunidad de Madrid; en el

En opinión de la doctrina, la función mediadora consiste en poner en contacto a los empresarios prestadores del servicio turístico con los posibles clientes, ampliando los puntos de venta de aquéllos, y recibiendo una retribución por la venta realizada en su nombre. En cambio, la función productora tiene por objeto la organización y venta de viajes combinados, excursiones de un día, servicios sueltos y todo tipo de paquetes turísticos, que se integrarán normalmente por dos o más servicios turísticos que la agencia coordinará entre sí, dando lugar a un producto turístico distinto que ofrecerá a los consumidores. Para lograr este nuevo producto, la agencia podrá emplear sus propios recursos empresariales —si fuese propietaria, por ejemplo, de establecimientos de alojamiento y de medios de transporte—, pero la situación más habitual es que celebre con otros empresarios turísticos, dedicados a la prestación de los servicios que requiere, distintos contratos turísticos interempresariales (12).

Para ser más precisos, la diferenciación entre ambas funciones no es sólo un hecho cierto en el ámbito del derecho público, sino que está también presente en el marco específico de la contratación turística cuando la Ley de viajes combinados de 1995, al referirse a las agencias de viajes que intervienen en la celebración del contrato, distingue entre *organizador* y *detallista* (13). Y, conforme a la interpretación que, a mi juicio, cabría hacer del artículo 11 de esta disposición legal y que ha sido publicada en esta misma Revista (14), la responsabilidad asumida por uno y otro sujeto en el contrato difiere notablemente, ya que se determina «en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito respectivo de gestión del viaje combinado». El organizador garantizaría, frente al consumidor, la ejecución del viaje combinado según lo pactado, y el detallista respondería en caso de incumplimiento de sus obligaciones como comisionista.

En relación con la figura contractual aquí examinada, la distinción entre la función mediadora y productora presenta una utilidad adicional, en cuanto que permite descartar directamente determinadas interpretaciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del contrato en régimen de contingente. En contra de lo aquí manifestado, un sector de nuestra doctrina considera que este contrato se fundamenta jurídicamente en un contrato de comisión, como resultado del mandato de la empresa hotelera a la agencia de viajes para que ésta oferte y celebre contratos de alojamiento turístico respecto de las plazas de ese establecimiento. Estiman estos autores que, dadas las peculiaridades del contrato en régimen de contingente, se trataría de una comisión indirecta de carácter irrevocable —dado que la agencia actúa en nombre propio al vender la plaza hotelera al consumidor y el titular del alojamiento está en todo

artículo 1 de la Orden de 14 de abril de 1988, sobre normas reguladoras de las Agencias de Viajes; y en el artículo 1 del Real Decreto de 25 de marzo de 1988, por el que se regula el ejercicio de las actividades de las Agencias de Viajes.

(12) Vid. MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995, pág. 54.

(13) Según el artículo 2 de la Ley de Viajes Combinados de 1995, organizador es «la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista. Y detallista será «la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador».

(14) De este modo, GIL CONDE, Sylvia: «Contratación mercantil. Contrato de viaje combinado», en *RCDI*, 2004, págs. 1522 y sigs.

caso obligado a poner a disposición de la agencia el contingente durante el plazo acordado— (15).

A mi modo de ver, no se sostiene jurídicamente esta equiparación, no sólo porque el contrato en régimen de contingente dé lugar a una relación obligatoria de tracto sucesivo —para una o varias temporadas turísticas—, o porque el contrato de comisión sea en esencia revocable —*ex art. 279 del Código de Comercio*, aunque excepcionalmente nuestra jurisprudencia haya aceptado como válido el pacto en contrario—, sino principalmente porque la agencia de viajes no actúa por cuenta del titular del alojamiento cuando ofrece la plaza al consumidor. Su actividad se enmarca, como antes he indicado, dentro de su función productora, asimilable a un contrato de obra por empresa, con la particularidad de que, como la agencia no es propietaria de ningún establecimiento de alojamiento, tiene que recurrir a la contratación de los servicios de un tercero. Por otro lado, no debemos olvidar que las agencias de viajes no se limitan a concertar ese tipo de contratos con un único empresario de alojamiento, sino que para la misma temporada turística y el mismo destino pueden llegar a celebrar múltiples contratos de este tipo. En la situación descrita, difícilmente puede sostenerse que la agencia defienda los intereses de distintos empresarios competidores. Si en verdad fuese una comisionista, todos ellos serían sus principales, de manera que estaría obligada a dar preferencia a los intereses de éstos respecto de los suyos, y a cuidar del negocio de cada principal «como propio» (arts. 251, 255, 264, 268, 269 y 273 del Código de Comercio). No podemos negar que la agencia de viajes resulta obligada a intentar comercializar las plazas de alojamiento de todos ellos, de acuerdo con las exigencias de la buena fe. Pero, en última instancia, el interés que defiende es su propio interés. Persigue, como cualquier empresario, la obtención del máximo beneficio a corto y a largo plazo. De ahí que si, como ocurre en la práctica, en el folleto donde publicita las distintas ofertas de alojamiento, la agencia de viajes atribuye a unas determinadas empresas de alojamiento el calificativo de *establecimientos preferentes* —negándose al resto—, es, en última instancia, con el fin de obtener la máxima satisfacción de los clientes a quienes facilita el alojamiento, para lograr con ello la fidelidad de éstos a su organización empresarial cuando precisen otros servicios turísticos en el futuro (16). Y, para concluir, si realmente existiese un contrato de comisión entre la agencia y el titular del establecimiento hotelero, este último estaría

(15) Esta posición doctrinal es defendida por ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1998/228, pág. 630 y sigs.; PETIT LAVALL, María Victoria: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente», en *Revista General de Derecho*, 1999/658-659, pág. 9456 y sigs.

En contra, MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995, pág. 32 y sigs.; VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Naturaleza jurídica del contrato de reserva de un cupo de plazas de alojamiento», en *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo* (dir.: AURIOLAS MARTÍN), Barcelona, 2003, pág. 315 y sigs.

(16) A título de ejemplo, en el folleto de costas (verano 2006) de la Agencia «Viajes el Corte Inglés», el calificativo de «establecimiento preferente» se otorga, exclusivamente, a determinados hoteles, atendiendo al elevado número de clientes alojados, al grado de satisfacción transmitido y a la existencia de un acuerdo preferencial firmado según la disponibilidad, las atenciones especiales y la mejora en la asignación de habitaciones a los clientes de la agencia.

obligado bien a «proporcionarle los fondos necesarios para desempeñar la comisión» (art. 250 del Código de Comercio), bien a reintegrarle los gastos en los que la primera hubiera incurrido con el objeto de cumplir el mandato recibido —principalmente, los gastos derivados de la actividad publicitaria— (art. 278 del Código de Comercio); sin embargo, en la *praxis* no se entrega ninguna provisión o reembolso.

IV. LA GARANTÍA DE OCUPACIÓN DE LAS PLAZAS RESERVADAS

1. EL ACTO DE DISPOSICIÓN DE LAS PLAZAS DE ALOJAMIENTO

A) *Posición jurídica de la agencia de viajes con anterioridad al acto de disposición*

Según resulta de la definición jurisprudencial antes reproducida, existe un hecho crucial que, de producirse, originará un cambio sustancial en la posición jurídica de las partes contratantes. Nos estamos refiriendo al acto de remisión de la lista de las habitaciones que serán efectivamente ocupadas.

A mi modo de ver, el fin último que las partes persiguen con la celebración del contrato en régimen de contingente es la confirmación de la ocupación sucesiva de las plazas reservadas por terceros ajenos al contrato. Y, para lograr este fin, ambas partes han de asumir imperativamente un conjunto de obligaciones.

Hasta este punto la figura que analizamos responde a los esquemas tradicionales de cualquier relación contractual. Sin embargo, la atipicidad del contrato permite que las partes concluyan un negocio jurídico complejo en el que no se limiten a establecer los derechos y obligaciones que les corresponderán hasta la finalización del plazo de confirmación. También llegan a un acuerdo sobre los derechos y obligaciones que, en su caso, asumirían si se produjese dicha confirmación y, como resultado de la misma, se concluyera un contrato de hospedaje o alojamiento sobre cada una de las plazas reservadas. Como inmediatamente argumentaremos, la complejidad del negocio jurídico que aquí analizamos deriva de la existencia, a partir de la confirmación de la ocupación efectiva, de una doble relación contractual: el contrato de reserva en régimen de contingente por el período que reste para su finalización, y los contratos de hospedaje celebrados como consecuencia de aquél.

Esta interpretación encuentra un punto de apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1982, antes citada, en la que el Alto Tribunal afirmaba que nos encontramos ante un contrato «cuyo cumplimiento está llamado a desenvolverse en una serie de actos sucesivos ampliamente prolongados en el tiempo, con inclusión, en un momento del desarrollo de la relación jurídica establecida, de terceras personas —en este caso los definitivos usuarios de las plazas reservadas o la Agencia a cuya disposición y para cuya disposición y para cuyos clientes se ponen las mismas— no suscriptores del pacto de reserva inicial que, aunque atípico, es un propio negocio bilateral con función de garantía y no una simple promesa de contrahendo, cuyo objeto es la cobertura de posteriores contratos de hospedaje».

En la primera fase de este complejo proceso, que se inicia con la celebración del contrato de reserva y finaliza cuando termina el plazo de *release* o preaviso pactado, el titular de la empresa de alojamiento se compromete a

poner a disposición de la agencia un número determinado de plazas. Una vez concluido dicho plazo, podrá disponer libremente de las plazas no confirmadas en tiempo y forma, a favor de otras agencias o de particulares que se las soliciten. Pero, hasta entonces, la obligación asumida le exige abstenerse de realizar cualquier acto que impida u obstaculice el cumplimiento de lo pactado; en particular, no podrá celebrar un contrato similar sobre las mismas plazas con otra agencia o una reserva individual sobre las mismas —porque esto daría o podría dar lugar a una situación de *overbooking* o sobrecontratación— (17).

La agencia de viajes, por su parte, asume la obligación de intentar comercializar las plazas reservadas. *Se trata de una obligación de medios, no de resultado*. Es por ello que la agencia habrá cumplido lo pactado si actúa diligentemente procurando por todos los medios a su alcance lograr la efectiva ocupación de todas las plazas puestas a su disposición, usando para ello su propia estructura empresarial e, incluso, la de otras agencias de viajes con quienes llegue a un acuerdo de comercialización (18). La efectiva disposición de las plazas reservadas es una facultad, no una obligación de la agencia. Por tanto, ésta no será responsable si no consigue finalmente el objetivo pretendido, ni tendrá que indemnizar al titular del alojamiento por esta causa. *En conclusión, salvo previsión contractual en contrario, la agencia de viajes no asume en esta fase ninguna obligación de «garantía» de ocupación efectiva de las plazas reservadas.*

A la luz de la descripción que acabamos de hacer de las obligaciones asumidas por las partes, creo que es obligado concluir respecto de la naturaleza jurídica del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente, que el mismo responde, aunque con matices, a los esquemas de un contrato de opción de hospedaje en beneficio de un tercero ajeno a la relación contractual. Al igual que en el contrato de opción, el concedente —el titular del alojamiento— atribuye a la otra parte, beneficiario de la opción —la agencia de viajes—, un derecho que le permite a esta última decidir, dentro de un determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de un determinado contrato. Además, según nuestra doctrina más autorizada, la opción responde a un claro fin especulativo, pues da al beneficiario la posibilidad de concertar a su vez con otra persona un contrato sobre el bien respecto del cual la opción le ha sido concedida —esto es, la comercialización por la agencia de la plaza reservada— (19). No obstante, hemos de tener presente que el derecho de opción se concede en el marco de una relación obligatoria más compleja

(17) La jurisprudencia ha calificado como incumplimiento contractual también el supuesto de *overbooking* o sobrecontratación que se produce en el marco del contrato de reserva de plazas de alojamiento —véase, por ejemplo, SAP de Barcelona, de 20 de abril de 1990.

(18) En apoyo de esta conclusión, la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 15 de enero de 1990, afirma que la falta de ocupación de las plazas reservadas «no es reveladora de una voluntad de incumplir lo pactado, ya que, si conforme a lo previsto en el artículo 1.258 del Código Civil, se obligó al menos a la agencia de viajes, conforme al uso y la buena fe, a actuar con la diligencia de un comerciante honesto en la búsqueda de clientes, aparece cumplida tal obligación, pues de la prueba documental resulta que contrató la venta de las plazas con una agencia alemana, que a su vez las ofreció al público».

(19) De este modo, Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 5.ª ed., Madrid, 1996, págs. 342 y 343.

—como se argumentará oportunamente—, de manera que el ejercicio de este derecho queda mediatizado por la causa que origina su concesión: ser un instrumento jurídico para el logro del objetivo común pretendido por ambas partes —la ocupación de las plazas reservadas por un tercero—.

De resultas de esta afirmación, el plazo de *release* o preaviso pactado sería, en realidad, el plazo máximo concedido para ejercitar ese derecho de opción. Es cierto que, al tratarse de un contrato de tracto sucesivo, se habrán fijado distintos plazos de confirmación. Pero, en cualquier caso, si la agencia de viajes no ejercita el derecho en un plazo concreto, el contrato de reserva seguirá subsistiendo durante todo su plazo de vigencia, pero no así el derecho de opción respecto de unas determinadas plazas en un concreto período temporal. Esto explica que el titular del alojamiento pueda disponer libremente a partir de ese momento de las plazas reservadas y no confirmadas en tiempo y forma.

Siguiendo esta línea argumental, si la agencia de viajes, antes de la finalización del plazo de *release* o preaviso pactado, remitiese al titular del alojamiento la lista en la que confirma las plazas que serán finalmente ocupadas, habría hecho uso del derecho de opción del que es beneficiario. Pero las consecuencias jurídicas resultantes de este hecho son muy distintas de las anteriormente descritas, como se expondrá a continuación.

B) *Posición jurídica de la agencia de viajes tras el acto de disposición*

En el caso de que la agencia de viajes lograra la ocupación de todas o parte de las plazas reservadas, y hubiese ejercitado en tiempo y forma su facultad de disposición mediante la remisión a la empresa de alojamiento de la *rooming list* —en la que constará la lista de habitaciones que serán efectivamente ocupadas—, resultará obligada al pago de la prestación de alojamiento por las unidades dispuestas según los precios y condiciones de pago acordados. Por su parte, el titular de la empresa de alojamiento quedará obligado a la aceptación de esa lista y, en consecuencia, a la prestación de los servicios acordados a los clientes de la agencia. No puede decirse lo mismo de las peticiones de plazas que pudiera hacer la agencia, posteriores al período de *release*, porque éstas quedan fuera del contrato y estarán sujetas a confirmación por parte del titular del alojamiento.

La remisión de la *rooming list* tiene, por tanto, carácter vinculante para la agencia, quien asume por esta causa una obligación de ocupación y de pago frente al hotelero respecto de «las plazas comprometidas en firme», aunque se produzcan anulaciones posteriores a este hecho por parte de los clientes que deberían ocuparlas o, incluso, no se presenten en la fecha convenida (*no shows*).

En resumen, *la obligación asumida por la agencia tras la remisión de la lista de ocupación ya no es de medios, sino de resultado en la medida en que garantiza la ocupación efectiva de las plazas reservadas y confirmadas.*

A mi modo de ver, el cambio radical que experimenta la posición jurídica de la agencia de viajes es el resultado del ejercicio del derecho de opción mediante la remisión de la lista de ocupación efectiva. La consecuencia principal de este hecho es que el titular del alojamiento quedará obligado como parte en un contrato de hospedaje o alojamiento sobre cada una de las plazas confirmadas, cuya ejecución se producirá dentro del período al que se refería

la reserva. Nos encontramos, por tanto, ante una relación obligatoria distinta que vincula a las mismas partes contratantes.

Así pues, cuando afirmamos que la agencia de viajes asume una obligación de resultado, esto es, el compromiso firme de ocupación de la plaza de alojamiento por un tercero, en realidad sólo estamos describiendo la obligación típica que contrae quien celebra un contrato de hospedaje con el titular del establecimiento de alojamiento, esto es, el pago del precio pactado por la prestación de este servicio.

Partiendo de esta base, se comprende que el Tribunal Supremo haya declarado que la simple realización de las reservas lleva implícita la obligación de pago independientemente de la ocupación real, ya que lo contrario constituiría un quebrando económico para quien no pudiendo utilizar las habitaciones reservadas tampoco puede reclamar el pago de quien hizo la reserva (20).

En nuestra doctrina también hay quienes han defendido una interpretación bastante próxima a la nuestra, y que estiman que estamos en presencia de un contrato de reserva con cláusula de opción o contrato de opción de hospedaje. Sin embargo, éste es el único punto de coincidencia. Estos autores parten de la existencia de un único contrato, aunque integrado por dos actos distintos —la fase de perfeccionamiento del título constitutivo de la opción y el posterior acto de disposición— (21). Interpretación que no podemos compartir por los motivos que inmediatamente se apuntarán.

A mi juicio, *el estudio del contrato de reserva ha de abordarse a partir de la consideración de que estamos ante dos negocios jurídicos conexos. Nos encontramos, pues, ante la llamada imbricación contractual*, es decir, la creación de relaciones jurídicas más complejas basadas en la interconexión entre contratos.

Es bien sabido, en efecto, que esta vinculación negocial es otra manifestación más de la denominada «crisis del contrato». Como ya advirtiera nuestra mejor doctrina, el contrato, como figura completa e independiente, es un concepto en la actualidad totalmente superado. La progresiva complicación de las relaciones económicas ha conducido a la complejidad de las relaciones obligatorias y, en consecuencia, al abandono del contrato como entidad individual, dando paso a situaciones jurídicas basadas en la «imbricación» de distintas relaciones obligatorias (22). No podemos desconocer que la categoría de los negocios jurídicos conexos no tiene reconocimiento y regulación expresas en nuestro ordenamiento, pero ello no es óbice para que doctrinalmente sea una figura unánimemente admitida y se utilice con regularidad en la práctica.

(20) De este modo, STS de 1 de septiembre de 1999 (RA núm. 6931). SAP de 16 de enero de 2001 (RA núm. 104363). SAP de Alicante, de 20 de junio de 2002 (RA núm. 33).

(21) Así, expresamente, MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995, pág. 37 y sigs. Y en línea similar, VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Naturaleza jurídica del contrato de reserva de un cupo de plazas de alojamiento», en *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo* (dir.: AURIOLES MARTÍN), Barcelona, 2003, pág. 325 y sigs.

(22) A juicio del Tribunal Supremo, «aunque los ordenamientos legales ofrecen a las personas una amplia gama de tipos contractuales, tendentes a satisfacer las necesidades del tráfico jurídico, con frecuencia se muestra su insuficiencia, de tal modo que, al amparo de la libertad de forma se suelen crear figuras —contratos innominados—, combinarse diversos tipos —contratos mixtos— o bien se utilizan los esquemas legales para lograr, a través de ellos, fines distintos de los previstos por el legislador, dando lugar a los denominados negocios aparentes, imaginarios e indirectos» —STS de 18-2-1965 (RA núm. 882)—.

Los negocios jurídicos conexos —también denominados contratos coligados— son aquéllos en los que varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante (23). Se trata, por tanto, de contratos típicos autónomos ligados entre sí por un simple nexo económico —coligación económica—, que puede llegar a tener relieve jurídico —coligación jurídica—. Este vínculo puede consistir en relaciones de mutua dependencia entre ambos contratos —si cada uno constituye la causa del otro—, en subordinación de uno respecto de otro —si uno funciona como principal y el segundo como accesorio—, o en una relación de alternancia —cuando la conclusión de uno u otro se hace depender del cumplimiento de una condición— (24).

Por lo que respecta a los rasgos identificadores de una conexión contractual, admitidos mayoritariamente por nuestra doctrina (25), todos estarían presentes, a mi modo de ver, en el contrato de contingente. El primero de estos requisitos consiste en la existencia de una pluralidad de negocios jurídicos. Esta circunstancia es fácilmente verificable en el caso que analizamos. De hecho, nos encontramos ante contratos inicialmente autónomos: el contrato de reserva de plazas en régimen de cupo y cada uno de los contratos de alojamiento que se celebran por causa de aquél. Tal autonomía se fundamenta en la casi total ausencia de elementos coincidentes. Sólo presentan en común su celebración por las mismas partes contratantes. Pero, dejando esto a un lado, difieren en todo lo demás. El objeto del contrato es distinto —en el de reserva es la concesión de un derecho de opción, en los de hospedaje la prestación de un servicio de alojamiento a cambio de un precio—. Y, en relación con las obligaciones asumidas por las partes, éstas también son completamente diferentes —principalmente, se observa ese cambio respecto de la agencia, en cuanto que pasa de asumir una obligación de medios a otra distinta de resultado—.

En segundo término, se requiere que la conexión sea «funcional», es decir, «que se encuentre referida a la propia naturaleza de uno o ambos contratos o bien a la disposición de intereses configurada por las partes». A mi juicio, es la autonomía de la voluntad la que crea este vínculo entre contratos inicialmente autónomos, con el único objeto de satisfacer una finalidad que persiguen ambos contratantes, a la que inmediatamente nos referiremos.

Y, por último, ha de ser una conexión jurídicamente relevante. En el caso analizado, entiendo que entre ambos negocios jurídicos existe un nexo económico de tal importancia que ha de reconocérsele relevancia jurídica. Ese nexo económico se encontraría en la finalidad que informa este negocio jurídico complejo: la pretensión de obtener un beneficio empresarial con la comercialización sucesiva de unas determinadas plazas de alojamiento. Dicho nexo tiene una clara incidencia sobre el contenido del contrato, en la medida en que la posición obligacional de ambas partes contratantes se configura de modo tal que facilite la persecución de este fin. Pero, además, la conexión entre ambos contratos es tan estrecha y relevante desde un punto de vista

(23) Vid. LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág. 273.

(24) De este modo, JORDANO BAREA, Juan: «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, 1953, págs. 81 y 82.

(25) Sobre los requisitos mínimos para la existencia de una conexión contractual, vid., LÓPEZ FRÍAS, Ana, *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994, pág. 272 y sigs.

jurídico que el incumplimiento reiterado de los contratos de alojamiento por cualquiera de las dos partes —por ejemplo, por impago del precio de los servicios prestados o por sobrecontratación—, es, según nuestra jurisprudencia, causa suficiente para resolver el propio contrato de reserva de plazas en régimen de contingente.

Examinemos con más detenimiento estas afirmaciones. Para ello creo que es fundamental que establezcamos una comparación entre el contrato de reserva en régimen de contingente y el contrato de reserva individual celebrado directamente por el propio consumidor. En este segundo supuesto, si no se le solicita garantía alguna, el consumidor también resulta beneficiario de un contrato de opción de hospedaje. El titular del alojamiento se compromete a poner a disposición de aquél una determinada plaza hasta una hora concreta del mismo día previsto para la ocupación —normalmente hasta las 18 horas—. Si el consumidor no confirma su intención de celebrar finalmente el contrato de alojamiento, presentándose en el hotel antes del plazo máximo indicado o advirtiendo de su llegada más tarde de la hora señalada, se extinguirá su derecho de opción y el titular del alojamiento podrá disponer libremente de la plaza reservada.

El elemento diferencial entre este supuesto y el de reserva en régimen de contingente se encontraría en la consideración o no del ejercicio del derecho de opción como una decisión *unilateral* del beneficiario —la agencia de viajes en un caso y el consumidor en otro—. Tratándose de una reserva individual, este rasgo típico de la figura concurre sin discusión en el caso dado. Sin embargo, en el supuesto del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente, si bien se trata también de una decisión unilateral de la agencia de viajes (26), porque, como antes indicamos, defiende su propio interés, sin embargo no resulta tan manifiesto este rasgo como en las reservas individuales. Esto es debido, a mi modo de ver, a que la agencia de viajes asume determinadas obligaciones en el contrato de reserva que afectan directamente al ejercicio del derecho de opción: la agencia de viajes está obligada, por causa de la finalidad de comercialización sucesiva a favor de tercero que presenta el contrato en régimen de contingente, a procurar por todos los medios a su alcance lograr la efectiva ocupación de todas las plazas puestas a su disposición. Y, siguiendo este razonamiento lógico, debiéramos concluir que el cumplimiento de esta obligación sin lograr el fin perseguido —el de ocupación efectiva—, es el único supuesto de hecho legítimo en el que la falta de ejercicio del derecho de opción por parte de la agencia, no generará su responsabilidad contractual. En resumen, la libertad de decisión de la agencia respecto del ejercicio del derecho de opción existe, pero no es plena como la del beneficiario del derecho de opción en un contrato de reserva individual, dado que se despliega dentro de los límites ciertos que demarca el conjunto de obligaciones típicas del contrato de reserva en régimen de contingente.

Sea como fuere, tanto si se admite como si se rechaza la posición que aquí hemos defendido, lo que sí es indudable es que el ejercicio del derecho de opción tendrá como efecto la conclusión del contrato de alojamiento. Y aquí la atipicidad del contrato juega, nuevamente, un papel principal. Por regla

(26) En contra, por considerar que tal decisión depende siempre de un tercero —el definitivo cliente—, RODES, Juan E.: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el ordenamiento español», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993/92(4), pág. 1041.

general, las partes contratantes suelen llegar a determinados pactos en el contrato de reserva de plazas en relación con el incumplimiento del contrato de hospedaje. Las partes probablemente habrán fijado el procedimiento para determinar la cuantía de la indemnización que pueda corresponder a la empresa de alojamiento en los supuestos de incumplimiento por anulación o por incomparecencia. Ahora bien, a falta de pacto expreso, considera el Tribunal Supremo que serán de aplicación las normas generales del Código Civil respecto de la indemnización del lucro cesante. De manera que, una vez probada la falta de ocupación de las plazas reservadas en el plazo convenido por clientes de la agencia y, por tanto, el incumplimiento contractual, deberá indemnizarse al titular del alojamiento no sólo por la pérdida que ha experimentado —esto es, el importe no satisfecho de la prevista ocupación—, sino también por la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la falta de ocupación de las plazas prometidas en firme (27).

No obstante, también han puesto de manifiesto nuestros Tribunales en bastantes ocasiones, que esta compensación económica no llegará a producirse, sin embargo, además de por las causas de exoneración de responsabilidad, en el caso de que constara acreditado que las plazas vacantes estuvieran ocupadas por clientes distintos de los de la agencia. Alegación que corresponde acreditar a la agencia de viajes de acuerdo con los principios generales derivados de la carga de la prueba (28).

2. EL PACTO DE GARANTÍA DE OCUPACIÓN MÍNIMA

En atención también a la atipicidad del contrato, en materia de existencia o inexistencia de una garantía de ocupación total de las plazas reservadas habrá que estar a lo pactado por las partes y por las normas generales del derecho de obligaciones, en especial las normas sobre interpretación de los contratos (arts. 1.281 y sigs. del Código Civil). Si bien no es en la práctica la situación más habitual, no podemos descartar que, por voluntad expresa de las partes, se incorpore al contrato una cláusula de garantía de ocupación efectiva, que normalmente afecta a la totalidad de las plazas reservadas durante toda la vigencia del contrato, aunque también puede limitarse dicha garantía a una concreta temporada turística. De hecho, las últimas sentencias dictadas sobre esta materia contemplan casos en los que se había incluido este pacto (29). La consecuencia principal de la incorporación de esta cláusula será la obligación de la agencia de abonar el precio convenido por todas las unidades de alojamiento reservadas con independencia de su real ocupación.

(27) De este modo, STS de 3 de diciembre de 1992 (*RA* núm. 9999).

(28) Así lo manifiesta expresamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de diciembre de 1992 (*RA* núm. 9999). Y en la misma línea, SAP de Alicante, de 20 de junio de 2002 (*RA* núm. 33). SAP de Zaragoza, de 14 de octubre de 2003 (*RA* núm. 251905). SAP de Baleares, de 30 junio de 2004 (*RA* núm. 924). SAP de Baleares, de 12 abril de 2005 (*RA* núm. 119462).

(29) V. gr., SAP de Baleares, de 29 enero de 2004 (*RA* núm. 81139). SAP de Baleares, de 30 junio de 2004 (*RA* núm. 924). SAP de Baleares, de 12 abril de 2005 (*RA* núm. 119462). En la primera de las sentencias citadas, la garantía pactada era total pero no afectaba a todo el período de vigencia del contrato, sino únicamente a la temporada turística alta.

A falta de acuerdo expreso, estima nuestra jurisprudencia que también estaríamos ante un contrato de reserva de plazas garantizado, si así se desprendiera claramente de lo pactado por las partes, como pudiera ser en atención de la falta de previsión de causas de devolución de las cantidades ya entregadas a cuenta del contrato, o la falta de imposición a la agencia de viajes de la obligación de remitir con la antelación pactada a la empresa de alojamiento la lista de las habitaciones o unidades de alojamiento que resultarán finalmente ocupadas (30).

En caso de existencia de dicha garantía, surgirá la obligación de la agencia de viajes de pago del precio de todas las unidades de alojamiento reservadas, hayan sido o no ocupadas, porque, en caso contrario, se produciría un quebranto económico notable para la entidad hotelera para quien el acuerdo al que ha llegado le imposibilita para disponer de las plazas reservadas para su ofrecimiento a otros clientes potenciales (31).

En opinión de un sector de nuestra doctrina, las cláusulas contractuales de ocupación mínima a favor del hotelero no afectan a la naturaleza de la obligación de la agencia. Ésta seguirá siendo de medios no de resultado. Aunque en este supuesto la agencia asumirá en todo caso una obligación de pago de una prima que, de producirse realmente la ocupación total, se entregará también aunque se imputará al precio que la agencia ha de pagar al hotelero (32).

A mi modo de ver, las consecuencias de la inclusión de este tipo de cláusulas son mucho más relevantes de lo que inicialmente parece. La inclusión de una cláusula de garantía puede obligarnos, en determinadas circunstancias, a defender una posición distinta respecto de la naturaleza jurídica del contrato celebrado. Si el pacto consiste en una garantía de ocupación efectiva sobre la totalidad de las plazas reservadas durante toda la vigencia del negocio, el objeto del contrato no sería un derecho de opción, sino que las partes habrían celebrado desde un principio un contrato de hospedaje en favor de un tercero —el cliente de la agencia—.

Nuestros Tribunales también han señalado que estamos en presencia de un tipo negocial distinto, aunque su conclusión final difiera de la nuestra. En estas sentencias se pone de manifiesto que la obligación de las partes ya no resulta de la comunicación de la lista de unidades de alojamiento que serán efectivamente ocupadas —acto esencial en este tipo de contrato—. De ahí que se haya considerado la proximidad, aunque no identidad, del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente con un contrato de arrendamiento (33).

(30) En este sentido, SAP de Zaragoza, de 14 de octubre de 2003 (RA núm. 251905).

(31) De este modo, STS de 1 de septiembre de 1999 (RA núm. 6931).

(32) MARTÍNEZ NADAL, Apol·lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingent*, Barcelona, 1995, pág. 75 y sigs.

(33) Así se ha puesto de manifiesto en SAP de Baleares, de 10 de julio de 1997 (RA núm. 1546). SAP de Baleares, de 29 enero de 2004 (RA núm. 81139). SAP de Baleares, de 12 abril de 2005 (RA núm. 119462).

CONCLUSIONES

I. A los efectos de este estudio, hay dos rasgos fundamentales que hemos de tener presentes respecto del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente: su inclusión entre los contratos turísticos interempresariales y su condición de contrato atípico.

II. La pertenencia de este contrato a la categoría de los contratos turísticos interempresariales es incuestionable, en la medida en que el contrato se celebra entre una agencia de viajes y el titular de una empresa de alojamiento turístico, y en cuanto que con él pretende obtener la agencia un compromiso firme de reserva de un determinado número de plazas de alojamiento, de las que podrá disponer a favor de sus clientes hasta el plazo máximo pactado para comunicar la ocupación efectiva de la plaza —plazo de *release*—, ofreciéndola como servicio suelto o integrándola como una prestación más dentro de un viaje combinado.

III. El acto de remisión de la lista de las plazas de alojamiento, que serán efectivamente ocupadas, es un hecho determinante en esta relación contractual, en cuanto que determina un cambio fundamental en la posición jurídica de ambas partes.

IV. Desde la celebración del contrato de reserva del cupo de plazas y hasta la finalización del plazo concedido para la remisión de la lista de unidades de alojamiento ocupadas (*rooming list*), el titular de la empresa de alojamiento se compromete a poner a disposición de la agencia un número determinado de plazas de alojamiento, debiendo abstenerse de realizar cualquier acto que impida u obstaculice el cumplimiento de lo pactado. Finalizado el plazo de «*release*» o preaviso pactado, podrá disponer libremente de las plazas no confirmadas en tiempo y forma a favor de otras agencias o de particulares que se las soliciten. Por su parte, la agencia de viajes asume la obligación de intentar comercializar las plazas reservadas. *Se trata de una obligación de medios, no de resultado*. Es por ello que la agencia habrá cumplido lo pactado si actúa diligentemente procurando por todos los medios a su alcance lograr la efectiva ocupación de todas las plazas puestas a su disposición. Salvo previsión contractual en contrario, la agencia de viajes no asume en esta fase ninguna obligación de garantía de ocupación efectiva de las plazas reservadas.

V. Tras la remisión de la lista de plazas de alojamiento que serán efectivamente ocupadas, la agencia de viajes resultará obligada al pago de la prestación de alojamiento por las unidades dispuestas según los precios y condiciones de pago acordados. La remisión de la *rooming list* tiene, por tanto, carácter vinculante para la agencia, quien asume por esta causa una obligación de ocupación y de pago frente al hotelero respecto de «las plazas comprometidas en firme», aunque se produzcan anulaciones posteriores a este hecho por parte de los clientes que deberían ocuparlas o, incluso, no se presenten en el período contratado (*no shows*). En consecuencia, la obligación asumida por la agencia tras la remisión de la lista de ocupación ya no es de medios, sino de resultado en la medida en que garantiza la ocupación efectiva de las plazas reservadas y confirmadas.

VI. Del mismo modo, la garantía de ocupación efectiva de las plazas reservadas puede resultar una cláusula contractual incorporada al contrato por voluntad de las partes. En tal caso, la remisión de la lista de plazas confirmadas resulta indiferente para determinar el contenido obligacional de la posición jurídica de la agencia. Ésta asumirá desde la celebración del con-

trato una obligación de resultado, en la medida en que deberá abonar el precio convenido por todas las unidades de alojamiento reservadas con independencia de su real ocupación.

VII. Respecto de la naturaleza jurídica del contrato de reserva en régimen de contingente, no puedo compartir la opinión de aquellos autores que defienden su proximidad con el contrato de comisión; principalmente, porque la agencia de viajes no actúa por cuenta del titular del alojamiento cuando ofrece la plaza al consumidor. Su actividad se enmarca dentro de la función productora de las agencias de viajes, convirtiendo la relación obligatoria que celebre con los consumidores en un contrato de obra por empresa.

VIII. A la luz de las obligaciones asumidas por las partes, creo que es obligado concluir respecto de la naturaleza jurídica del contrato de reserva de plazas en régimen de contingente, que el mismo responde, aunque con matices, a los esquemas de un contrato de opción de hospedaje en beneficio de un tercero ajeno a la relación contractual. Sin embargo, esta interpretación tan sólo explica una parte de una figura negocial mucho más compleja. A mi modo de ver, la confirmación de la ocupación efectiva por parte de la agencia de viajes da lugar a la aparición de una doble relación contractual: el contrato de reserva en régimen de contingente por el período que reste para su finalización, y los contratos de hospedaje celebrados como consecuencia de aquél.

IX. La total comprensión de esta figura requiere que admitamos que estamos en presencia de dos negocios jurídicos conexos. En el contrato en régimen de contingente están presentes todos los rasgos característicos de una imbricación contractual. Nos encontramos ante una pluralidad de negocios jurídicos inicialmente autónomos —el contrato de reserva de plazas y cada uno de los contratos de alojamiento que se celebran por causa de aquél—, que sólo presentan un elemento coincidente, el relativo a las partes contratantes. En segundo término, la conexión tendría el requerido carácter «funcional», siendo la autonomía de la voluntad la que crea este vínculo entre contratos inicialmente autónomos, con el único objeto de satisfacer una finalidad que persiguen ambos contratantes. Y, por último, se trataría de una conexión jurídicamente relevante, en cuanto que entre ambos negocios jurídicos existe un nexo económico evidente que llega a tener relevancia jurídica. Ese nexo económico estaría en la finalidad que informa este negocio jurídico complejo: la pretensión de obtener un beneficio empresarial con la comercialización sucesiva de unas determinadas plazas de alojamiento. Dicho nexo tiene una clara incidencia sobre el contenido del contrato, en la medida en que la posición obligacional de ambas partes contratantes se configura de modo tal que facilite la persecución de este fin. Pero, además, la conexión entre ambos negocios es tan relevante desde un punto de vista jurídico que el incumplimiento reiterado de los contratos de alojamiento por cualquiera de las dos partes, sería causa suficiente para resolver el propio contrato de reserva de plazas en régimen de contingente.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS de 1 de septiembre de 1999 (RA núm. 6931).
- STS de 18 de octubre de 1993 (RA núm. 7616).
- STS de 21 de mayo de 1993 (RA núm. 3721).
- STS de 2 de abril de 1993 (RA núm. 2985).

- STS de 3 de diciembre de 1992 (RA núm. 9999).
- STS de 23 de octubre de 1986 (RA núm. 5951).
- STS de 27 de febrero de 1982 (RA núm. 792).
- SAP de Baleares, de 12 abril de 2005 (RA núm. 119462).
- SAP de Baleares, de 30 junio de 2004 (RA núm. 924).
- SAP de Baleares, de 29 enero de 2004 (RA núm. 81139).
- SAP de Madrid, de 1 de diciembre de 2003 (RA núm. 279).
- SAP de Zaragoza, de 4 octubre de 2003 (RA núm. 251905).
- SAP de Madrid, de 3 abril de 2002 (RA núm. 46412).
- SAP de Zaragoza, de 10 de julio de 2001 (RA núm. 1803).
- SAP de Alicante, de 20 de junio de 2001 (RA núm. 33).
- SAP de Madrid, de 16 enero de 2001 (RA núm. 104363).
- SAP de Las Palmas, de 15 mayo de 2000 (RA núm. 222627).
- SAP de Baleares, de 12 de julio de 1999 (RA núm. 7885).
- SAP de Zaragoza, de 8 de junio de 1999 (RA núm. 1234).
- SAP de Baleares, de 10 de julio de 1997 (RA núm. 1546).
- SAP de Barcelona, de 21 de marzo de 1997.
- SAP de Barcelona, de 20 de abril de 1990.
- SAP de Barcelona, de 15 de enero de 1990.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, Guillermo: «Aproximación al régimen jurídico del contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1998/228, pág. 625 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 5.^a ed., Madrid, 1996.
- GIL CONDE, Sylvia: «Contratación mercantil. Contrato de viaje combinado», en *RCrDI*, 2004, pág. 1522 y sigs.
- JORDANO BAREA, Juan: «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, 1953, pág. 81 y sigs.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana: *Los contratos conexos*, Barcelona, 1994.
- MARTÍNEZ NADAL, Apol-lónia: *El contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente*, Barcelona, 1995.
- PETIT LAVALL, María Victoria: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente», en *Revista General de Derecho*, 1999/658-659, pág. 9445 y sigs.
- RODES, Juan E.: «El contrato de reserva de alojamiento en régimen de contingente en el ordenamiento español», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993/92(4), pág. 1027 y sigs.
- «Compensaciones y sobrecostos repercutibles por alojamiento alternativo ante cumplimiento defectuoso en el contrato de reserva de alojamiento», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998/97(3), pág. 523 y sigs.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Naturaleza jurídica del contrato de reserva de un cupo de plazas de alojamiento», en *Aspectos jurídico-mercantiles del turismo* (Dir.: Auriolés Martín), Barcelona, 2003, pág. 313 y sigs.

RESUMEN

CONTRATOS MERCANTILES

El objetivo de este comentario es determinar, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, los supuestos en los que la agencia de viajes, en los contratos de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente, asume una obligación de resultado y, en consecuencia, «garantiza» la ocupación efectiva de las plazas reservadas. Un aspecto sobre el que se incidirá especialmente es el relativo al fundamento jurídico de esta «garantía», lo que nos llevará inevitablemente a abordar el tema de la naturaleza jurídica del contrato.

ABSTRACT

COMMERCIAL CONTRACTS

The object of this commentary is to determine, in the light of case law on the matter, the cases where a travel agency, in contracts reserving accommodations under a contingent scheme, assumes an obligation to provide a result and consequently «guarantees» actual occupation of the reserved accommodation slots. One point on which special emphasis shall be laid is the legal grounds for this «guarantee», which will lead inevitably to the topic of the legal nature of the contract.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución 25-1-2006. Ordena la publicación del acuerdo de convalidación del RDL 16/2005, de 30 de diciembre, por el que se modifica el régimen transitorio de adaptación de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo y se regula la adaptación de determinados compromisos por pensiones vinculadas a la jubilación.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 3/2006. 29-3-2006. Modificación de la Ley 37/1992, de 28-12-1992, del IVA, para adecuar la aplicación de la regla de prorrata a la Sexta Directiva Europea.

— Ley 4/2006. 29-3-2006. Adaptación del régimen de las entidades navieras en función del tonelaje a las nuevas directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo y de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias.

— Corrección de Errores. Ley 30/2005. 29-12-2005. Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1621/2005. 30-12-2005. Aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18-11-2003, de protección a las familias numerosas.

— Real Decreto 62/2006. 27-1-2006. Modifica el Reglamento General de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997, de 30-5-1997.

— Real Decreto 286/2006. 10-3-2006. Protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido.

— Resolución 17-3-2006. Da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 3-3-2006, sobre implementación de las medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres aprobadas por el Consejo de Ministros el 4-3-2005.

— Corrección de Errores. Real Decreto 286/2006. 10-3-2006. Protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1/2006. 13-1-2006. Modifica el arancel de derechos de los procuradores de los tribunales, aprobado por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre.

— Real Decreto 1608/2005. 30-12-2005. Aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

— Orden 568/2006. 8-2-2006. Modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia.

— Orden 644/2006. 6-3-2006. Aclaración de la Orden 568/2006, de 8-2-2006, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia.

— Instrucción 28-2-2006. DGRN. Competencia de los Registros Civiles Municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales.

— Resolución 9-2-2006. Aprueba con carácter provisional la lista de admitidos y excluidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 28-11-2005.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 391/2006. 10-2-2006. Aprueba el modelo 104, de solicitud de devolución o de borrador de declaración, y el modelo 105, de comunicación de datos adicionales, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2005, que podrán utilizar los contribuyentes no obligados a declarar por dicho impuesto que soliciten la correspondiente devolución, así como los contribuyentes obligados a declarar que soliciten la remisión del borrador de declaración, y se determinan el lugar, plazo y forma de presentación de los mismos, así como las condiciones para su presentación por medios telemáticos o telefónicos.

— Orden 546/2006. 21-2-2006. Aprueba el modelo de autoliquidación y pago de la tasa prevista en el artículo 23 de la Ley 19/1988, de 12-7-2006, de Auditoría de Cuentas.

— Orden 702/2006. 9-3-2006. Aprueban los modelos de declaración del IRPF y del IP, ejercicio 2005, se establecen el procedimiento de remisión del borrador de declaración del IRPF y las condiciones para su confirmación o suscripción, se determinan el lugar, forma y plazos de presentación de los mismos, así como las condiciones generales y el procedimiento para su presentación por medios telemáticos o telefónicos.

— Orden 855/2006. 7-2-2006. Aprueban los modelos de la documentación estadístico-contable anual, trimestral y consolidada a remitir por las entidades aseguradoras.

— Resolución 21-12-2005. Dicta criterios de actuación en materia de suspensión de la ejecución de los actos impugnados mediante recursos y reclamaciones y de relación entre los Tribunales Económico-Administrativos y la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución 8-3-2006. Desarrolla la DA 2.^a de la Resolución 26-12-2005, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sobre organización y atribución de competencias en el área de recaudación.

— Corrección de Errores. Orden 4078/2005. 27-12-2005. Desarrollan determinados artículos del Reglamento General de Recaudación, aprobados por Real Decreto 939/2005, de 29-7-2005.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución 18-1-2006. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto 314/2006. 17-3-2006. Aprueba el Código Técnico de la Edificación.

— Real Decreto 315/2006. 17-3-2006. Crea el Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 200/2006. 17-2-2006. Modifica el Real Decreto 625/1985, de 2-4-1985, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2-8-1984, de protección por desempleo.

— Orden 29/2006. 18-1-2006. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 30/2005, de 29-12-2005, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

— Orden 856/2006. 21-3-2006. Prorroga la aplicación de las bonificaciones de cuotas reguladas en la Orden tas/471/2004, de 26-2-2004, por la que se dictan normas para la aplicación de las bonificaciones de cuotas establecidas por el apartado 2 de la DA 30.^a del TR de la Ley General de la Seguridad Social, respecto de empresas y trabajadores por cuenta propia de las ciudades de Ceuta y Melilla y se modifica dicha Orden.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República de Hungría al Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18-3-1970.

— Declaración de aceptación por España de la adhesión de la República Dominicana al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25-10-1980.

— Acuerdo entre España y Bosnia y Herzegovina sobre supresión recíproca de visados en pasaportes diplomáticos y de servicio, hecho *ad referendum* en Sarajevo el 18-5-2005.

— Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 26-5-1997.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Resolución 16-3-2006. Amplía el ámbito de aplicación de la Resolución 16-6-2005, por la que se establece el procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de diversas tasas correspondientes al Ministerio de Fomento.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Corrección de errores. Real Decreto 288/2006. 10-3-2006. Modifica el Real Decreto 1552/2004, de 25-6-2004, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MEH.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 225/2006. 24-2-2006. Regulan determinados aspectos de las ventas a distancia y la inscripción en el registro de empresas de ventas a distancia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Sentencia 21/2006. 30-1-2006. Recurso de amparo 7385-2002. Promovido por doña Alicia Pérez Muñoz frente a las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo y de un Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción de Talavera de la Reina en pleito por reclamación de cantidad. Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: Emplazamiento mediante cédula entregada a vecino insuficiente.

TRIBUNAL SUPREMO

— Auto 29-11-2005. Declara la suspensión cautelar del artículo 10.7 del Real Decreto 685/2005, de 10-6-2005, sobre publicidad de resoluciones concursales y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19-7-1996, en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales, sólo en el particular relativo a la redacción dada al párrafo 3.º del artículo 323 del Reglamento del Registro Mercantil.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 18/2006. 24-1-2006. Aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.

— Decreto 48/2006. 1-3-2006. Ampliación y adaptación de medidas de apoyo a las familias andaluzas.

— Orden 20-1-2006. Relativa al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto legal en las segundas o posteriores transmisiones de viviendas calificadas como protegidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 11-11-2005, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

— Orden 8-2-2006. Aprueba las bases reguladoras de subvenciones para programas e infraestructuras destinadas al arraigo, la inserción y la promo-

ción social de personas inmigrantes dirigidas a entidades sin ánimo de lucro y Universidades en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias y se efectúa su convocatoria para el año 2006.

— Corrección de Errores. Resolución 12-12-2005, de la DGT y SS, por la que se determinan las fiestas locales en el ámbito territorial de Andalucía para el año 2006.

ARAGÓN

— Orden 31-1-2006. Nombra Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en Resolución del Concurso Ordinario de vacantes de 14-11-2005.

ASTURIAS

— Ley 1/2006. 16-2-2006. Modificación del artículo 13.1.k) de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21-10-2004, del Consejo Consultivo.

— Ley 2/2006. 16-2-2006. Modificación de la Ley del Principado de Asturias 2/2003, de 17-3-2003, de Medios de Comunicación Social.

— Ley 3/2006. 10-3-2006. Modificación de la Ley del Principado de Asturias 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas.

BALEARES

— Ley 1/2006. 3-3-2006. Voluntades anticipadas.

— Ley 2/2006. 10-3-2006. Reforma de la Ley 12/1998, de Patrimonio Histórico de las Illes Balears.

— Instrucción 1/2006. 10-1-2006. Establece los criterios a considerar por la Consejería de Economía, Hacienda e Innovación para la comprobación del valor real de los bienes inmuebles y amarres situados en territorio de las Illes Balears en el ITP y AJD e IS y D.

CANARIAS

— Decreto 27/2006. 7-3-2006. Regula las actuaciones del Plan de Vivienda de Canarias.

— Resolución 6-3-2006. Adapta el modelo 600, de declaración-liquidación del ITP y AJD.

— Corrección de Errores. Orden 29-12-2005. Modifica los modelos 421 de autoliquidación del régimen simplificado del Impuesto General Indirecto Canario y 425 declaración-resumen anual del Impuesto General Indirecto Canario.

CANTABRIA

- Ley 1/2006. 7-3-2006. Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Decreto 12/2006. 9-2-2006. Establece medidas para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda en Cantabria.
- Resolución 10-2-2006. Da publicidad a los límites de la cuantía de la reducción en la base de I.S. y D. establecida por el artículo 2.1 de la Ley de Cantabria 11/2002, de 23-12-2002, de Medidas Fiscales en Materia de Tributos Cedidos por el Estado.
- Corrección de Errores. Decreto 12/2006. 9-2-2006. Establece medidas para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda en Cantabria, publicado en el *BOC*, número 32, de 15-2-2006.

CASTILLA-LA MANCHA

— Orden 2-1-2006. Normas de ejecución de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2006.

CASTILLA Y LEÓN

- Orden 358/2006. 23-2-2006. 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 generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.
- Corrección de Errores. Decreto 99/2005. 22-12-2005. Regula la promoción, adquisición y arrendamiento protegido de la Vivienda Joven en Castilla y León.

CATALUÑA

— Ley 15/2005. 27-12-2005. Reforma parcial de varios preceptos legales en materias de agricultura, ganadería y pesca, de comercio, de salud y de trabajo.

— Ley 16/2005. 27-12-2005. Información geográfica y del Instituto Cartográfico de Cataluña.

— Ley 22/2005. 29-12-2005. Comunicación audiovisual de Cataluña.

— Ley 1/2006. 16-2-2006. Iniciativa legislativa popular.

— Ley 2/2006. 6-3-2006. Plan Estadístico de Cataluña 2006-2009.

EXTREMADURA

— Decreto 17/2006. 7-2-2006. Regulador de las atribuciones de los órganos urbanísticos y de ordenación del territorio, y de la organización y funcionamiento de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio.

— Decreto 33/2006. 21-2-2006. Modificación y adaptación del Plan de Vivienda y Suelo de Extremadura 2004-2007.

GALICIA

— Ley 7/2005. 29-12-2005. Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2006.

— Decreto 18/2006. 26-1-2006. Establece las ayudas públicas en materia de vivienda a cargo de la Comunidad Autónoma de Galicia y se regula la gestión de las previstas en el Real Decreto 801/2005, de 1-7-2005, para el período 2005-2008.

— Decreto 48/2006. 23-2-2006. Regula el Programa de vivienda en alquiler.

— Orden 7-3-2006. Desarrolla el Decreto 146/1997, de 22-5-1997, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita de la Comunidad Autónoma de Galicia.

LA RIOJA

— Orden 10/2005. 25-11-2005. Modifica el Anexo III del Decreto 50/2004, de 16-9-2004, por el que se crea y regula el Registro de solicitantes de Vivienda Protegida en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

MADRID

— Decreto 19/2006. 9-2-2006. Regula el proceso de adjudicación de viviendas del Instituto de la Vivienda de Madrid.

— Orden 2-1-2006. Desarrolla determinados artículos de la Ley 6/2005, 23-12-2005, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2006.

MURCIA

— Ley 8/2005. 14-12-2005. Calidad en la Edificación de la Región de Murcia.

— Decreto 141/2005. 30-12-2005. Regula las actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo en el ámbito de la Región de Murcia para el cuatrienio 2005-2006.

— Orden 6-2-2006. Ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Gobierno sobre nombramientos de Registrador, de fecha 3-2-2006.

NAVARRA

— Ley Foral 15/2005. 5-12-2005. Promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

— Ley Foral 21/2005. 29-12-2005. Evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos.

— Ley Foral 1/2006. 3-3-2006. Cuentas Generales de Navarra de 2004.

— Ley Foral 2/2006. 9-3-2006. Consejo Económico y Social de Navarra.

— Decreto Foral Legislativo 2/2005. 26-12-2005. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral Legislativo 1/2006. 6-2-2006. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 145/2005. 26-12-2005. Modifica el RIS, aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1997.

— Decreto Foral 146/2005. 26-12-2005. Aprueba el Reglamento de Ordenación de los Establecimientos Hoteleros en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 1/2006. 9-1-2006. Modifica el Decreto Foral 124/1987, de 12-6-1987, por el que se regula el Censo de Entidades, y el Decreto Foral 182/1990, de 31-7-1990, por el que se regula el NIF.

— Decreto Foral 4/2006. 9-1-2006. Regula las actuaciones protegibles en materia de vivienda y el fomento de la edificación residencial.

— Decreto Foral 5/2006. 16-1-2006. Modifica el Decreto Foral 142/2004, de 22-3-2004, por el que se regulan las condiciones mínimas de habitabilidad de las viviendas en la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 8/2006. 30-1-2006. Modifica los artículos 20, 40 y 52 del Decreto Foral 178/2001, de 2-7-2001, por el que se aprueba el Reglamen-

to del recurso de reposición y de las impugnaciones económico-administrativas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

— Decreto Foral 9/2006. 6-2-2006. Crea y regula el Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra.

— Orden Foral 410/2005. 30-12-2005. Aprueba los precios medios de venta de vehículos usados, aplicables en la gestión de los impuestos IS y D, ITP y AJD y Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden Foral 36/2006. 8-2-2006. Desarrolla para el año 2006 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Corrección de Errores. Ley Foral 18/2005. 29-12-2005. Presupuestos Generales de Navarra para el ejercicio del año 2006.

PAÍS VASCO

— Norma Foral 9/2005. 27-10-2005. Medidas tributarias de fomento de alquiler de viviendas.

— Norma Foral 10/2005. 28-10-2005. Aprueba determinadas medidas tributarias.

— Norma Foral 12/2005. 26-12-2005. Aprueban los Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Gipuzkoa para el año 2006.

VALENCIA

— Ley 16/2005. 30-12-2005. Urbanística valenciana.

— Decreto 19/2006. 3-2-2006. Nombra Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles para proveer Registros vacantes en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana.

— Decreto 32/2006. 10-3-2006. Modifica el Decreto 162/1990, de 15-10-1990, del Consell de la Generalitat, por el que se aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley 2/1989, de 3-3-1989, de la Generalitat, de Impacto Ambiental.

II. Información de actividades

Aragón

Dentro de los actos programados en el III Salón Inmobiliario de Aragón (9 al 12 de marzo), en el que participó este Decanato, se celebraron las JORNADAS TÉCNICO PROFESIONALES:

*Zaragoza: La estructura de la ciudad del mañana.
Crecimiento urbano y vivienda.
La arquitectura en las fachadas ventiladas.*

Los días 7 al 10 de marzo, organizado por Cruz Roja Española, la CAI y la Facultad de Derecho, se celebró el CURSO: *EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ANTE LOS RETOS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS ACTUALES*.

El día 15 de marzo tuvo lugar la JORNADA: *¿ES POSIBLE ACCEDER A UNA VIVIENDA DIGNA? LAS CLAVES PARA SU ADQUISICIÓN*, organizada por AUSBANC.

Los días 20 y 21 de marzo tuvieron lugar las V JORNADAS SOBRE *POLÍTICAS DEMOGRÁFICAS Y POBLACIÓN*, organizadas por el Gobierno de Aragón.

Los días 20 al 28 de marzo, las ciudades de Teruel y Alcañiz acogieron el I CICLO DE CONFERENCIAS: *MERCADO DE TRABAJO EUROPEO*.

El día 21, el Gobierno de Aragón abrió el AULA DE CONSUMO en la que se abordaron temas como: «La gestión de la protección de los datos personales», «La seguridad en Internet y la firma electrónica» y «El Registro de morosos».

Ponentes: Roberto L. FERRER SERRANO, responsable del Área de Derecho de las Nuevas Tecnologías de Aralegis; Sofía DE SALAS MURILLO, profesora de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, y Francisco CUCALA CAMPILLO, Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

La apertura estuvo presidida por el Director General de Consumo, Ángel Luis MONGE.

El día 22, organizado por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar el SEMINARIO SOBRE *LIBERALISMO E IDENTIDAD*, impartido por don Antonio ELORZA, Catedrático de Ciencia Política de la Universidad Complutense de Madrid.

El día 23 de marzo, organizada por el Ilustre Colegio Notarial de Aragón y la Fundación AEquititas, tuvo lugar la CONFERENCIA: *LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA*, pronunciada por don Juan REIG MARTÍN, Presidente de la Feria de Acción Social de la Empresa de Feria de Valencia y Patrono de la Fundación AEquititas.

Los días 24 al 26 se celebraron las III JORNADAS: *EDUCACIÓN AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN*.

El 27 de marzo, dentro del PROGRAMA EMPRESA que promueve el Instituto Aragonés de Fomento, tuvo lugar la JORNADA: *FACTORES CLAVE DE ÉXITO EN LA DIRECCIÓN FINANCIERA*, con la colaboración de la Asociación Española de Directores de Finanzas de Empresas y del Colegio de Economistas de Aragón.

El 30 de marzo, dentro del I CICLO DE CONFERENCIAS ECONOMÍA, EMPRESA Y DERECHO, tuvo lugar la conferencia: «Problemas actuales del mercado energético en España», impartida por don Vicente López-Ibor Mayor, Ex Consejero de la Comisión Nacional de la Energía.

El día 30 de marzo, Organizada por la Universidad de Zaragoza, promovida por la Fundación Ecología y Desarrollo y financiada por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar la 2.ª JORNADA DE UNIVERSIDADES RESPONSABLES CON LOS OBJETIVOS *LA ACCESIBILIDAD, LA GESTIÓN AMBIENTAL Y LA EDUCACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA*.

El día 18 de abril finalizó el II CURSO DE FORMACIÓN COMPLEMENTARIA DE AGENTE DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, en el que participó en la sesión sobre Práctica Registral doña Pilar PALAZÓN, Decana Autonómica.

Los días 26 al 28 de abril, organizado por el Gobierno de Aragón, tuvo lugar el CURSO: *LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO INMOBILIARIO*, en el que doña Carmen BETEGÓN, Directora del CERA, impartió la clase sobre «El papel del Registro de la Propiedad en la compraventa de la vivienda».

Cantabria

Del 16 al 19 de agosto se celebrará en Santander el *ENCUENTRO LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LOS REGISTROS PÚBLICOS*, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y bajo el patrocinio de Registradores de España.

Director:

Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores.

Secretaria:

M.ª Isabel DE LA IGLESIA MONJE, Coordinadora del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores; Profesora de la Universidad Complutense de Madrid.

Ponencias:

- «El derecho fundamental a la protección de datos y Registros Públicos», por José Luis PINAR MAÑAS, Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

- «La protección de datos y su legislación», por Lorenzo PRATS ALBENTOSA, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Cantabria.
- «Protección de datos y Registros de la Propiedad y Mercantil. La necesidad de una pronta adaptación normativa», por Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Secretario General de la Universidad de Oviedo; Profesor Titular de Derecho Constitucional.
- «Publicidad registral y nuevas tecnologías», por Fernando CABELLO DE LOS COBOS, Registrador Mercantil.
- «Protección de datos y nuevas tecnologías. Cuestiones internacionales», por Javier APARICIO SALÓM, Abogado de Cuatrecasas.

Mesa redonda:

- «Protección de datos y registro», José Luis PINAR MAÑAS y Lorenzo PRATS ALBENTOSA.
Moderador: Juan José PRETEL SERRANO.
- «Los datos de la Propiedad, la propiedad de los datos y las nuevas tecnologías», por Fernando CABELLO DE LOS COBOS, Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Registrador de la Propiedad de Sitges e Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ.
Moderadora: M.^a Isabel DE LA IGLESIA MONJE.

Clausura:

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, Directora General de los Registros y del Notariado.

Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

Castilla y León

Los días 31 de mayo y 1 y 2 de junio se celebró en la Universidad de Salamanca el V ENCUENTRO INTERDISCIPLINAR SOBRE LA *HISTORIA DE LA PROPIEDAD. CRÉDITO Y GARANTÍA*, organizado por la Facultad de Derecho bajo el patrocinio del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de estudios.

Comisión Organizadora:

Salustiano DE DIOS DE DIOS.
Javier INFANTE MIGUEL-MOTTA.
Ricardo ROBLEDO HERNÁNDEZ.
Eugenia TORIJANO PÉREZ.

Ponencias:

- «Las figuras de garantía en los fueros medievales hispánicos», por el Profesor Doctor don Roldán JIMENO ARANGUREN, Universidad Pública de Navarra.
- «Decotti fraudulentos: ¿ladrones famosos?», por la Profesora Doctora doña Emma MONTANOS FERRÍN, Universidad de La Coruña.
- «La usura en los maestros salmantinos», por el Profesor Doctor don Francisco GÓMEZ CAMACHO, Universidad Pontificia de Comillas.
- «Comercio y crédito en las Ferias de Medina del Campo en la primera mitad del siglo XVI», por el Profesor Doctor don Hilario CASADO ALONSO, Universidad de Valladolid.
- «El peso de las hipotecas: enajenaciones del patrimonio regio y endeudamiento municipal en los siglos XVI, XVII y XVIII», por el Profesor Doctor don Alberto MARCOS MARTÍN, Universidad de Valladolid.
- «Los censos entre el Antiguo y el nuevo régimen: el caso valenciano», por el Profesor Doctor don Mariano PESET REIG, Universidad de Valencia.
- «Crisis del ¿Antiguo Régimen y crisis del sistema crediticio?: el fin de los censos», por el Profesor Doctor don Enric TELLO ARAGAY, Universidad de Barcelona.
- «La problemática del crédito agrícola en los orígenes de la legislación hipotecaria española: la experiencia catalana», por el Profesor Doctor don Jaume RIBALTA HARO, Universidad de Lérida.
- «Microcrédito y economías alternativas: los montes de piedad en España», por la Profesora Doctora doña Montserrat CARBONELL ESTELLER, Universidad de Barcelona.
- «Las Cajas Rurales y el crédito agrario cooperativo en España, 1890-1935: modalidades de garantías y formas crediticias», por el Profesor Doctor don Ángel PASCUAL MARTÍNEZ, Universidad de Murcia.
- «Las Cajas de Ahorro en la historia económica de España, de la creación de la CECA (1928) a nuestros días», por el Profesor Doctor don Francisco COMÍN COMÍN, Universidad de Alcalá.
- «Las relaciones entre la banca y la industria en España», por la Profesora Doctora doña M.^a Ángeles PONS BRÍAS, Universidad de Valencia.
- «La Ley Hipotecaria de 1861 y su influencia posterior», por el Profesor Doctor don Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Universidad Autónoma de Madrid.
- «La extensión de la hipoteca a las accesiones y mejora. Una idea de “propiedad”», por el Profesor Doctor don Vicente MONTÉS PENADÉS, Universidad de Valencia y Magistrado del Tribunal Supremo.

- «La función de garantía de la reserva de dominio», por el Profesor Doctor don José M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, Universidad Autónoma de Madrid.
- «Algunos aspectos de la Directiva sobre garantías financieras en relación con el Derecho español de los mercados de valores», por el Profesor Doctor don Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS, Universidad Autónoma de Madrid.
- «Las garantías del crédito tributario en la nueva Ley General Tributaria», por el Profesor Doctor don José M.^a LAGO MONTERO, Universidad de Salamanca.
- «Notas para la revisión del modelo de ejecución judicial de garantías reales inmobiliarias hacia la eurohipoteca», por el Profesor Doctor don Fernando MARTÍN DIZ, Universidad de Salamanca.
- «Establecimientos de los sistemas registrales y las garantías», por don Nicolás NOGUEROLAS PEIRÓ, Registrador de la Propiedad de Barcelona.
- «Garantía inmobiliaria y medios electrónicos», por don Javier DE ANGULO, Registrador de la Propiedad de Estepona.

Cataluña

Los días 12 y 13 de junio de 2006 se celebró en el Aula Magna de la Universitat Autònoma de Barcelona (UAB) el I CONGRESO NACIONAL DE DERECHO MERCANTIL: *VEINTE AÑOS DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA: BALANCE Y PERSPECTIVAS*.

Entidades colaboradoras:

Banco de Sabadell, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Consejo General del Poder Judicial, Fundación Caixagalicia, Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, La Ley, Revista de Derecho Mercantil y Thomson Aranzadi.

Inauguración:

Profesor Doctor Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona.

Ponencias:

I. LIBERTAD DE COMPETENCIA Y MERCADOS COMPETITIVOS

Presidente: Profesor Doctor Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

«La descentralización en la aplicación del Derecho de la competencia», por el Profesor Doctor Ricardo ALONSO SOTO, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

Coloquio: Invitado especial: Señor don Luis BERENGUER FUSTER, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

«La competencia desleal», por el Profesor Doctor Ignacio QUINTANA CARLO. Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Zaragoza.

Coloquio: Invitado especial: Don Luis GARRIDO ESPÁ, Magistrado de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona.

«La publicidad comparativa», por el Profesor Doctor Carlos LEMA DEVE-SA, Catedrático de Derecho Mercantil y de Derecho de la Publicidad en la Universidad Complutense de Madrid.

Coloquio: Invitado especial: Profesor Doctor ANXO TATO PLAZA, Catedrático de Derecho Mercantil en Vigo y Secretario Técnico del Jurado de la Publicidad.

Conclusiones: Profesor Doctor Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Charla coloquio: «La experiencia de un mercantilista en el Tribunal Constitucional», por el Profesor Doctor Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Sevilla y Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

II. PROPIEDAD INDUSTRIAL E INNOVACIÓN EMPRESARIAL

Presidente: Profesor Doctor José Antonio GÓMEZ SEGADE, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Santiago de Compostela.

«La marca comunitaria», por el Doctor Rafael FUENTES DEVESA, Magistrado Juez Mercantil y Titular del Juzgado de Marca Comunitaria, Alicante.

Coloquio: Invitado especial: Doctor Tomás DE LAS HERAS, Presidente de la Sala 2.^a de Recursos de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), Alicante.

«Patentes», por el Profesor Doctor Eduardo GALÁN CORONA, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca.

Coloquio: Invitado especial: Don Miguel HIDALGO LLAMAS, Jefe Área Jurídica-Administrativa del Departamento de Patentes e Información Tecnológica de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

«Diseño industrial», por el Profesor Doctor José Manuel OTERO LAS-TRES, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá de Henares.

Coloquio: Invitado especial: Profesor Doctor Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Profesor Titular de Derecho Mercantil y Magistrado en la Audiencia Provincial de Las Palmas.

Conclusiones: Profesor Doctor José Antonio GÓMEZ SEGADÉ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Santiago de Compostela.

III. SOCIEDADES MERCANTILES

Presidente: Profesor Doctor Ángel ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

«Adaptación de las Directivas Comunitarias en materia de sociedades: logros y retos pendientes», por el Profesor Doctor José Miguel EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Valencia.

Coloquio: Invitado especial: Doctor Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador Mercantil en Barcelona.

«Derecho comunitario, Mercado de valores y Códigos de Buen Gobierno. Intervencionismo vs. Abstencionismo», por el Profesor Doctor José María GARRIDO, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Castilla-La Mancha y ex-Secretario de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Coloquio: Invitado especial: Profesor Doctor Benito ARRUÑADA, Catedrático de Organización de Empresas, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

«Retribución de los administradores», por el Profesor Doctor Cándido PAZ-ARES, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

Coloquio: Invitado especial: Don Tomás GIMÉNEZ DUART, Notario de Barcelona.

«Responsabilidad de administradores. ¿Uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?», por el Profesor Doctor Eduardo POLO SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Barcelona.

Coloquio: Invitado especial: Doctor Ignacio SANCHO GARGALLO, Presidente de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Conclusiones: Profesor Doctor Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid.

IV. CONTRATOS MERCANTILES Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Presidente: Profesor Doctor Manuel OLIVENCIA RUIZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Sevilla.

«Logros y perspectivas de la unificación europea sobre los principios de la contratación mercantil», por el Profesor Doctor Rafael ILLESCAS ORTIZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid.

Coloquio: Invitado especial: Profesor Doctor Javier PAGADOR LÓPEZ, Profesor Titular de Derecho Mercantil y Miembro de la Junta Arbitral de Consumo de Córdoba.

«Los intereses moratorios en el pago de las deudas mercantiles», por el Profesor Doctor Antonio PÉREZ DE LA CRUZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Alcalá de Henares.

Coloquio: Invitado especial: Profesor Doctor Jorge Luis TOMILLO URBINA, Catedrático de Derecho Mercantil y Presidente de la Junta Arbitral de Consumo de Cantabria.

«Contratos de distribución», por el Profesor Doctor Fernando MARTÍNEZ SANZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Jaume I, Castellón de la Plana.

Coloquio: Invitado especial: Profesora Doctora Elena BONET SERRA, Profesora Titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Girona y Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Barcelona.

Conclusiones: Profesor Doctor Manuel OLIVENCIA RUIZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad de Sevilla.

Clausura del Congreso: Profesor Doctor Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Barcelona.

Madrid

La FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO fue constituida con fecha 11 de enero del presente año. Se trata de una organización constituida sin ánimo de lucro, cuyos fines se centran en facilitar la aproximación personal de los juristas europeos; poner en común las inquietudes y las ideas de las diversas doctrinas jurídicas nacionales, y contribuir a la construcción de una Europa unida desde el campo del Derecho. En estos pocos meses de andadura se han organizado ya dos seminarios.

Los pasados días 23 y 24 de mayo se celebró el PRIMER SEMINARIO *GARANTISMO Y DERECHO*, organizado por la reciente constituida Fundación Coloquio Jurídico Europeo. El seminario giró en torno a la obra de Luigi FERRAJOLI, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Roma.

Ponencias:

«Las garantías de los derechos fundamentales».

Ponente: Profesor FERRAJOLI.

Contraponente: Manuel ATIENZA, Catedrático de Filosofía del Derecho de Alicante.

«Garantismo y teoría del Derecho».

Ponente: Profesor FERRAJOLI.

Contraponente: José Juan MORESO, Rector de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Tras la finalización de ambos seminarios siguió un coloquio entre los ponentes y asistentes, entre los que figuraban Magistrados del Tribunal Supremo, Catedráticos de distintas ramas del Derecho, Altos cargos, Diputados y numerosos Profesores y Registradores de la Propiedad.

Durante el seminario se tuvo ocasión de exponer y debatir algunas de las ideas más características de FERRAJOLI, ideas que tratan de captar los cambios experimentados por el Derecho en el tiempo del constitucionalismo. Así la distinción entre los derechos y sus garantías, que permite dar cuenta de la constitucionalización de los unos con independencia del desarrollo legislativo de las otras o la distinción entre validez y vigencia de las normas jurídicas, estando reservada la primera para la concordancia no sólo formal sino también sustancial de las normas legales, con la Constitución en tanto que la segunda designaría la constitucionalidad meramente formal de las leyes, compatible con su invalidez por razones sustanciales.

El pasado 14 de junio se celebró el SEGUNDO SEMINARIO: *LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA ÉPOCA DEL CONSTITUCIONALISMO*, en la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad de Madrid, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. En esta ocasión, el seminario versó sobre la debatida cuestión de la argumentación jurídica en la época del constitucionalismo.

Ponencias:

«El derecho como argumentación».

Ponente: Manuel ATIENZA, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. En ella esbozó las líneas generales de su obra (Ariel,

Barcelona, 2006). En concreto, destacó los pasos fundamentales a seguir para desarrollar una buena argumentación en las tres vertientes que la componen: formal, material y pragmática. Destacó, igualmente, la importancia de la vertiente material de la argumentación jurídica, tradicionalmente relegada a un segundo plano por la llamada lógica formal.

«La argumentación y la transformación del Derecho».

Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS, Magistrado y Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En la misma su autor destacó la virtualidad de la argumentación jurídica para enfrentarse y responder a los grandes retos que hoy se le presentan al Derecho moderno: el paradigma constitucional, la lógica en red, el rol de la jurisprudencia, o la llamada globalización jurídica, entre otros.

«Constitución y argumentación».

Ponente: Luis PRIETO, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha. El autor comenzó exponiendo los diferentes sentidos en los que se utiliza hoy el término constitucionalismo. El objetivo de este ejercicio analítico no fue otro que el de rechazar algunas de estas acepciones. En concreto, la que identifica el constitucionalismo con la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, así como aquella otra que sostiene la necesidad de aceptar acríticamente los valores morales de los textos constitucionales. Frente a estas acepciones, Luis PRIETO presentó un constitucionalismo entendido como la ideología o filosofía política, propia de los actuales Estados constitucionales, caracterizados por una rematerialización de sus textos —gracias a la presencia de derechos, valores y principios en sus disposiciones— y por la garantía judicial de la constitución.

Contraponente: Juan Antonio GARCÍA AMADO, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León. En su intervención ofreció un completo panorama de las críticas que hoy se plantean a este modelo conocido como constitucionalismo. Finalizó su exposición señalando algunas de las consecuencias —a su juicio, negativas— a las que conduce asumir esta filosofía neoconstitucionalista. Entre ellas cabe destacar la desaparición de la llamada moral crítica, la concepción de la constitución como un texto jurídico incompleto que debe ser rellenado por los jueces constitucionales, la consiguiente disminución del valor y la importancia de la ley y, en definitiva, la exclusión de la sociedad del ámbito de las decisiones constitucionales.

El interés de la temática analizada, así como la calidad de las ponencias, tuvo como extraordinario complemento el debate que se generó tras las dos sesiones. Los debates se caracterizaron, además de por la riqueza de las distintas intervenciones, por la interdisciplinariedad de las mismas. Entre el público asistente se encontraban profesores de Universidad de diferentes áreas

de conocimiento, Jueces y Magistrados, y Registradores de la Propiedad. Ello enriqueció enormemente las sesiones, hasta el punto de que pudo alcanzarse uno de los objetivos que pretende la Fundación Coloquio Jurídico Europeo mediante la realización de estos seminarios: lograr el tan deseado punto de encuentro entre juristas teóricos y prácticos de diferente dedicación profesional y académica.

Seminarios previstos:

Los días 16 y 17 de noviembre el seminario versará sobre «Federalismo». El primer día el ponente será Herrn Profesor Doctor Dieter GRIMM. Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin, y Francis DELPÉRÉE, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain. La ponencia del segundo día está por determinar.

El seminario de enero de 2007 tratará sobre «Carácter vinculante de la Jurisprudencia», siendo los ponentes don Víctor FERRERAS y don Juan Antonio XIOL.

En mayo de 2007 el seminario será los días 10 y 11. El ponente será Michelle TARUFFO, Procesalista. Comparatista.

En junio de 2007 el tema será: «Predecibilidad y certidumbre en las relaciones jurídicas», y el ponente será don Francisco LAPORTA.

Los días 1 a 3 de junio se celebró el CONGRESO INTERNACIONAL: *LA TRANSMISIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES EN EL DERECHO EUROPEO*, en la sede del Colegio de Registradores de España.

Comité científico:

Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA.
Antonio PAU PEDRÓN.
Fernando DE LA PUENTE ALFARO.
Javier ORDUÑA MORENO.
Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO.
Sergio CÁMARA LAPUENTE.

Inauguración:

A cargo de la Directora General de los Registros y del Notariado, Ilma. Señora doña Pilar BLANCO-MORALES, y del Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España, Ilmo. Señor don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA.

Ponencias:

— «La transmisión de la propiedad de los inmuebles en el Derecho francés. Unas notas comparatistas en relación con el régimen vigente en algunas provincias francesas», por P. THERY.

- «La nueva Land Registration Act inglesa», por E. COOK.
- «El sistema alemán de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles. Cuestiones básicas y notas de Derecho comparado», por U. DROBNIG.
- «La transmisión de la propiedad en los países escandinavos. Dos modelos: los sistemas danés y noruego, los sistemas sueco y finlandés», por U. JENSEN.
- «La transmisión de la propiedad de los inmuebles en el Derecho europeo, ¿una posible armonización? Los objetivos del *Common Core*», por U. MATTEL.

Mesa redonda: Participación de Registradores europeos.

- «Implicaciones registrales de los sistemas de transmisión de la propiedad». Coordinadores: Fernando DE LA PUENTE y Antonio PAU PEDRÓN.

Clausura del Congreso: Conclusiones. Entrega de Diplomas.

Sesión de trabajo de los integrantes del Grupo de Trento sobre la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho europeo.

CARTAGENA DE INDIAS

Los días 24 a 28 de abril se celebró el IV ENCUENTRO IBEROAMERICANO SOBRE *EL REGISTRO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS COMO INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO*, organizado por Registradores de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional.

MANIFIESTO

«El volumen de crédito en movimiento genera y refleja la riqueza de los Estados»

La capacidad para generar y favorecer el movimiento crediticio es un indicador fiable de la riqueza de las naciones. Un alto índice de crédito vivo revela la existencia de un nivel equivalente de inversiones y de gasto, de generación de riqueza y movimiento económico en suma.

Un nivel elevado de inversión no se genera espontáneamente sino que, por el contrario, precisa de condiciones financieras y jurídicas precisas que permitan su desarrollo.

La generación de movimiento crediticio que nutra de liquidez al mercado, obtenga de éste los rendimientos suficientes y permita la elevación del nivel de renta de los ciudadanos es un objetivo de todo gobierno responsable.

Es el sector privado el que lleva a cabo las inversiones precisas que dotan a un mercado del suficiente movimiento y contribuyen a la generación de riqueza. Sin embargo no existirá inversión si el marco jurídico económico no es el propicio. El capital privado, en búsqueda de la máxima eficacia, buscará mercados alternativos cuando uno determinado no le proporcione la seguridad jurídica suficiente para el desarrollo de su actividad.

Desde el punto de vista de los ciudadanos, la falta de un marco jurídico económico adecuado impide su acceso a un mercado suficientemente abierto de capitales y le condena a la ilegalidad, lo que se traduce en condiciones más severas y en tipos de interés fuertemente gravados por la incertidumbre que de todo ello deriva.

Estas apreciaciones son especialmente certeras en aquellos países lastrados con la carga de situaciones de pobreza entre su población.

La ONU ha declarado como uno de los objetivos del milenio la erradicación de la pobreza (Objetivos de Desarrollo del Milenio. Cumbre del Milenio. Septiembre de 2000. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD).

La comunidad internacional considera que los microcréditos son un instrumento esencial para que las personas pobres aumenten sus ingresos, inviertan en bienes y tengan mayor capacidad para reducir su vulnerabilidad ante situaciones de desastre.

Para que se produzca tan saludable efecto es indispensable que el microcrédito se integre en el sistema financiero del país, lo que implica que las autoridades deben potenciar el desarrollo y sostenimiento de entidades financieras saludables (Key principles of microfinances. CGAP —Consultancy Group to Assist the Poor—. Declaración avalada por el G8 en su cumbre de Sea Island en 2004).

Pero, como pone de relieve el PNUD, el alivio de la pobreza es inseparable del desarrollo y éste no se puede lograr sólo dotando al sistema de entidades financieras eficaces; el desarrollo es imposible sin la ampliación de los derechos económicos de los más desfavorecidos. Para que los derechos de los ciudadanos estén debidamente resguardados es imprescindible la existencia de un sistema judicial eficaz, independiente y transparente que permita el acceso efectivo a la justicia.

En el ámbito del PNUD, el Primer Foro Americano de Acceso a la Justicia manifestó, como encabezamiento de sus conclusiones, que el acceso a la Justicia es un derecho humano de tercera generación.

El acceso a la Justicia no implica solamente la oportunidad de dirigirse a los Tribunales en plano de igualdad, sino también la consecución del amparo del ordenamiento jurídico para la protección de los derechos de los particulares.

«Los sistemas de registro, garantes de los derechos individuales y favorecedores del tráfico jurídico y económico».

La lucha contra la pobreza exige sistemas jurídicos eficaces que aporten el máximo de garantías al capital prestado, aumentando las expectativas de recuperación de la inversión y favoreciendo un bajo nivel de tipos de interés en un ambiente de seguridad jurídica.

El desenvolvimiento del crédito se ha desarrollado históricamente en el ámbito de los bienes inmuebles por sus especiales características: su alto valor en cambio, la relativa facilidad para su identificación e individualización, su reipersecutoriedad, su vinculación con títulos de propiedad... No es de extrañar que la garantía inmobiliaria haya sido el soporte del mercado crediticio durante los últimos ciento cincuenta años. Como consecuencia, la ciencia jurídica se ha dotado de potentísimos instrumentos para asegurar la eficiencia del sistema y ha creado lo que, hasta este momento, es el modelo más avanzado de aseguramiento del crédito territorial: el Registro de la Propiedad Inmobiliaria.

Por el contrario, los bienes muebles han sido considerados tradicionalmente como poco aptos para la prestación de garantías, por lo que éstas han tenido un carácter residual: su escaso valor de cambio (*res mobilis, res vilis*, según el aforismo), la dificultad de probar el título de propiedad, su dificultad para ser identificado e individualizado, los problemas derivados de su movilidad, especialmente críticos cuando de ejecutar la garantía se trata...

Esta percepción sin embargo ya no responde a la realidad, y no sólo porque existen en la actualidad bienes muebles de gran valor de cambio y por tanto óptimos para ser considerados como garantía, sino esencialmente porque, a diferencia de los bienes inmuebles, están al alcance de toda la población y pueden servir de soporte a inversiones modestas pero igualmente generadoras de riqueza y bienestar.

Así considerados los bienes muebles son idóneos para servir de soporte a operaciones de crédito de escasa cuantía y plazos cortos, especialmente en los países en desarrollo o con bolsas apreciables de pobreza.

Para que esto sea posible es preciso generar los medios jurídicos que permitan el desenvolvimiento del crédito en un ambiente de seguridad: por un lado, los acreedores gozan de una razonable expectativa de recuperación de su inversión; por otro, los prestatarios pueden disfrutar de tipos de interés reducidos huyendo de situaciones de alegalidad o clandestinidad, integrándose plenamente en el sistema legal de su país (Principios y prácticas para la regulación y supervisión de las microfinanzas. Banco Interamericano de Desarrollo, 2003).

Es más, las especiales características de los bienes muebles los hace especialmente adecuados, no sólo para servir de soporte a operaciones de

préstamo, sino para servir de base a una «amplia gama de servicios financieros que sean convenientes, flexibles y de costes razonables» (CGAP. Key Principles of Microfinances).

La clave es que los bienes son los más adecuados para ser financiados con el mismo bien que es objeto de la financiación; o lo que es lo mismo, no se precisa de un capital previo para acceder a la financiación y, finalmente, a la propiedad.

Un sistema de protección y estímulo del crédito mobiliario debe proporcionar los siguientes resultados (UN.ECE. Land Administration Guidelines, 1996; ver también, Social and Economic Benefits of Good Land Administration, 1998):

- Debe proporcionar seguridad jurídica sobre el derecho de propiedad que recae en el bien mueble, así como sobre los derechos de terceros en el mismo bien.
- Debe proporcionar certidumbre a los acreedores sobre los derechos del garante sobre el bien concreto, así como sobre las eventuales cargas que pesen sobre él. Del mismo modo el titular del bien mueble debe disfrutar de certeza de que su titularidad no puede ser alterada sin su consentimiento salvo por resolución judicial en un procedimiento en el que haya tenido la oportunidad de defender su postura.
- A tales efectos el sistema debe proporcionar publicidad de fácil acceso a cualquier persona con un interés legítimo de forma que pueda conocerse permanentemente el estatus jurídico del bien mueble.
- El sistema debe ser flexible, seguro y accesible económicamente.

Conseguir estos objetivos requiere un sistema legal potente, jurídicamente avanzado y bien definido cuyas características esenciales son las siguientes:

- El sistema legal debe contener una definición inequívoca de los derechos.
- El sistema legal debe eliminar el proceso de investigación de la cadena de títulos.
- El sistema debe proporcionar los mecanismos procesales necesarios para la realización de la garantía sin merma de los derechos individuales de su titular.

La construcción de un sistema semejante es responsabilidad del Estado, que debe poner los medios necesarios para su construcción y mantenimiento (CGAP. Key Principles of Microfinance. Ver también: Building Inclusive Financial Systems, 2004). Una vez en marcha, el sistema debe autofinanciarse.

El Registro de Bienes Muebles es un instrumento jurídico potentísimo para la consecución de estas metas y objetivos.

«El Registro de la Propiedad Mueble define jurídicamente los derechos reales y de la propiedad mobiliaria en particular»

Al igual que el Registro de la Propiedad Inmueble en su ámbito, el Registro de Bienes Muebles es el soporte jurídico idóneo para la construcción y mantenimiento de un sistema legal flexible, accesible y económico que sirva de soporte a un mercado de capitales, reduciendo los costes de transacción en un ambiente de certeza y seguridad.

Al igual que el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro de Bienes Muebles debe basarse en principios jurídicos sólidos aunque debidamente adaptados a sus peculiaridades:

- El Registro de Bienes Muebles debe estar basado en el folio real, abriendo uno particular a cada bien mueble que acceda al archivo de forma que se refleje en él, el historial jurídico de dicho bien en concreto. El folio debe contener una descripción precisa del bien mueble que permita su identificación e individualización sin perjuicio de que debe permitirse la consideración de un grupo de bienes fungibles como objeto a los efectos de garantía. Entre los bienes muebles deben comprenderse los animales, así como bienes inmateriales. La especial flexibilidad del Registro de Bienes Muebles permite que accedan a sus libros no sólo los derechos reales recayentes sobre bienes muebles sino también cualquier limitación que les afecte y que derive de contratos de financiación (Principio de especialidad).
- Una vez inscrito un bien en el Registro de Bienes Muebles, se presume que el bien existe y pertenece a su titular en la forma que publica el Registro. Como consecuencia, nadie puede pretender impugnar la titularidad que publica el Registro sin demandar al titular registral (legitimación pasiva). El titular registral puede emprender acciones contra quien perturbe su titularidad sin más requisito que probar la existencia de la inscripción a su favor (legitimación activa). (Principio de legitimación).
- Como consecuencia de lo anterior no puede inscribirse en el Registro ningún título relativo al dominio u otro derecho real que no haya sido otorgado por el titular (Principio de Tracto Sucesivo).
- Cualquier adquirente a título oneroso de un derecho inscrito en el Registro de Bienes Muebles que haya confiado en lo que el mismo publica será mantenido en su adquisición. Frente a él no podrán oponerse derechos no inscritos (Principio de Fe Pública).
- Los derechos acceden al Registro de Bienes Muebles por el orden en que han sido presentados el cual determinará, en su caso, el orden de satisfacción de los intereses de los acreedores (Principio de Prioridad).

- El Registro de Bienes Muebles debe estar a cargo de un funcionario independiente y jurídicamente cualificado a quien corresponde la calificación de los documentos que a él accedan con pleno sometimiento a la Ley (Principio de legalidad).

La publicidad registral dota de seguridad a las relaciones jurídicas, pues la misma implica una presunción de veracidad, proporcionando la verdad oficial. Su finalidad primordial es dar seguridad al que adquiere algún derecho sobre bienes muebles. El adquirente tiene la certeza de que lo publicado por el Registro es la verdad oficial y como titular queda plenamente protegido por ella.

La inscripción en el Registro tiene importantes efectos jurídicos (legitimación, prioridad, tracto sucesivo, oponibilidad, fe pública registral) derivados de la aplicación correcta por parte del Registrador a través de la calificación registral de los principios hipotecarios.

Por tanto:

La garantía queda delimitada jurídicamente facilitando el crédito mobiliario.

Los importantes efectos de la inscripción, anteriormente recogidos, posibilitan que el Derecho conferido por una garantía mobiliaria respecto de bienes en garantía sea oponible frente a terceros sólo cuando se ha cumplido con el requisito de su acceso al Registro.

La prioridad evita los conflictos judiciales entre títulos contradictorios.

La prelación de la garantía determinada por el momento de presentación del título respectivo en el Registro, confiriendo sobre el acreedor garantizado el Derecho de persecución (reipersecutoriedad) respecto de bienes en garantía, con el propósito de ejercitar los Derechos de la garantía.

El financiador tiene garantías suficientes para ejecutar la deuda.

El acreedor garantizado que pretenda dar comienzo a una ejecución, en caso de incumplimiento del deudor garante, tiene a su favor no sólo los efectos de la inscripción anteriormente indicados sino que podrá inscribir mediante el correspondiente formulario registral la inscripción de la ejecución en el Registro dándose publicidad de esta situación a posibles terceros adquirentes.

De esta manera se contribuye de manera decisiva a evitar los conflictos judiciales y las indignidades personales que se dan en aquellos casos en los que la financiación no este rodeada de las mínimas garantías legales. Las familias en situación de marginalidad pueden acceder con mayor facilidad a la titularidad y publicidad de los bienes muebles, evitando que dicho usuario tenga que acudir a otros mecanismos en los que no existe seguridad jurídica,

pues el bien mueble o no está bien determinado o los intereses son abusivos por existir el riesgo de pérdida del capital prestado, desnaturalizándose la figura de la financiación (CGAP. Guiding Principles on Regulation and Supervisión of Microfinance, 2003).

«El Registro de la Propiedad Mueble admite sistemas modernos de gestión para la organización de los derechos»

La organización del Registro de Bienes Muebles debe inspirarse en los sistemas más modernos de gestión empresarial, para lo que es preciso:

El Registro de Bienes Muebles debe contar con oficinas modernas al acceso de toda la población y, en su caso, con información centralizada que permita conocer desde cualquier punto del país, el historial jurídico de un bien.

Las Oficinas del Registro de Bienes Muebles deben ser autosuficientes como garantía de la independencia e imparcialidad en la calificación y sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados al poner en marcha el sistema. Los gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de estas oficinas, conforme al principio de autofinanciación, son de cargo del Registrador, el cual responde del perfecto funcionamiento de la oficina en que ejerce su función.

Las Oficinas deben de estar dotadas del capital humano necesario al que debe proporcionarse la formación jurídica y tecnológica adecuada. La flexibilidad del sistema exige que el personal que atiende el Registro de Bienes Muebles sea capaz de adaptarse a las modificaciones legales y a las innovaciones tecnológicas para lo que es preciso mantener un sistema de reeducación permanente.

El Registro de Bienes Muebles es especialmente apto para ser llevado íntegramente de forma electrónica digital. El folio real electrónico es una herramienta potentísima al servicio del Estado, de las compañías de financiación y de los propios usuarios. Una llevanza electrónica digital del Registro permite la estandarización de los procesos de datos, así como del procedimiento de registro, con lo que se consigue el acortamiento de los plazos y el abaratamiento del sistema; se evitan innecesarias duplicaciones de la documentación y se favorece la realización y conservación de archivos de seguridad; se facilita enormemente la gestión de la publicidad del contenido del Registro y su acceso remoto por terceros; se favorece el tratamiento de datos, la elaboración de estadísticas y el control de calidad de todo el proceso.

«Beneficios de una adecuada llevanza del Registro de Bienes Muebles»

El Registro de Bienes Muebles es una potente herramienta jurídica que conlleva una serie de ventajas para el Estado, las Instituciones Financieras y el usuario. Podemos resumirlas de la siguiente manera:

- Simplificación y aceleración de trámites y eliminación de tortuosas esperas para el ciudadano.
- Modernización de los criterios de gestión y supresión, en su caso, del soporte papel.
- Disminución de los costes transaccionales y disminución de los tipos de interés al eliminarse incertidumbres.
- Rapidez de acceso a una información actualizada, ordenada y veraz sobre los bienes muebles a través, en su caso, de Internet.
- Facilita a la Administración el control de la ordenación de los bienes muebles ofrecidos en garantía, dotándole de medios de conocimiento del estado del mercado crediticio.
- Aporta seguridad jurídica a las entidades de financiación facilitándoles la obtención de información y la realización de los trámites precisos para la inscripción y protección de sus derechos.

CONCLUSIONES

El Registro de Garantía Mobiliarias se configura como un elemento clave para el desarrollo económico en el bien entendido de que cualquier iniciativa legislativa no producirá los resultados esperados si no va acompañada de una decidida acción de gobierno.

La seguridad jurídica que aporta el Registro de Bienes Muebles complementa la que proporciona el Registro de la Propiedad en el ámbito inmobiliario y contribuye decisivamente a expandir la legalidad en el mercado de capitales con los beneficios inherentes que ello comporta.

El Registro de Bienes Muebles aporta certidumbre y, por tanto, ausencia de riesgo al Mercado Financiero, con lo que estimula la inversión del capital que discurre por el camino de la formalidad y de la seguridad jurídica beneficiando a toda la comunidad, especialmente a los que desean desarrollar proyectos empresariales aunque sean de carácter modesto en el ámbito de la micro financiación.

La flexibilidad del Registro de Bienes Muebles aumenta el número de bienes, actos y contratos que pueden ser utilizados por el mercado financiero coadyuvando a su evolución al permitir incorporar fórmulas de financiación modernas; específicamente para formas de financiación garantizadas con el

propio bien adquirido permitiendo el acceso al capital a las clases más desfavorecidas.

La inscripción en el Registro de Bienes Muebles despliega los efectos jurídicos de legitimación, oponibilidad, prioridad y fe pública registral. Como Registro de Derechos es el que protege de forma más efectiva el tráfico jurídico y la expansión del mercado de capitales.

El procedimiento registral del Registro de Bienes Muebles se caracteriza por ser rápido, ágil, barato y sencillo, permitiendo el acceso de documentación sencilla sin merma alguna de la seguridad jurídica garantizada por la calificación registral que permite el desenvolvimiento de los efectos protectores de los principios registrales.

Como registro jurídico, el Registro de Bienes Muebles se lleva a través del sistema de folio real, recogiendo todo el historial jurídico del bien desde el momento que ha sido inmatriculado aumentando la certeza y la publicidad de su estado jurídico.

El Registro de Bienes Muebles asegura el rango de preferencias, evitando el conflicto entre los acreedores, y permite un procedimiento ágil de realización del bien en caso de impago.

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

CUMELLA GAMINDE, Antonio, y TORMO SANTONJA, Mercedes (Direc.). Colegio de Registradores (Coord.): *Comentarios de Derecho Patrimonial catalán*, Barcelona, Bosch, 2005, 1045 págs.

por

ANA GIMÉNEZ COSTA
Área de Derecho Civil
Universidad Rovira i Virgili

El importante desarrollo que el Derecho Civil catalán ha experimentado en los últimos años es, especialmente, considerable en el ámbito del Derecho Patrimonial, en el cual se han promulgado un importante número de leyes en uso de la competencia resultante del artículo 149.1.8 de la Constitución y del artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Algunas de estas leyes han tenido como objeto actualizar la regulación, ya existente, de derechos tales como el usufructo o la servidumbre, entre otros; mientras que otras leyes se han ocupado de regular, por primera vez, figuras jurídicas tales como el contrato de cesión de finca a cambio de construcción futura, o los derechos de adquisición preferente.

La relevancia de estas leyes para la sociedad actual es evidente, puesto que inciden de manera directa en la vida y las actividades diarias de las personas, especialmente en su economía, y se convierten en un instrumento vivo y eficaz al servicio de los ciudadanos, tal como pone de manifiesto en el prólogo de la obra el Ilustre Josep Maria VALLÈS, Conseller de Justícia de la Generalitat de Catalunya.

Además, el conjunto de todas estas leyes tiene un significado que trasciende su mera promulgación individual, ya que son el germen del futuro Libro V del Código Civil de Cataluña, cuya Primera Ley ha supuesto un punto de partida, que no tiene vuelta atrás, en el camino hacia la configuración del Derecho Civil catalán como un derecho con identidad propia y visión de futuro.

Se trata de una obra de referencia que recoge un exhaustivo análisis de las últimas leyes dictadas por el Parlamento de Cataluña en el ámbito del Derecho Patrimonial. Elaborada por un conjunto de prestigiosos Registradores y profesores universitarios, los cuales han trabajado de forma coordinada, lo que ha dado como resultado un estudio de la materia tanto desde una perspectiva teórica como práctica. El estudio de cada una de las instituciones se realiza de forma conjunta por un registrador y un profesor universitario.

El estudio de cada una de las leyes se estructura por artículos, lo que ayuda a su manejo y facilita su consulta. Además, cada uno de los apartados en los que se divide la obra, dedicados al estudio pormenorizado de una de las

leyes, finaliza con un breve análisis del tratamiento fiscal que recibe cada una de las figuras reguladas a cargo de Albert CAPELL MARTÍNEZ, Jorge NAVARRO FLORES y José Luis SARRATE I ABADAL.

Las leyes analizadas en esta obra son concretamente:

- La Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas. Antonio CAMELLA GAMINDE, M.^a Esperanza GINEBRA MOLINS y Antoni MIRAMBELL I ABANCO. Regula el censal y el violari con la intención de acomodar ambas figuras a la realidad social actual.

El censal, ya configurado en la Compilación, como derecho de crédito de duración indefinida y redimible, incorpora a su régimen jurídico dos novedades con esta ley: la posibilidad de constituir por un acto no oneroso y su posible redención parcial siempre que haya aceptación del censalista.

El violari, también llamado en esta ley pensión vitalicia, supone la obligación de pagar una pensión periódica durante un tiempo que queda determinado por la duración de la vida de una o más personas. Dada la escasa regulación de esta figura en la Compilación, puede considerarse que los preceptos que le dedica la presente ley introducen siempre novedades, que versan sobre su naturaleza, clases, efectos, garantías, medios de pago, consecuencias del incumplimiento y causas de extinción.

- La Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación. Santiago ESPIU ESPIAU, M.^a Eugenia HERRERO OLIVER, Fernando DE LA PUENTE ALFARO y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ.

En cuanto al derecho de usufructo se ha optado por regular sólo las especificidades que ha tenido y deberá tener en el futuro Derecho catalán esta figura, remitiendo en todo lo demás a la supletoriedad del Código Civil que, dada su raíz romana, es perfectamente compatible con los principios propios de Derecho catalán.

De la regulación recogida en la ley cabe destacar el reconocimiento de la alienabilidad del Derecho, si bien el nudo propietario tiene la posibilidad, por un lado, de evitarlo y, por otro, de ejercer el derecho de adquisición preferente para recuperarlo. Esta última opción puede utilizarse también si la disposición es a título gratuito.

Llama la atención la regulación que se hace del usufructo con facultad de disposición, incluso con consentimiento ajeno, y del derivado de dinero y participaciones en fondos de inversión de capitalización, regulación efectuada para adecuarse a una situación cada vez más frecuente, y cuya peculiaridad es que el usufructuario puede esperar a la extinción del fondo o usufructo o pedir el rendimiento presunto de la participación en el fondo de inversión.

Por último, se regulan los derechos de uso y habitación de forma independiente, si bien rige supletoriamente la regulación del usufructo. Se configuran como derechos inalienables y, por lo general, vitalicios, cuya constitución puede ser tanto por vía de reserva como por reducción del derecho de usufructo. Mientras el alcance del derecho de uso se mide en función de las necesidades de su titular y de las personas que viven con él, el derecho de habitación se configura como la utilización parcial de una vivienda.

- La Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.

Ferrán BADOSA COLL, Esteve BOSCH CAPDEVILA, Albert CAPELL MARTÍNEZ, Antonio CAMELLA GAMINDE, Antonio GINER GARGALLO, Joaquín LARRONDO LIZÁRRAGA, Jorge NAVARRO FLORES y Pedro DEL POZO CARRASCOSA.

Se divide en tres capítulos dedicados, respectivamente, a cada uno de los derechos que se regulan.

El capítulo I regula el derecho de superficie, desde una perspectiva civil, como derecho real limitado sobre finca ajena, caracterizado por convertir partes integrantes de la misma en objetos de derecho independientes. Se establece un particularizado régimen jurídico real, legal y voluntario, prestando, en este último caso, especial atención a la modificabilidad del título constitutivo por los ulteriores titulares del derecho o de la finca base. La presente ley pretende dotar al derecho de superficie de máxima extensión y convertirlo, así, en un factor importante en la formación del mercado inmobiliario y, también, en la multiplicación de los aprovechamientos agrarios y forestales, superando antiguas figuras jurídicas controvertidas.

El capítulo II se dedica a la regulación del derecho real de servidumbre, derogando la Ley 13/1990. Se conceptúa como derecho real limitado que grava parcialmente una finca en beneficio de otra, excluyéndose, por tanto, los aprovechamientos otorgados a favor de una persona física. La servidumbre sólo puede constituirse por título, otorgado voluntaria o forzosamente, pero no por usucapión, y pueden hacerlo tanto los propietarios de ambas fincas como los titulares de derechos reales posesorios sobre las mismas. La ley admite claramente la servidumbre sobre finca propia, figura que la antigua ley sólo apuntaba. El capítulo se cierra con tres secciones más, que se dedican, respectivamente, a las servidumbres forzosas, la extinción y la protección del derecho de servidumbre a través de la acción confesoria.

El capítulo III regula dos derechos de adquisición diferentes, la opción, real o personal y el tanteo, mientras que el derecho de retracto se configura como manifestación real del derecho de tanteo; ambos de constitución voluntaria. Por tanto, cualquier derecho de adquisición puede tener dos naturalezas: real, si ésta es la voluntad negocial y se constituye con los requisitos establecidos, o personal, que, a su vez, puede ser inscrita y, en consecuencia, oponible. La naturaleza del derecho determinará, también, su eficacia adquisitiva. La presente ley regula, además, prolijamente, los modos y requisitos de constitución, así como la duración, ejercicio y causas de extinción.

- La Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura. María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA y Jesús SANTOS Y RUIZ DE EGUILAZ.

Regula una figura que permite indudables ventajas, tanto para el cedente como para el cesionario, al permitir al primero obtener pisos o locales, nuevos o rehabilitados, sin tener que intervenir directamente en el proceso constructivo, y al segundo construir sin tener que hacer un desembolso inicial para adquirir el suelo. Se regulan dos modalidades de cesión según se transmita total o parcial la finca, constituyéndose, en este último caso, una situación de comunidad. Ambas modalidades conllevan, a su vez, dos modos de adquisición de la propiedad futura. Toda la ley persigue dotar al cedente de la máxima protección y, en este sentido, se establece la obligatoriedad de estipular en el contrato las

características, condiciones y plazo de inicio y finalización de la obra, se regula una facultad de resolución de carácter cautelar. Además, para favorecer que la persona promotora realice efectivamente la obra se establece, junto a la facultad de resolución por incumplimiento, una regulación que refuerza la eficacia de la condición resolutoria expresa pactada. Por último, en caso de resolución el cedente recupera la propiedad de lo cedido y hace suyo por accesión lo construido, si bien puede solicitar el derribo si el coste de finalización es superior a la mitad del coste previsto.

- La Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación. Joan EGEA FERNÁNDEZ y Joan MARSAL GUILLAMET.
Regula estos como títulos adquisitivos exclusivos del derecho de propiedad.

El Título I, dedicado a la accesión, establece, partiendo del principio general de accesión a favor del propietario del suelo y distinguiendo entre los supuestos de buena y mala fe, que recogía el artículo 278 de la Compilación, una distinción según se trate de una accesión inmobiliaria o mobiliaria.

La accesión inmobiliaria parte de dos fundamentos, de un lado, la buena o mala fe y, del otro, el mayor valor del suelo o de la construcción para solucionar los conflictos de intereses que surjan. Asimismo, presta una especial atención a los problemas que suscita la construcción extralimitada, proponiendo como posible solución la indemnización por adjudicación de pisos en régimen de propiedad horizontal. Además, la ley mantiene como garantía el derecho de retención.

La accesión mobiliaria también distingue entre buena o mala fe, pero regula todos los supuestos clásicos en un solo concepto de unión, estableciendo a quién corresponde la propiedad de las cosas y a quién los pertinentes derechos de resarcimiento.

El Título II se dedica a la ocupación, y teniendo en cuenta la regulación existente sobre la materia y con el fin de adecuarse a la realidad socioeconómica actual, establece un régimen y unas indemnizaciones más adecuadas en relación, entre otros, al descubrimiento de objetos de especial valor.

- La Ley 19/2002, de 3 de julio, de derechos reales de garantía. Juan-Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Pedro DEL POZO CARRASCOSA y Mercedes TORMO SANTONJA.

Modifica parcialmente la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, y amplía las modalidades de garantía real.

Las principales novedades introducidas por esta ley son: la admisión del derecho real de retención sobre bienes inmuebles, con los mismos efectos que tiene el derecho de retención sobre muebles, lo que implica que el centro de gravedad de la ley gira en torno a la posesión de la cosa objeto de garantía.

Así las cosas, la principal diferencia entre el derecho de retención sobre inmuebles y la anticresis es que mientras el primero es de constitución unilateral, la anticresis es de constitución bilateral.

La ley, además, mejora los mecanismos de realización de valor de la cosa objeto de la garantía, con el fin de conseguir el mayor rendimiento económico y los menores costes posibles, en beneficio de ambas partes.

Se establece un nuevo régimen del derecho de retención de bienes muebles de valor inferior a 500 euros, con el objeto de simplificar y agilizar su constitución sin restar seguridad jurídica a las personas intervinientes.

Por último, y respecto al derecho de prenda, la presente ley elimina el principio de especialidad, por su difícil concreción en la práctica; e introduce el principio de subrogación real para resolver el problema que genera el vencimiento anticipado del crédito pignoraticio respecto del crédito garantizado con prenda.

Por último, la obra acaba con una importante referencia bibliográfica, de gran utilidad al presentarse agrupada en función de la ley a la que hace referencia e, incluso, en aquellas leyes que tratan más de un derecho, organizada según el derecho para cuyo estudio fue manejada.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 224 (Marzo 2006)

«Algunas precisiones en torno al estándar de densidad máxima. En particular, su relación con los sistemas generales», por PABLO SÁMANO BUENO, pág. 11.

SUMARIO: I. FINALIDAD DEL ESTÁNDAR.—II. REGULACIÓN DEL ESTÁNDAR.—III. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR: 1. CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 47.3 DEL REGLAMENTO DE PLANEAMIENTO DE 1978. 2. IMPROCEDENTE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 47.3 DEL REGLAMENTO DE PLANEAMIENTO DE 1978.—IV. MODIFICACIÓN DEL ESTÁNDAR.—V. FUTURO DEL ESTÁNDAR.

«El método residual dinámico en las valoraciones urbanísticas», por FEDERICO GARCÍA ERVITI, pág. 47.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES: EL MARCO LEGAL.—2. EL MÉTODO RESIDUAL ESTÁTICO EN LA VALORACIÓN URBANÍSTICA.—3. LA INCIDENCIA DEL TIEMPO EN LOS PROCESOS FINANCIEROS.—4. EL PROCESO DE CÁLCULO DINÁMICO.—5. EL MÉTODO EN EL CONTEXTO DE LA PRUEBA PROCESAL.—6. ALTERNATIVAS: LA VERSIÓN SIMPLIFICADA.—7. CONCLUSIÓN.

«Estado actual de la discusión en torno a la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio (II): Los llamados delitos de prevaricación urbanística», por MANUEL GÓMEZ TOMILLO, pág. 69.

SUMARIO: 1. EL DELITO DE INFORMES ILEGALES EN MATERIA URBANÍSTICA: INTRODUCCIÓN.—2. BIEN JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LO INJUSTO.—3. EL SUJETO ACTIVO.—4. EL COMPORTAMIENTO TÍPICO OBJETIVO JURÍDICAMENTE RELEVANTE: 4.1. LA ACCIÓN DE INFORMAR: CONSIDERACIONES GENERALES. 4.2. LA ACCIÓN DE INFORMAR FAVORABLEMENTE LA CONCESIÓN DE LICENCIAS. 4.3. LA INJUSTICIA DEL INFORME COMO ELEMENTO DEL TIPO OBJETIVO. 4.4. LA CONTRADICCIÓN CON LAS NORMAS URBANÍSTICAS VIGENTES. DIFERENCIA URBANISMO-ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 4.5. LA PROBLEMÁTICA DE LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DEL PLANEAMIENTO. 4.6. LA COMISIÓN POR OMISIÓN: 4.6.1. *La omisión de denuncia del funcionario competente para ello.* 4.6.2. *La ausencia de informe como informe favorable.*—5. EL ELEMENTO SUBJETIVO.—6. CONCURSO APARENTE DE NORMAS: RELACIÓN ENTRE LA FIGURA

DELICTIVA DEL ARTÍCULO 320.1 Y OTROS ILÍCITOS PENALES.—7. TENTATIVA.—8. CODELINCUENCIA.—9. EL DELITO DEL ARTÍCULO 320.2 CP: 9.1. CUESTIONES GENERALES. 9.2. LA CONDUCTA OBJETIVAMENTE TÍPICA. 9.3. LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO. 9.4. ANÁLISIS DE LA PENA PREVISTA: 9.4.1. *Consideraciones generales*. 9.4.2. *La problemática de la extensión de la pena en comparación con figuras análogas*. 9.4.3. *La pena de inhabilitación especial*.

Número 225 (Abril-Mayo 2006)
Número especial con motivo del cincuentenario
de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956

«Cincuenta años de Ley del Suelo», por MARCOS VAQUER CABALLERÍA, pág. 11 (sin sumario).

«Borrador de anteproyecto de Ley de Régimen de Suelo y de Ordenación Urbana (inédito hasta el presente)», pág. 15.

SUMARIO: TÍTULO I. RÉGIMEN DE SUELO: CAPÍTULO I. ORDENACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO. CAPÍTULO II. PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO. CAPÍTULO III. POLÍGONOS DE INTERÉS URBANÍSTICO. CAPÍTULO IV. CRITERIO DE VALORACIÓN. CAPÍTULO V. DERECHO DE SUPERFICIE. CAPÍTULO VI. RÉGIMEN DE COMPENSACIONES. CAPÍTULO VII MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE LA LEY DE SOLARES. CAPÍTULO VIII. REALIZACIONES URBANÍSTICAS.—TÍTULO II. ORDENACIÓN URBANA: CAPÍTULO I. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. CAPÍTULO II. ORDENACIÓN: DE CIUDADES ARTÍSTICAS. CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DEL PAISAJE. CAPÍTULO IV. PROTECCIÓN DE LAS VÍAS DE ACCESO. CAPÍTULO V. DEFENSA DEL MEDIO RURAL.—TÍTULO III. ÓRGANOS DE GESTIÓN: CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES. CAPÍTULO II. ÓRGANOS CENTRALES. CAPÍTULO III. ÓRGANOS LOCALES. CAPÍTULO IV. ÓRGANOS ESPECIALES.—TÍTULO IV. RECURSOS ECONÓMICOS.—TÍTULO V. INSPECCIÓN, SANCIONES Y RECURSOS: CAPÍTULO I. DE LA INSPECCIÓN. CAPÍTULO II. DE LA SUSPENSIÓN Y DEMOLICIÓN DE OBRAS. CAPÍTULO III. MULTAS. CAPÍTULO IV. DEL RÉGIMEN DE TUTELA. CAPÍTULO V. RECURSOS.

«Ante el cincuentenario de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956: el proceso de su elaboración y aplicación», por MARTÍN BASSOLS COMA, pág. 47.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ETAPAS EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LA LEY DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA (1949-1956).—III. EL MODELO URBANÍSTICO DE LA LEY DEL SUELO Y LA POSTERIOR REDUCCIÓN DEL URBANISMO A MERA GESTIÓN URBANÍSTICA.—IV. EL PROCESO DE DESARROLLO REGLAMENTARIO: 1. EL IMPACTO DE LA CREACIÓN DEL MINISTERIO DE LA VIVIENDA: EL BLOQUEO POLÍTICO-BUROCRÁTICO AL DESARROLLO REGLAMENTARIO. 2. LA RECUPERACIÓN DE LA INICIATIVA DEL DESARROLLO REGLAMENTARIO (1962-1968): SUS LIMITACIONES.—V. MATERIAS INEXPLORADAS O SIN DESARROLLO DEL TEXTO DE LA LEY Y LA CUESTIÓN DE LA ESCISIÓN DEL URBANISMO TURÍS-

TICO.—VI. FRACASO EN LA ARTICULACIÓN DE UNA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA LOCAL: LAS PRIMERAS REIVINDICACIONES VECINALES.—VII. LOS DIVERSOS INTENTOS DE REFORMA DE LA LEY EN LOS ÚLTIMOS AÑOS DE LA DÉCADA DE LOS SESENTA.

«El proceso administrativo en las leyes del suelo», por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 91.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: LA LEY DEL SUELO DE 1956, EL TEXTO REFUNDIDO DE 1976 Y EL TEXTO REFUNDIDO DE 1992: 1. LA LEY DE 12 DE MAYO DE 1956, SOBRE EL RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA. 2. NORMAS SOBRE EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE LA LEY DEL SUELO DE 1956: a) *Delimitación jurisdiccional y competencia*; b) *Legitimación activa: la acción pública*; c) *Actos impugnables y pretensiones de las partes*; d) *Medida cautelar de suspensión*; e) *Efectos del proceso*. 3. INCIDENCIA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 4. EL TEXTO REFUNDIDO DE 1976: a) *Agotamiento de la vía administrativa*; b) *Delimitación jurisdiccional*; c) *Legitimación activa: acción pública*; d) *Actos recurribles*; e) *Medidas cautelares y ejecución*. 5. TEXTO REFUNDIDO DE 1992.—III. NORMAS SOBRE PROCESO ADMINISTRATIVO CONTENIDAS EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE RÉGIMEN DEL SUELO Y ORDENACIÓN URBANA: 1. DELIMITACIÓN DE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES EN MATERIA URBANÍSTICA: a) *Delimitación de los órdenes jurisdiccionales en materia urbanística*; b) *El artículo 303*; c) *El artículo 305.2*. Legitimación activa: acción pública: a) *La acción pública para la protección de la legalidad urbanística*; b) *Pretensión procesal*: a') *Contenido de la pretensión*; b') *Fundamento de la pretensión*; c) *Plazo*: a') *El plazo para ejercitar la acción pública*; b') *Regla general*; c') *Plazo para el ejercicio de la acción*: a'') *Principio general*; b'') *La reforma de la Ley del Suelo de 1975*; c'') *Acción pública y actuación frente a obras no legitimadas por licencia*; d'') *El texto refundido vigente*. 3. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y «RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO»: a) *El artículo 306*; b) *Actos de las Entidades Locales*; c) *Actos de aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de proyectos de urbanización*.

«Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales», por ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, pág. 119.

SUMARIO: I. LA PROPIEDAD: DE LA COMUNIDAD DE TODOS A LA PROPIEDAD INDIVIDUAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL DETERMINADO POR SU FUNCIÓN SOCIAL: a) ANTROPOLOGÍA JURÍDICA; b) LOS CÓDIGOS EN EL SIGLO XIX; c) SEÑORÍO Y PROPIEDAD; d) TARDÍA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA: VINCULACIÓN MORAL DE LA PROPIEDAD DIVIDIDA; e) LA PROPIEDAD RÚSTICA EN ESPAÑA A FINALES DEL SIGLO XVIII Y SIGLO XIX: TRIUNFO DEL INDIVIDUALISMO; f) CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XX. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.—II. LA LLAMADA CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DE LA PROPIEDAD URBANÍSTICA: CRÍTICA: a) CONCEPCIÓN ESTATUTARIA DE LA PROPIEDAD URBANÍSTICA; b) LA CONCEPCIÓN REALISTA Y REGLAMENTARIA DE LA PROPIEDAD; c) LA PRIMACÍA DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL, ARTÍCULO 33.1: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY FRENTE A LA LEGALIDAD

DE LA CONSTITUCIÓN; d) *IUS AEDIFICANDI* DERECHO DE PROPIEDAD; e) LICITUD DE DEFERENTES CONCEPTOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD URBANA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. EL BUCLE LEGISLATIVO EN ESPAÑA SOBRE LA PROPIEDAD URBANA (1956-2006): a) 1956-1998; b) 1998-2000; c) 2001-2003; d) ANTEPROYECTO DE LEY DEL SUELO 2006.

«La clasificación del suelo en la Ley de 1956: precedentes y secuelas», por ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH, pág. 159.

SUMARIO: I. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO, GRAN NOVEDAD DE LA LEY DE 1956.—II. LA DIVISIÓN DEL SUELO EN FUNCIÓN DE LAS OBRAS: LEGISLACIÓN DE ENSANCHE Y DE RÉGIMEN LOCAL.—III. EL CONCEPTO DE SOLAR EN LA LEY DE 1945.—IV. LA DIVISIÓN DEL SUELO SEGÚN SU SITUACIÓN Y DESTINO: LEGISLACIÓN DE GRANDES CIUDADES.—V. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO EN LA LEY DE 1956.—VI. LAS APORTACIONES DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL POSTERIOR Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—VII. LA POSIBLE REVISIÓN DE LA TRILOGÍA CLASIFICATORIA.

«Evolución del régimen urbanístico del suelo desde la Ley de 12 de mayo de 1956 hasta la Ley 6/1998», por FRANCISCO PERALES MADUEÑO, pág. 185.

SUMARIO: 1. EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA EN ESPAÑA: EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL URBANISMO. LA SENTENCIA 61/1997, DE 20 DE MARZO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. COMPETENCIAS DEL ESTADO, LAS COMUNIDADES Y LAS ENTIDADES LOCALES.—2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO: PRINCIPIOS GENERALES: EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO. PARTICIPACIÓN DE LA COMUNIDAD EN LAS PLUSVALÍAS URBANÍSTICAS. ACCIÓN URBANÍSTICA E INICIATIVA PRIVADA. REPARTO EQUITATIVO DE BENEFICIOS Y CARGAS. INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN EN EL PLANEAMIENTO Y EN LA GESTIÓN: a) *Planeamiento general*; b) *Planeamiento de desarrollo*; c) *Participación pública en la gestión*.—3. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO Y EL RÉGIMEN DEL SUELO: INTRODUCCIÓN. 3.1. LA LEY DEL SUELO DE 1956: *La clasificación del suelo. El régimen urbanístico del suelo*. 3.2. EL TEXTO REFUNDIDO DE 9 DE ABRIL DE 1976: *La clasificación del suelo. El régimen urbanístico del suelo*. 3.3. EL TEXTO REFUNDIDO DE 26 DE JUNIO DE 1992. 3.4. LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA LEY 6/1998: *La clasificación del suelo. El régimen urbanístico del suelo*.—4. PRÓXIMA Y EVENTUAL ETAPA.

«Las entidades urbanísticas colaboradoras: estructura y funciones», por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, pág. 227.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. CREACIÓN Y ESTRUCTURA MATERIAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: 1. RAZÓN LEGITIMADORA DE SU CREACIÓN. 2. LA ESTRUCTURA MATERIAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—III. LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA LA REGULACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—IV. LAS ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO ESTATAL: 1. SU APARICIÓN

EN LA LEY DEL SUELO DE 1956 Y EN EL REGLAMENTO DE REPARCELACIONES. 2. LA REFORMA DE 1975 Y EL REGLAMENTO DE GESTIÓN DE 1978. 3. LAS VICISITUDES POSTERIORES.—V. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL PARA LAS ENTIDADES URBANÍSTICAS: 1. EL TÍTULO COMPETENCIAL PARA SU REGULACIÓN. 2. EL SUSTRATO NORMATIVO DE LAS ENTIDADES URBANÍSTICAS DESDE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.—VI. BASES PARA UNA ESTRUCTURA GENERAL DE LAS ENTIDADES URBANÍSTICAS COLABORADORAS.—VII. CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES URBANÍSTICAS.

«La competencia urbanística de los Ayuntamientos», por FRANCESC LLISSET BORELL, pág. 253.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COMPETENCIA SUBJETIVA DE LOS AYUNTAMIENTOS: A) COMPETENCIA PARA LA APROBACIÓN DE LOS PLANES GENERALES. B) COMPETENCIA PARA LA APROBACIÓN DE LOS PLANES DERIVADOS. C) COMPETENCIA RELATIVA A ACTOS DE GESTIÓN Y DISCIPLINA URBANÍSTICA.—III. LA COMPETENCIA ORGÁNICA: A) DE LOS AYUNTAMIENTOS. B) DEL ALCALDE. C) DESCENTRALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA MUNICIPAL. D) LA PRIVATIZACIÓN DE ALGO MÁS QUE LA ACTIVIDAD MATERIAL Y TÉCNICA.—IV. LA SUSPENSIÓN DE LOS ACUERDOS MUNICIPALES ILEGALES Y LA SUSTITUCIÓN DE LA COMPETENCIA URBANÍSTICA MUNICIPAL: A) LA DEROGADA SUSPENSIÓN DE ACUERDOS MUNICIPALES POR LAS COMISIONES DE URBANISMO. B) LA SUSTITUCIÓN DE LA COMPETENCIA MUNICIPAL.—V. LA COMPETENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN LA PUBLICACIÓN DE LOS PLANES.—VI. CONCLUSIONES.

«El patrimonio municipal del suelo: su evolución normativa», por PAULINO MARTÍN HERNÁNDEZ, pág. 271.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DE SUELO.—3. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DE SUELO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL.—4. REGULACIÓN DE LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DE SUELO EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS.—5. ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES ESTATAL Y AUTONÓMICAS SOBRE PATRIMONIOS MUNICIPALES DE SUELO.—6. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DE SUELO: 6.1. CARÁCTER Y NATURALEZA. 6.2. CONSTITUCIÓN. 6.3. BIENES QUE INTEGRAN LOS PATRIMONIOS DE SUELO. 6.4. DESTINO DE LOS BIENES. 6.5. GESTIÓN. 6.6. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES.—7. CONCLUSIONES.

«La evolución del derecho urbanístico en el suelo rústico o no urbanizable», por CARLES PAREJA LOZANO, pág. 295.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUELO RÚSTICO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE 1956 Y SU PROCESO DE APLICACIÓN: a) LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL SUELO RÚSTICO EN LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA DE PLAN

GENERAL; b) LA ATRIBUCIÓN DE UN COEFICIENTE DE EDIFICABILIDAD; c) LAS LIMITACIONES A LAS FACULTADES DE DISPOSICIÓN; d) LA DESVIRTUACIÓN DEL SUELO RÚSTICO POR LA LEGISLACIÓN SECTORIAL.—III. EL SUELO NO URBANIZABLE EN EL TEXTO REFUNDIDO DE 1975: a) LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE; b) USOS Y CONSTRUCCIONES EN SUELO NO URBANIZABLE: LA DISOCIACIÓN ENTRE PROPIEDAD Y *IUS EDIFICANDI*; c) VIVIENDAS FAMILIARES Y FACULTADES DE DISPOSICIÓN.—IV. LA REFORMA DE 1998: EL DEBATE SOBRE LA LIBERALIZACIÓN DEL SUELO: a) LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA REFORMA DE 1998; b) LA INAPLICACIÓN DEL NUEVO MODELO: EL LÍMITE COMPETENCIAL.—V. LA ACTUAL REGULACIÓN DE LOS USOS DEL SUELO NO URBANIZABLE.—VI. CONSIDERACIÓN FINAL.

«El suelo rústico en las leyes del suelo», por ENRIQUE PORTO REY, pág. 323.

SUMARIO: 1. RESUMEN.—2. LEY DEL SUELO DE 1956: 2.1. DELIMITACIÓN: 2.1.1. *En el planeamiento general*. 2.1.2. *En defecto de planeamiento general*. 2.2. NORMAS REGULADORAS DE LA UTILIZACIÓN DEL SUELO RÚSTICO: 2.2.1. *Normas generales de la Ley*. 2.2.2. *Normas contenidas en el planeamiento*. 2.2.3. *Normas de carácter mixto*. 2.2.4. *Otras normas de utilización del suelo rústico*. 2.3. PATOLOGÍAS DE UTILIZACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO RÚSTICO. 2.4. LA EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO RÚSTICO. 2.5. LAS DOS CLASES DE SUELO RÚSTICO A EFECTOS VALORATIVOS.—3. LEY DEL SUELO DE 1976: 3.1. CATEGORÍAS DEL SUELO NO URBANIZABLE. 3.2. DELIMITACIÓN EN EL PLANEAMIENTO. 3.3. DELIMITACIÓN EN DEFECTO DE PLANEAMIENTO. 3.4. SISTEMAS GENERALES. 3.5. REGULACIÓN EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: 3.5.1. *Normas de aplicación directa*. 3.5.2. *Prohibición de parcelaciones*. 3.5.3. *Prohibición de usos incompatibles*. 3.5.4. *La realización de construcciones*. 3.5.5. *La valoración del suelo rústico*. 3.6. REGULACIÓN EN LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO: 3.6.1. *Plan Director Territorial de Coordinación*. 3.6.2. *Planes Generales*. 3.6.3. *Normas subsidiarias municipales*. 3.6.4. *Delimitaciones de suelo urbano*. 3.6.5. *Normas subsidiarias de ámbito provincial*. 3.6.6. *Planes especiales*. 3.6.7. *Catálogos*.—4. LEY DEL SUELO DE 1992: 4.1. RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE: 4.1.1. *Delimitación*. 4.1.2. *Destino*. 4.1.3. *Prohibiciones y autorizaciones*. 4.1.4. *Áreas de especial protección*. 4.1.5. *Valoración del suelo no urbanizable*.—5. LEY DEL SUELO DE 1998: 5.1. DELIMITACIÓN. 5.2. SEÑALAMIENTO DEL SUELO NO URBANIZABLE. 5.3. EL SUELO URBANIZABLE COMO RESIDUAL. 5.4. SUELO NO URBANIZABLE EN MUNICIPIOS SIN PLANEAMIENTO. 5.5. UTILIZACIÓN DEL SUELO NO URBANIZABLE: 5.5.1. *Deberes legales de uso, conservación y rehabilitación*. 5.5.2. *Derechos de los propietarios*. 5.5.3. *Prohibiciones*. 5.6. LA BATALLA POLÍTICA DEL ARTÍCULO 9.2.^a *IN FINE*: 5.6.1. *Tratamiento del suelo no urbanizable inadecuado para el desarrollo urbano contenido en el planeamiento general vigente no adaptado*. 5.7. VALORACIÓN.—6. ANTEPROYECTO DE LEY DEL SUELO ESTATAL: 6.1. EL SUELO RURAL. 6.2. UTILIZACIÓN DEL SUELO RURAL. 6.3. VALORACIÓN DEL SUELO RURAL.—7. EL SUELO RÚSTICO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 7.1. ANDALUCÍA. 7.2. ARAGÓN. 7.3. ASTURIAS. 7.4. CANARIAS. 7.5. CANTABRIA. 7.6. CASTILLA-LA MANCHA. 7.7. CASTILLA Y LEÓN. 7.8. CATALUÑA. 7.9. EXTREMADURA. 7.10. GALICIA. 7.11. ISLAS BALEARES. 7.12. LA RIOJA. 7.13. MADRID: 7.13.1. *Anteproyecto de su Ley del Suelo*. 7.14. MURCIA. 7.15. NAVARRA. 7.16. PAÍS VASCO. 7.17. VALENCIA.

«El abaratamiento del suelo», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 371 (sin sumario).

«Cincuenta años de la Ley del Suelo. La Ley del Suelo de 1956 y su evolución. El punto de vista de un arquitecto», por AGUSTÍ BORRELL Y CALONGE, pág. 395.

SUMARIO: 1. LA NUEVA LEY. UNA VIVENCIA PERSONAL.—2. DE LAS LEYES MUNICIPALES A LA LEY ESTATAL. UNA VISIÓN GENERAL DE LA LEY.—3. CONCEPTOS QUE HEMOS IDO PERDIENDO O TODAVÍA NO SE HAN DESARROLLADO.—4. LA VALORACIÓN DEL SUELO, UN TEMA DE ESPECIAL INTERÉS PARA LOS TÉCNICOS.—5. LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO.—6. USO Y EDIFICACIÓN DEL SUELO.—7. LOS TÍTULOS FINALES DE LA LEY.—8. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 259 (Enero-Marzo 2006)

«Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la “doctrina” de la acción de oro (Primera parte)», por M.^a DEL MAR BUSTILLO SÁIZ, pág. 7.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONTEXTO SOCIOECONÓMICO Y JURÍDICO DE LAS PRIVATIZACIONES: A) INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA Y PRIVATIZACIÓN. B) LAS RELACIONES ENTRE PRIVATIZACIÓN Y LIBERALIZACIÓN: 1. *El sistema económico comunitario como estímulo a la privatización*. 2. *La progresiva sensibilidad de la UE hacia los servicios de interés económico general*. 3. *El artículo 128.2 de la Constitución española y las actividades empresariales amparadas por la Ley 5/1995, de 23 de marzo*. C) LA REORDENACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA. EL ESPACIO DE LA ACCIÓN DE ORO: LOS MERCADOS EN TRANSICIÓN: 1. *El control público establecido por la Ley 5/1995, de 23 de marzo*. 2. *El estatus especial de las entidades mercantiles afectadas y el interés público protegido por la disciplina*.—III. LA POSTURA DEL TJCE SOBRE LA ACCIÓN DE ORO: A) BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA CUESTIONADA. LA DOCTRINA DEL TJCE. B) EL CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES Y DEL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO *VERSUS* LA ABSTRACTA LEGITIMIDAD DE LA ACCIÓN DE ORO EX ARTÍCULO 295 TCE: 1. *La amplitud de la noción de restricción acogida*. 2. *¿Libertad de establecimiento o libre circulación de capitales?* 3. *La acción de oro y el régimen de la propiedad en los Estados miembros*. C) LA JUSTIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS. D) LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS.—IV. EL POSIBLE SIGNIFICADO DE LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN DE ORO PARA EL DERECHO DE SOCIEDADES O LA MATERIA DE OPAS.—V. CONCLUSIONES.

«La responsabilidad civil por servicios de transporte terrestre que afectan a la seguridad de las personas», por CARMEN ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, pág. 55.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SERVICIOS DE TRANSPORTE POR CARRETERA: 2.1. ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU COBERTURA POR DISTINTAS CLASES DE SEGUROS: LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL SEGURO OBLIGATORIO DE VIAJEROS. 2.2. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO TRANSPORTISTA. PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL A TRAVÉS DE OTROS MEDIOS: LA COBERTURA DADA POR EL SEGURO OBLIGATORIO DE VIAJEROS. 2.3. VALORACIÓN DEL DAÑO: SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN, LÍMITES A LA CUANTÍA, ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES Y PRELACIÓN DE BENEFICIARIOS. 2.4. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.—3. SERVICIO DE TRANSPORTE POR FERROCARRIL: 3.1. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. 3.2. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. 3.3. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DEL SEGURO OBLIGATORIO DE VIAJEROS.

«Disposiciones generales y comunes del seguro marítimo en el anteproyecto de 2004», por JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE, pág. 115.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DISPOSICIONES GENERALES: 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.—III. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DISTINTOS TIPOS DE SEGURO MARÍTIMO: 1. INTERESES ASEGURADOS. 2. VALOR ASEGURADO Y COASEGURO: 2.1. *Infraseguro*. 2.2. *Sobraseguro*. 2.3. *Franquicias*. 2.4. *Póliza estimada*. 2.5. *Seguro doble*. 2.6. *Coaseguro*. 3. RIESGOS DE LA NAVEGACIÓN: 3.1. *Universalidad de riesgos*. 3.2. *La culpa y el dolo del asegurado y de sus dependientes*. 3.3. *Vicios*. 4. CONCLUSIÓN DEL CONTRATO Y DEBERES DEL CONTRATANTE: 4.1. *La forma del contrato*. 4.2. *Existencia del riesgo*. 4.3. *Declaración del riesgo*. 4.4. *Efectos de la inexactitud o reticencia*. 4.5. *Pago de la prima*. 4.6. *Comunicación del siniestro*. 4.7. *Deber de aminorar el daño*. 4.8. *Transmisión del interés asegurado*. 5. INDEMNIZACIÓN: 5.1. *Daños indemnizables*. 5.2. *Avería y abandono*. 5.3. *Liquidación del siniestro y pago de la indemnización*. 5.4. *Intereses*. 5.5. *Prescripción*.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 3 (2006)

«Accidentes de circulación causados por la caza», por ELENA VICENTE DOMINGO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEY DE TRÁFICO, CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR Y SEGURIDAD VIAL.—III. REFORMA DE LA LEY DE TRÁFICO Y RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO.—IV. RESPONSABILIDAD DE LOS TITULARES DE LOS COTOS.—V. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.—VI. SUPUESTOS DE NO-RESPONSABILIDAD.

«Daños puramente económicos. Informe español», por M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN.

SUMARIO: I. INDEMNIZACIÓN POR «DAÑO PURAMENTE ECONÓMICO» EN DERECHO ESPAÑOL.—II. CUESTIONARIO.

Número 4 (2006)

«El arbitraje de consumo», por ALBERTO CASADO CERVIÑO.

SUMARIO: I. LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE, DE 23 DE DICIEMBRE Y EL ARBITRAJE DE CONSUMO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA DE LA NUEVA LEY.—II. TRATAMIENTO DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMUNITARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. BASES NORMATIVAS DEL ARBITRAJE DE CONSUMO. 3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO. 4. EL TRATAMIENTO DEL ACCESO DE LOS CONSUMIDORES A LA JUSTICIA EN LA POLÍTICA COMUNITARIA DE CONSUMO.—III. EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO EN EL VIGENTE SISTEMA ESPAÑOL: 1. OBJETO DEL ARBITRAJE. 2. ÓRGANOS DEL ARBITRAJE. 3. EL CONVENIO ARBITRAL. LA FORMALIZACIÓN DEL ARBITRAJE. 4. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. 5. EL LAUDO ARBITRAL.

Número 5 (2006)

«El elemento subjetivo de la adopción internacional. Aproximación a la figura del adoptante y el adoptando en la adopción realizada en la República Popular China», por M.^a DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA.

SUMARIO: I. TIPOS DE FAMILIAS ADOPTIVAS. LA ESPECIAL SITUACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO: 1. ADOPCIÓN CONJUNTA. 2. ADOPCIÓN INDIVIDUAL.—II. CUALIFICACIÓN DE LOS ADOPTANTES: 1. LA CAPACIDAD DE OBRAR. 2. LA EDAD.—III. ¿QUIÉNES PUEDEN SER ADOPTADOS EN ESPAÑA?: 1. EDAD PARA SER ADOPTADO. 2. PERSONAS QUE NO PUEDEN SER ADOPTADAS. 3. DETERMINACIÓN DEL ADOPTANDO EN LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 175.4 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LA ADOPCIÓN EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA: 1. TIPOS DE FAMILIAS ADOPTIVAS. 2. REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LOS ADOPTANTES. 3. EL ADOPTANDO.

Número 6 (2006)

«El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia», por LEONOR AGUILAR RUIZ.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PERSPECTIVA INTERNACIONAL DEL TEMA: EL INTERÉS DE LA EXPERIENCIA ITALIANA.—III. «DERECHO DEL MENOR A UNA FAMILIA»: LA REFORMA DE LA ADOPCIÓN OPERADA POR LA LEY 149/2001, DE 28 DE MARZO: 1. ORIENTACIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA REFORMA DE LA ADOPCIÓN DE 2001. 2. ADOPCIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL ADOPTADO.—IV. LA REGULACIÓN POSITIVA DEL DERECHO DEL ADOPTADO A CONOCER SU PROPIO ORIGEN.—V. VALORACIÓN. LA PRAXIS JUDICIAL DE LA NORMA.—VI. LA NUEVA LEY DE PROCREACIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA Y EL CAMBIO DE ORIENTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ITALIANA.

«Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de violencia de género: novedades introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre», por AGUSTÍN PARDILLO HERNÁNDEZ.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MEDIDAS PREVIAS A LA DEMANDA DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO DEL ARTÍCULO 771.2 *IN FINE* DE LA LEC.—III. LA LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA.—IV. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.—V. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CIVILES EN LA ORDEN DE PROTECCIÓN: PROCEDIMIENTO.—VI. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS A ADOPTAR: 1. ADOPCIÓN DE DETERMINADAS MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS A LA DEMANDA DEL PROCESO MATRIMONIAL. 2. MEDIDAS PREVENTIVAS EN RELACIÓN CON MENORES (ART. 158 DEL CÓDIGO CIVIL).

Número 7 (2006)

«Duración del arriendo rústico. Artículo 12 de la Ley 26/2005, de 30 de noviembre», por GABRIEL GARCÍA CANTERO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMENTARIO AL ARTÍCULO 12, APARTADO 1: 1. ANTECEDENTES LEGALES. 2. DISCUSIÓN PARLAMENTARIA. 3. CONTENIDO.—III. COMENTARIO AL ARTÍCULO 12, APARTADO 2: 1. ANTECEDENTES LEGALES. 2. DISCUSIÓN PARLAMENTARIA. 3. CONTENIDO.—IV. COMENTARIO AL ARTÍCULO 12, APARTADO 3: 1. ANTECEDENTES LEGALES. 2. DISCUSIÓN PARLAMENTARIA. 3. CONTENIDO.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS Número 131 (Enero-Marzo 2006)

«El taller de Eric Voegelin», por TILO SCHABERT, pág. 5 (sin sumario).

«El Estado en la España del siglo xx (concepto y estructura)», por JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, pág. 23.

SUMARIO: 1. EL PUNTO DE PARTIDA: EL CONCEPTO CANOVISTA DE ESTADO.—2. LA CRÍTICA AL ESTADO DE LA RESTAURACIÓN.—3. LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO DURANTE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA.—4. EL NUEVO ESTADO REPUBLICANO Y SUS DETRACTORES.—5. LOS RASGOS BÁSICOS DEL ESTADO FRANQUISTA.—6. EL ESTADO DESDE LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 HASTA LA ACTUALIDAD.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«Soporte digital, autoría e industria cultural», por ANDRÉS BOIX PALOP y GUILLERMO LÓPEZ GARCÍA, pág. 53.

SUMARIO: A) LA INFORMACIÓN COMO NEGOCIO Y LA NOTICIA COMO PATRIMONIO: a) DERECHOS DE AUTORÍA SOBRE LOS CONTENIDOS INFORMATIVOS; b) MONOPOLIOS SOBRE LO NOTICIABLE E INTERÉS DEL PÚBLICO EN LA LIBRE CIRCULACIÓN DE NOTICIAS.—B) LA COPIA DIGITAL EN UNA SOCIEDAD CONECTADA: a) COPIA LEGAL Y COPIA ILEGAL; b) COPIA Y DERECHOS DE USO; c) LA NOCIÓN CLÁSICA DE AUTORÍA, FRENTE A LA CREACIÓN COLECTIVA; d) TRANSFORMACIÓN INNOVADORA, COPIAS, PATENTES...—C) IMPACTO EN LA ESTRUCTURA ECONÓMICA DEL MERCADO CULTURAL Y PROBLEMAS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: a) LA REACCIÓN DE LA INDUSTRIA CULTURAL; b) ADAPTACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE NEGOCIO EN EL MERCADO DE LA INFORMACIÓN: RESTRICCIONES Y PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.

«Historia y razón del Paradigma Westfaliano», por MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO, pág. 87.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. AMBIENTE HISTÓRICO: DE LA GUERRA DE LOS TREINTA AÑOS A LA PAZ DE WESTFALIA.—3. LAS CONSECUCIONES JURÍDICAS DE LA PAZ DE WESTFALIA: EL NÚCLEO DEL PARADIGMA WESTFALIANO.—4. A GUIA DE CONCLUSIÓN: AUF WLEDERSEHEN, WESTFALIA?—5. BIBLIOGRAFÍA.

«Reforma territorial y política nacional desde la perspectiva teórica de José Ortega y Gasset», por FERNANDO H. LLANO ALONSO, pág. 113.

SUMARIO: 1. HACIA UNA AUTÉNTICA POLÍTICA NACIONAL: DE LA VIEJA A LA NUEVA ESPAÑA.—2. EL DEBATE SOBRE LA CUESTIÓN AUTONÓMICA: EL TRÁNSITO DE ORTEGA DESDE LAS TESIS DE CAMBÓ A LAS DE MAURA.—3. ORTEGA Y LOS NACIONALISMOS. A PROPÓSITO DEL ESTATUTO DE CATALUÑA.—4. BALANCE DE LA APORTACIÓN POLÍTICA DE ORTEGA A LA REFORMA TERRITORIAL DURANTE LA II REPÚBLICA.—BIBLIOGRAFÍA.

«La sociedad y el miedo. Una interpretación onto-social de la teoría política de Jean-Jacques Rousseau», por AINA D. LÓPEZ YAÑEZ, pág. 141.

SUMARIO: 1. ROUSSEAU Y LA MODERNIZACIÓN DE LA TEORÍA POLÍTICA.—2. EL IUSNATURALISMO ROUSSEAUNIANO, EN LA ENCRUCIJADA.—3. EVOLUCIÓN SOCIAL NEGATIVA DE LA OBRA DE ROUSSEAU.—4. EL CONTRATO SOCIAL COMO UTOPIA NEGATIVA.—5. ESTRUCTURA GENERAL DE LA FILOSOFÍA ROUSSEAUNIANA.—6. SOCIALIZACIÓN DE LA TRADICIÓN NEGATIVA.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 22 (Septiembre-Diciembre 2005)

«El autogobierno de la Comunidad de Madrid y la andadura de su Asamblea Legislativa», por ALFONSO ARÉVALO GUTIÉRREZ y ALMUDENA MARAZUELA BERMEJO, pág. 11.

SUMARIO: 1. EL MODELO TERRITORIAL ECLÉCTICO DISEÑADO POR EL CONSTITUYENTE: 1.1. LA DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICA COMO ANHELO ORGANIZATIVO COMÚN EN LA CONFIGURACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. 1.2. LA AFIRMACIÓN DE LA «REGIÓN» COMO TERCER NIVEL TERRITORIAL EUROPEO. 1.3. LA DECIDIDA PROCLAMACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA.—2. EL SINGULAR ACCESO A LA AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID; PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y DE APROBACIÓN DE SU ESTATUTO DE AUTONOMÍA: 2.1. EL ACCESO DE LA PROVINCIA CASTELLANA DE MADRID AL AUTOGUBIerno: 2.1.1. *La ubicación de la provincia de Madrid en el mapa autonómico: las alternativas de la autonomía madrileña.* 2.1.2. *Madrid, Comunidad Autónoma uniprovincial.* 2.2. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y DE APROBACIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA: 2.2.1. *La Asamblea Mixta de Diputados Provinciales y Parlamentarios de Madrid.* 2.2.2. *La tramitación del Proyecto en las Cortes Generales.*—3. LA LEY ORGÁNICA 3/1983, DE 25 DE FEBRERO, DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, Y SUS REFORMAS: 3.1. HECHO DIFERENCIAL, ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL Y DISOLUCIÓN DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE MADRID. 3.2. LAS REFORMAS DE QUE HA SIDO OBJETO EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.—4. LA RECEPCIÓN DEL ESQUEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES BINARIO LEGISLATIVO-EJECUTIVO: 4.1. LA GENERALIZACIÓN DEL ESQUEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES BINARIO LEGISLATIVO-EJECUTIVO. 4.2. LA RECEPCIÓN DEL MODELO EN LA COMUNIDAD DE MADRID.—5. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA DE MADRID: 5.1. LA ESTRUCTURA UNICAMERAL DE LA ASAMBLEA. 5.2. LA SEDE DEL PARLAMENTO MADRILEÑO. 5.3. LOS SIGNOS DISTINTIVOS DE LA ASAMBLEA: ESCUDO Y MEDALLA. 5.4. EL RÉGIMEN ELECTORAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID: SISTEMA DE FUENTES.—6. LA ASAMBLEA TRANSCURRIDOS SUS PRIMEROS VEINTE AÑOS: ALGUNOS HITOS DE ESPECIAL RELEVANCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: 6.1. PRIMIGENIA CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA. 6.2. LA COMPOSICIÓN POLÍTICA DE LA CÁMARA. 6.3. LA RELEVANCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE ALGUNOS FENÓMENOS ACAECIDOS EN SU ANDADURA.

«Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Procedimiento ordinario, iniciación. Plazo y lugar de presentación del escrito», por M.^a ISABEL CADENAS GARCÍA, pág. 77.

SUMARIO: 1. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO: 1.1. INTRODUCCIÓN. 1.2. EL ACTO DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO: 1.2.1. *El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo.* 1.2.2. *La demanda. Casos en que el procedimiento ordinario se debe o puede iniciar con la misma.* 1.3. FORMALIDADES: 1.3.1. *Contenido:* 1.3.1.1. Contenido del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. 1.3.1.2. Contenido del escrito de demanda cuando el procedimiento se inicia mediante la

misma. 1.3.2. *Forma*: 1.3.2.1. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. Documentos que han de acompañarlo. 1.3.2.2. Examen de oficio de la validez de la comparecencia. Subsanación de defectos. 1.3.2.3. El escrito de demanda cuando el procedimiento se inicia con la misma.—2. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 2.1. SUJECCIÓN DE LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO A LOS PLAZOS ESTABLECIDOS EN LA LEY. 2.2. PLAZOS QUE ESTABLECE LA LEY.—3. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

«Breve análisis de los Actos de Comunicación Judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», por ALBERTO SERRANO PATIÑO y FERNANDO GONZÁLEZ NIETO, pág. 141.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. DISPOSICIONES GENERALES.—3. TIEMPO Y LUGAR DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN: EL DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES.—4. DESTINATARIO DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN.—5. FORMA DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN: 5.1. CUESTIONES GENERALES: 5.1.1. *Responsable de los actos de comunicación*. 5.1.2. *Orden de prelación para llevar a cabo los actos de comunicación procesal*. 5.2. COMUNICACIÓN POR REMISIÓN: CORREO, TELEGRAMA U OTROS MEDIOS SEMEJANTES. 5.3. COMUNICACIÓN POR PROCURADOR. 5.4. LA COMUNICACIÓN POR ENTREGA. 5.5. COMUNICACIÓN EDICTAL. 5.6. OTROS MEDIOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL.—6. NULIDAD Y SUBSANACIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL.—7. REFLEXIONES FINALES.—8. BIBLIOGRAFÍA.

«Breve estudio en torno al Procedimiento Administrativo Sancionador y sus garantías», por VICTORIA LÓPEZ TORRALBA, pág. 181.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: 1.1. EL PROCEDIMIENTO COMO GARANTÍA DE LOS PARTICULARES. 1.2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SUS GARANTÍAS. 1.3. REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN ACTUAL.—2. GARANTÍAS PROCESALES: 2.1. GARANTÍA DE PROCEDIMIENTO: 2.1.1. *Necesidad de procedimiento: su fundamento*. 2.1.2. *Pluralidad de procedimientos*. 2.2. GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO INSTRUCTOR: SEPARACIÓN DE LA FUNCIÓN INSTRUCTORA Y DE LA FUNCIÓN SANCIONADORA. 2.3. GARANTÍA DE PRESERVACIÓN DEL OBJETO Y FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: LAS MEDIDAS CAUTELARES. 2.4. GARANTÍA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA. 2.5. GARANTÍA DE CELERIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.—3. GARANTÍAS DEL PRESUNTO RESPONSABLE: 3.1. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. 3.2. DERECHO A INTERVENIR EN EL PROCEDIMIENTO CON CONOCIMIENTO DE LA IMPUTACIÓN Y CON EMPLEO DE MEDIOS DE DEFENSA. OTROS DERECHOS. 3.3. DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO Y A NO CONFESARSE CULPABLE. 3.4. SOBRE EL POSIBLE DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA: ¿TIENE EL PRESUNTO RESPONSABLE DERECHO FUNDAMENTAL A LA DOBLE INSTANCIA?—4. CONTROL DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: 4.1. CONTROL INTERNO: IMPUGNACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA. 4.2. CONTROL EXTERNO: IMPUGNACIÓN EN VÍA JURISDICCIONAL Y SUSPENSIÓN JUDICIAL. 4.3. CONTROL ESPECIAL DEL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCE-

DIMIEN TO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PREVISTO EN LA LJCA Y EL RECURSO DE AMPARO.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

«Procedimientos de concesión de subvenciones tras la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones», por ALEXANDRA FRÍAS LÓPEZ, pág. 245.

SUMARIO: 1. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DEL ESTADO PARA DICTAR LA LEY 38/2003.—2. CARÁCTER DE LEGISLACIÓN BÁSICA. CONTENIDO Y SIGNIFICADO DE LA CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL. CARÁCTER DE LA LEGISLACIÓN QUE SE DICTE EN DESARROLLO DE LA LEY 38/2003.—3. BASES REGULADORAS Y CONVOCATORIA: CONTENIDO Y PROBLEMÁTICA PRÁCTICA. APROBACIÓN SIMULTÁNEA. DEFINICIÓN DEL OBJETO DE LA SUBVENCIÓN. REQUISITOS QUE DEBERÁN REUNIR LOS BENEFICIARIOS PARA LA OBTENCIÓN DE LA SUBVENCIÓN Y, EN SU CASO, LOS MIEMBROS DE LAS ENTIDADES CONTEMPLADAS EN EL APARTADO 2 Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 11 DE ESTA LEY, Y FORMA Y PLAZO EN QUE DEBEN PRESENTARSE LAS SOLICITUDES. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN. CRITERIOS OBJETIVOS DEL OTORGAMIENTO DE LA SUBVENCIÓN Y, EN SU CASO, PONDERACIÓN DE LOS MISMOS. ÓRGANOS COMPETENTES PARA LA ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN, Y RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN Y EL PLAZO EN QUE SERÁ NOTIFICADA LA RESOLUCIÓN. CONTENIDO DE LAS BASES REGULADORAS EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. CONTENIDO DE LA CONVOCATORIA Y APROBACIÓN SIMULTÁNEA.—4. PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA Y DE CONCESIÓN DIRECTA.—5. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE CONCESIÓN DIRECTA Y ESTUDIO DE LA PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA EXISTENCIA DE SUPUESTOS ESPECIALES EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA: CASO DE LA LEY 2/1995, DE 8 DE MARZO, DE SUBVENCIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—6. LOS CONVENIOS COMO INSTRUMENTO PARA LA CANALIZACIÓN DE SUBVENCIONES NOMINATIVAS.

«El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada», por ANA I. BERROCAL LANZAROT, pág. 245.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE.—2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LA LEY 41/2003: 2.1. ACREDITACIÓN DE LA DISCAPACIDAD.—3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN LA LEY 41/2003.—4. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. SU RÉGIMEN JURÍDICO: 4.1. ELEMENTOS PERSONALES. 4.2. ELEMENTOS REALES. CONTENIDO DEL PATRIMONIO. 4.3. ELEMENTOS FORMALES. FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO.—5. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.—6. SUPERVISIÓN Y CONTROL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO.—7. PUBLICIDAD REGISTRAL.—8. EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. EFECTOS SOBRE EL PATRI-

MONIO.—9. EL PAPEL RELEVANTE DEL MINISTERIO FISCAL. SU INTERVENCIÓN SEGÚN LA LEY 41/2003.—10. ASPECTOS FISCALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. MODIFICACIONES DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA.—11. OTRAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL PREVISTAS EN LA LEY 41/2003.—12. CONCLUSIÓN.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN Número 9 (Mayo 2006)

«Algunas anotaciones sobre la Ley de la Viña y del Vino de Castilla y León»,
por MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, pág. 13.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD DE LA LEY 8/2005, DE 10 DE JUNIO, DE LA VIÑA Y DEL VINO DE CASTILLA Y LEÓN.—II. LA LEY DE LA VIÑA Y DEL VINO DE CASTILLA Y LEÓN EN EL BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD: 1. IDEA GENERAL. 2. LOS ASPECTOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: 2.1. *El uso de nombres de unidades territoriales menores incluidas en un nivel de protección.* 2.2. *Asociación de las marcas a un concreto nivel de protección.*—III. CONTENIDO DE LA LEY Y REMISIONES REGLAMENTARIAS.—IV. ALGUNOS ASPECTOS VITÍCOLAS ABORDADOS POR LA LEY: 1. EL RÉGIMEN DE LAS TRANSFERENCIAS DE DERECHOS DE REPLANTACIÓN: 1.1. *La consagración de los derechos de adquisición preferente a favor de las Comunidades Autónomas:* 1.1.1. La situación en la legislación básica y en la legislación de otras Comunidades Autónomas. 1.1.2. La regulación de los derechos de adquisición preferente en la Ley de la Viña y del Vino de Castilla y León. 1.2. *Las cesiones obligatorias de derechos de replantación en los casos de transferencias entre Comunidades Autónomas.* 2. ARRANQUES POR FALTA DE CULTIVO DE LOS VIÑEDOS.—V. LA MAYOR DENSIDAD LEGISLATIVA A LA HORA DE TRATAR LAS CUESTIONES CONCERNIENTES A LA VINICULTURA.—VI. LA ESTRUCTURA Y NATURALEZA DE LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN Y DE CONTROL DE LOS VINOS DE CALIDAD EN LA LEY DE LA VIÑA Y DEL VINO DE CASTILLA Y LEÓN: 1. LA NATURALEZA DE LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN: 1.1. *Exposición del sistema.* 1.2. *La problemática específica de los órganos de gestión de los vinos de pagos.* 1.3. *Criterios de simplificación administrativa en el montaje de los órganos de gestión.* 1.4. *La sucesión de los viejos Consejos Reguladores: algunas cuestiones problemáticas.* 2. EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE CONTROL Y CERTIFICACIÓN. 3. LA RELACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN Y LOS ÓRGANOS DE CONTROL: FUNCIONES A DESEMPEÑAR POR ORGANISMOS PÚBLICOS DE CONTROL Y POR ORGANISMOS PRIVADOS.—VII. UNAS CONSIDERACIONES ÚLTIMAS SOBRE LA CONCEPTUACIÓN DE LOS DISTINTOS NIVELES DE PROTECCIÓN.—VIII. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«El derecho protector de los consumidores y usuarios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León», por BENJAMÍN PEÑAS MOYANO, pág. 43.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA MATERIA DE PROTECCIÓN DEL CONSU-

MIDOR Y USUARIO.—III. EL DERECHO PROTECTOR DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN: 1. CRONOLOGÍA DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS EN LA MATERIA. 2. LA LEY 11/1998, DE 5 DE DICIEMBRE, PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE CASTILLA Y LEÓN: 2.1. *Noción de consumidor y usuario*. 2.2. *Los derechos de los consumidores y usuarios: enumeración y sucinta consideración*. 2.3. *Medios y procedimientos eficaces de protección de los derechos de los consumidores y usuarios y actuación de los poderes públicos*. 3. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA SECTORIAL CASTELLANO-LEONESA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y USUARIO.—IV. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«La pluralidad subjetiva en los procesos civiles caracterizados por la llamada “técnica monitoria”», por JOSÉ BONET NAVARRO, pág. 93.

SUMARIO: I. GENERALIDADES.—II. LA ADMISIBILIDAD DE PLURALIDAD SUBJETIVA EN EL PROCESO MONITORIO COMÚN DE LOS ARTÍCULOS 812 A 818 LEC: 1. ADMISIBILIDAD GENERAL DE LA PLURALIDAD SUBJETIVA. 2. CRÍTICA A LA INADMISIBILIDAD PARCIAL POR LA VÍA DE QUE EL DOMICILIO DE LOS CODEMANDADOS SE ENCUENTRE FUERA DEL PARTIDO JUDICIAL DEL JUZGADO COMPETENTE. 3. CRÍTICA A LA INADMISIBILIDAD PARCIAL POR LA VÍA DE QUE RESULTE INADMISIBLE LA PLURALIDAD POR DERIVAR DE UNA ACUMULACIÓN.—III. DISTINCIÓN DE ALGUNOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD EN LOS PROCESOS MONITORIOS: 1. DISTINCIÓN ENTRE LOS SUPUESTOS DE PROCESO ÚNICO CON PLURALIDAD DE PARTES Y DE PROCEDIMIENTO ÚNICO CON PLURALIDAD DE OBJETOS Y SUJETOS: 1.1. *Artículo 57 LCCH: obligación solidaria que genera acumulación*. 1.2. *Artículo 57 LCCH: Acumulación especialísima, eventual y subsidiaria*. 1.3. *La especial pluralidad de partes previstas en los procesos por reclamación de gastos de comunidad: solidaridad que genera acumulación*. 1.4. *Eventuales y relativas dificultades de distinción entre obligación solidaria o mancomunada*. 2. LA PLURALIDAD SUBJETIVA EN LAS POSICIONES ACTIVA Y PASIVA. 3. DISTINCIÓN DE LOS SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN, EN ESPECIAL LA QUE SE PRODUCE ANTE LA EVENTUAL EXTENSIÓN DE LA EJECUCIÓN.—IV. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE TODA PLURALIDAD SUBJETIVA EN LA POSICIÓN PASIVA EN EL CONCRETO ÁMBITO DE LOS PROCESOS MONITORIOS: 1. REQUERIMIENTO DE PAGO FUERA DE LA DEMARCACIÓN TERRITORIAL DEL JUZGADO COMPETENTE. LA PLURALIDAD SUBJETIVA EN LOS PROCESOS CIVILES CARACTERIZADOS POR LA LLAMADA «TÉCNICA MONITORIA». 2. REQUERIMIENTO DE PAGO MEDIANTE EDICTOS PARA TODOS O ALGUNO DE LOS DEUDORES. 3. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA Y SUS CONSECUENCIAS.—V. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA ACTITUD DESCOORDINADA DE LAS PARTES SITUADAS EN LA POSICIÓN PASIVA: 1. PLURALIDAD POR ACUMULACIÓN OBJETIVO-SUBJETIVA. 2. PROCESO ÚNICO CON PLURALIDAD DE PARTES: 2.1. *Oposición por alguno de los litisconsortes*. 2.2. *Pago por alguno o algunos de los litisconsortes*. 2.3. *Ejecución por falta de pago u oposición*.—VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.—VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«Los nuevos cuerpos al servicio de la administración de justicia», por MAR JIMENO BULNES, pág. 147.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LO 19/2003: EL PASADO.—III. LA ACTUAL REGULACIÓN CONTENIDA EN LA

LOPJ: EL PRESENTE: 1. CLASIFICACIÓN DE CUERPOS: 1.1. *Cuerpos Generales*: 1.1.1. Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa. 1.1.2. Cuerpo de Tramitación Procesal y Administrativa. 1.1.3. Cuerpo de Auxilio Judicial. 1.2. *Cuerpos Especiales*.—2. RÉGIMEN GENERAL RELATIVO AL ESTATUTO JURÍDICO.—IV. PROBLEMÁTICA Y PROYECTOS DE FUTURO.—V. BREVE REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«La evaluación de impacto ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico», por ÍÑIGO SANZ RUBIALES, pág. 195.

SUMARIO: I. CONCEPTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.—II. ANTECEDENTES.—III. LA NORMATIVA APLICABLE: 1. LEGISLACIÓN EUROPEA. 2. LEGISLACIÓN ESTATAL. 3. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA.—IV. LA DIRECTIVA 85/337, DE 27 DE JUNIO: 1. CONTENIDO DE LA DIRECTIVA. 2. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA EIA: LA DIRECTIVA 97/11.—V. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE EIA: 1. NATURALEZA Y OBLIGATORIEDAD DE LA NORMATIVA. ALCANCE DE LA RESERVA DE LEY. 2. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL. 3. EL PAPEL DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL EN LA DECLARACIÓN. 4. IMPUGNABILIDAD DE LA DIA: 4.1. *La tesis doctrinal de la DIA como acto definitivo: impugnabilidad autónoma*. 4.2. *La tesis doctrinal de la DIA como acto de trámite cualificado*: 4.2.1. La DIA negativa es un informe vinculante. 4.2.2. La falta de impugnación de una DIA ¿puede causar perjuicios irreparables? 4.2.3. La publicación de la DIA, un indicio de su impugnabilidad autónoma. 4.3. *Los intereses difusos, legitimantes de la impugnación*. 5. RÉGIMEN DE LA INVALIDEZ. 6. EL RÉGIMEN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO.—VI. PARTICULARIDADES DE LA LEGISLACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE CASTILLA Y LEÓN: 1. LOS DIVERSOS RÉGIMENES DE DIA. 2. LOS SUPUESTOS PROPIOS DE EIA. 3. REQUISITOS DEL EQUIPO REDACTOR DEL ESTUDIO.—VII. BIBLIOGRAFÍA SUMARIA.

«Multiculturalismo y contrato de trabajo. Algunos desafíos de la integración laboral de los extranjeros en España», por ANA I. CARO MUÑOZ y M.^a DEL CARMEN CUEVA PUENTE, pág. 227.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS COMO TRABAJADORES: CONFIGURACIÓN NORMATIVA: 1. NORMATIVA INTERNACIONAL. 2. NORMATIVA EUROPEA. 3. ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 3.1. *Marco constitucional*. 3.2. *Derechos de los trabajadores en la Ley de Extranjería*. 3.3. *Condicionamientos de la norma: autorización para trabajar*.—III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN EL CONTRATO DE TRABAJO. DOCTRINA CONSTITUCIONAL.—IV. ALGUNOS SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS DE VIGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES «INESPECÍFICOS» DE LOS EXTRANJEROS EN LA EMPRESA PRIVADA: 1. LA LIBERTAD CORPORAL. 2. LA LIBERTAD RELIGIOSA.—V. LA PROBLEMÁTICA DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES «INESPECÍFICOS» DE LOS EXTRANJEROS AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS EN EL ÁMBITO DEL EMPLEO PÚBLICO. 3. UN EJEMPLO: LA LIBERTAD RELIGIOSA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 40 (Mayo 2006)

«Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (segunda parte)», por MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE, pág. 9 (sin sumario).

«La prohibición de los espectáculos taurinos: problemas constitucionales», por GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL, pág. 71.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DISCUTIBLE COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA PROHIBIR LOS ESPECTÁCULOS TAURINOS: 1. LA COMPETENCIA AUTÓNOMICA EN MATERIA DE SANIDAD. 2. LA COMPETENCIA AUTÓNOMICA EN MATERIA DE ESPECTÁCULOS. 3. EL RESPETO DE LA COMPETENCIA ESTATAL EN MATERIA DE FOMENTO DE LA CULTURA.—III. EL LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS: A) *La libertad artística. El toreo como arte.* B) *Las libertades profesional y de empresa.* C) *La libertad genérica de actuar.* 2. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. RESERVA DE LEY Y TIPCIDAD. 3. EL LÍMITE DE LA LLAMADA RESERVA DE CONSTITUCIÓN: A) *La doctrina de la reserva de Constitución: los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos para proteger otros derechos o bienes de rango constitucional.* B) *El rango infraconstitucional del bienestar de los animales.* C) *Crítica de la doctrina de la reserva de Constitución.* 4. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. UTILIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LAS MEDIDAS PROHIBITIVAS. EL MAYOR PESO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 5. LA INTERPRETACIÓN *PRO LIBERTATE* DE LAS INDETERMINACIONES LEGALES. EL EJEMPLO FRANCÉS.—IV. ADVERTENCIA FINAL.

«Una aproximación a la figura de la recuperación de la nacionalidad española y a sus problemas», por JESÚS FLORES RODRÍGUEZ, pág. 113.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DE LA FIGURA.—II. CONCEPTO. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN FRENTE A OTRAS FORMAS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD.—III. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.—IV. EL PROCEDIMIENTO PARA RECUPERAR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. SUPUESTOS: RÉGIMEN GENERAL Y ESPECIAL: A) RÉGIMEN GENERAL (ART. 26.1.º DEL CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS: 1. *La prueba de haber ostentado la nacionalidad española.* 2. *La residencia legal en España:* 2.1. Excepciones al requisito de residencia legal: a) Emigrantes e hijos de emigrantes. Especial consideración al sistema permanente asimilado de recuperación de la nacionalidad por la mujer española que contrajo matrimonio con extranjero; b) Dispensa de la residencia por el Ministro de Justicia. 3. *La declaración ante el encargado del Registro Civil.* 4. *La inscripción de la recuperación en el Registro Civil.* B) RÉGIMEN ESPECIAL (ART. 26.2.º DEL CÓDIGO CIVIL). HABILITACIÓN DISCRECIONAL POR EL GOBIERNO.—V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA TRAS LA LEY 36/2002.

«Efectos de la reserva de dominio», por MANUEL MONTÁNCHEZ RAMOS, pág. 155 (sin Sumario).

«La unidad del ordenamiento jurídico ante los retos medioambientales», por CARLOS-M.^a RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, pág. 193 (sin sumario).

«El problema de la doble imposición y los métodos para su eliminación en el Impuesto sobre Sociedades español», por LUIS MARÍA ROMERO FLOR, pág. 217.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO DE DOBLE IMPOSICIÓN, ELEMENTOS INTEGRANTES Y CAUSAS GENERADORAS.—3. MEDIDAS Y MÉTODOS UTILIZADOS PARA TRATAR DE EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL: 3.1. MEDIDAS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. 3.2. MÉTODOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL. 3.3. MÉTODOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES ESPAÑOL.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO

Número 1 (2005)

«Las transformaciones del Código Civil de Cuba a raíz de la Revolución de 1959», por MIGUEL R. GARAY AUBÁN, pág. 1.

«La figura del Corredor de Bienes Raíces como intermediario en los contratos de opción de compra o venta a la luz de la Ley número 10 de 25 de abril de 1994. Análisis jurisprudencial: Vélez López v. Izquierdo Stella», por LESLIE J. RIVERA PAGÁN, pág. 13.

«¿Constitucional el impuesto municipal sobre ventas de consumo?», por MARISEL HEREDIA TORRES, pág. 37.

«Análisis del problema de falta de especialistas médicos y la aplicación de la mancomunidad como solución real al resarcimiento por daños», por IVÁN APONTE FIGUEROA y XIOMARA COLÓN RODRÍGUEZ, pág. 47.

«La unidad familiar y la aplicación de la responsabilidad solidaria en los cocausantes de un daño», por RAFAEL FREYTES CUTRERA, pág. 69.

«La necesidad de implementar estándares ergonómicos en el área laboral», por LUIS G. PARRILLA HERNÁNDEZ y LUIS F. FRANQUI ESPINET, pág. 85.

«Rol del Derecho Penal en la protección del medio ambiente», por RICARDO RANGEL RIVERA, pág. 101.

«Toque de Queda: violación constitucional o mecanismo para combatir la criminalidad», por MARÍA TERESA TORRES ZAPATA y XAYMARA MARTÍNEZ SANTIANO, pág. 117.

«Ley del Buen Samaritano: ¿Incentivo suficiente para ayudar en casos de emergencia?», por ANTONIO ÁLVAREZ DOMENECH, pág. 133.

«La reducción del gasto gubernamental a base del plan de beneficio de retiro temprano: Su impacto en el Derecho Laboral de los empleados públicos de edad avanzada», por ALEXANDER S. ADAMS VEGA, pág. 147.

«Ley de Monopolios: Ineficiencia ante el comercio de las cadenas multinacionales en Puerto Rico», por YADIRA TORRES RUIZ, pág. 163.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY Números 1 a 12 (Enero-Diciembre 2005)

«La intervención notarial en relación con el blanqueo de dinero», por FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL y ÓSCAR FÉLIX RUIZ, pág. 9.

«Partición en fraude de los acreedores», por ENRIQUE AREZO PÍRIZ, pág. 43.

«Fusión y escisión de sociedades comerciales», por ADRIANA AMADO, pág. 67.

«Acciones, rescate de acciones, amortización y adquisición por la propia sociedad», por DANIELLA CIANCIARULO BERTONE, pág. 77.

«Pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales, especialmente referido a las sociedades anónimas», por CRISTINA HERDT, pág. 87.

«La Ley número 17.011 y las nuevas soluciones de la normativa marcaría», por SIEGBERT RIPPE, pág. 97.

«Convenios de sindicación de accionistas», por MARITHZA RIVAS ANSALÁS, pág. 105.

«Actuación de las sociedades mercantiles extranjeras», por RUBÉN SANTOS BELANDRO, pág. 125.

REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE Número 2 (Julio-Diciembre 2005)

«Hacia la formación de la Constitución democrática que exige el cambio político en México», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 11.

«La tutela judicial efectiva de los derechos políticos en México», por JOSÉ DE JESÚS COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 45.

«La formación de la justicia administrativa retenida en Francia», por SIMÓN GILBERT, pág. 77.

- «La Auditoría Superior de la Federación y la naturaleza jurídica de la responsabilidad resarcitoria», por JORGE CHAIRES ZARAGOZA, pág. 101.
- «Justicia y seguridad jurídica en un mundo de jurisprudencias desbocadas (el costo de ventas en ISR)», por GUSTAVO AMEZCUA GUTIÉRREZ, pág. 125.
- «Impunidad y estado de derecho», por NAUHCATZIN TONATIUH BRAVO AGUILAR, pág. 143.
- «Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar», por MARÍA DE MONTSERRAT PÉREZ CONTRERAS, pág. 159.
- «Las debilidades en la descentralización de la gestión ambiental en México», por FRANCISCO VALADEZ FERNÁNDEZ, pág. 183.
- «El principio de precaución en el derecho comunitario: el ejemplo de los Organismos Genéticamente Modificados (OGM)», por GUILLERMO CAMBERO QUEZADA, pág. 211.
- «La gestión de residuos sólidos en el municipio de Zapopan a partir de 1999», por JORGE ALFREDO JIMÉNEZ TORRES, pág. 225.
- «México en el protocolo de Kyoto», por Ana Bertha Cuevas Tello, pág. 245.
- «Proyecto de la presa hidroeléctrica La Parota, Guerrero, ¿un proyecto de interés público?», por RAQUEL GUTIÉRREZ NÁJERA y otros, pág. 263.

REVUE DE DROIT UNIFORME

- «Le rôle du Groupe spécial sur le Registre International (GSRI) dans la mise en place du Registre pour les garanties internationales portant sur des biens aéronautiques», por JOSEPH R. STANDELL, pág. 8.
- «Le Registre international pour les garanties internationales portant sur des biens aéronautiques: présentation de sa structure», por RONALD C. C. CUMING, pág. 18.
- «La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et de la Convention d'UNIDROIT de 1995», por PAUL LAGARDE, pág. 83.
- «Complémentarité entre les Conventions de l'UNESCO de 1970 et d'UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels», por G. CARDUCCI, pág. 93.
- «L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription», por BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON y DENIS MAZEAUD, pág. 103.