

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXVI • Marzo-Abril 2010 • Núm. 718

Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28013 Madrid

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

Don Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Decano del Colegio de Registradores de
la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de España

Comité editorial

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

Don Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

S U M A R I O

	<i>Págs.</i>
NOTA DE LA REDACCIÓN	441
ESTUDIOS	
«La transformación del Registro de la Propiedad», por LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA	449
«Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato», por HÉC- TOR DANIEL MARÍN NARROS	487
«El Registro de la Propiedad y el medio ambiente», por MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA	519
«La proporcionalidad entre votos y capital en la Sociedad Anónima. Reflexiones en torno a la mayoría económica en la Junta de Accionistas», por MARIO SÁNCHEZ LINDE	551
«La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la per- sona con discapacidad», por INMACULADA VIVAS TESÓN	585
DICTÁMENES Y NOTAS	
«Hipoteca en mano común», por ABIGAIL QUESADA PÁEZ	621
DERECHO COMPARADO	
«El Derecho turco. Una aproximación al sistema registral turco a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de fecha 13 de noviembre de 2008 (de- finitiva 4 de mayo de 2009)», por MANUEL ALONSO NÚÑEZ	631
«Algunas consideraciones sobre las garantías de “ejecución privada” o “extrajudiciales” o “autoliquidables”. Enfoque desde el Dere- cho argentino», por MAURICIO BORRETTO	677

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 751

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- La vecindad civil de la mujer casada y la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código Civil, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 761

1.2. Derecho de familia:

- Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 767

1.3. Derechos reales:

- La consolidación de derechos y su reflejo registral, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 772

1.4. Sucesiones:

- Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación, por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ 779

1.5. Obligaciones y contratos:

- El incumplimiento es tal si impide el fin normal del contrato frustrando las legítimas expectativas de la parte, por ISABEL MORATILLA GALÁN 791
- La duración de los arrendamientos urbanos, su prórroga y el nuevo desahucio «express» en la Ley 19/2009, de 22 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, por ROSANA PÉREZ GU-RREA 795

1.6. Responsabilidad civil:

- Indemnización de los daños morales sufridos por uno de los progenitores al ser privado por el otro de relacionarse con su hijo, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 805

2. MERCANTIL

- La acción pauliana y las aportaciones sociales a capital (I),
por FRANCISCO REDONDO TRIGO 814

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

- Nuevas realidades derivadas de los procesos de urbanización y posibles respuestas desde el ordenamiento urbanístico y registral vigente, por VICENTE LASO BAEZA 840

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 853

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Arbitration Law and Practice in the Czech Republic with regard to the Arbitration Law in Slovakia», de BĚLOHLÁVEK, por GABRIEL GARCÍA CANTERO 875
- «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO 879
- «El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho», de HANS Kelsen, por JESÚS LÓPEZ MEDEL 882

- REVISTA DE REVISTAS** 887

NOTA DE LA REDACCIÓN

En el artículo «El nuevo derecho de superficie», de M.^a Isabel DE LA IGLESIA MONJE, publicado en el número 712, en las páginas 686 y siguientes, se reproducen, sin los entrecomillados y citas correspondientes, algunos párrafos de un trabajo publicado por Sofía DE SALAS MURILLO, con el título «El derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007: una aproximación inicial», en la *Revista Aragonesa de Administración Pública, Monografías*, vol. IX (2007), págs. 327-385. Algunas de las consideraciones de este trabajo se recogieron también en «Reflexiones en torno a la inscripción del derecho de superficie y su relación con las categorías de eficacia (LS de 1956) y validez (LS de 2007)», en la revista electrónica *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia* (2007), (Estudios) <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=520>.

La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, una vez conocido cuanto antecede, ha decidido publicar, a continuación, la parte correspondiente del trabajo «El nuevo derecho de superficie», incluyendo ahora las referencias omitidas a los trabajos de la profesora DE SALAS.

Página 686

— «*Válida constitución*, en términos prácticamente idénticos a los del artículo 145 LH, hace que podamos afirmar que el legislador opta por la inscripción constitutiva.

Hasta ahora, tanto en la legislación del suelo como en la hipotecaria (RH) se empleaba otra categoría: la *eficaz* constitución (1)».

— «Hasta la promulgación de la primera Ley del Suelo en 1956, al nacimiento del derecho de superficie —como derecho real que es— se aplicaba

(1) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 346.

el sistema general del título y el modo, *ex* artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Ha de decirse que las escasas referencias legislativas al mismo y su, asimismo, relativamente escasa utilización, hicieron que el tema no fuera objeto de especial atención.

Con la Ley del Suelo de 1956 surge el problema interpretativo en la medida en que su artículo 158.2.º establecía que: «*La constitución del derecho de superficie deberá, en todo caso, formalizarse en escritura pública y como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad*». Tres años más tarde, en 1959, se reforma el Reglamento Hipotecario, que sobre este punto disponía en su artículo 16.1 RH que: «*Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno...*», detallando a continuación las menciones de la inscripción» (2).

Páginas 687 y 688

«Textos, de rango legal y reglamentario respectivamente» en los cuales «se emplea el término y la categoría de *eficacia*» (3) constitutiva de la inscripción.

«...de hecho se hacía depender de la inscripción la *válida* constitución del derecho.

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

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

En el FJ 13.º de la citada sentencia se dice que la previsión del artículo 16.1 en la redacción dada por el Decreto de 1998, es ilegal porque «establece, en contra del principio de libertad contractual, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, al mismo tiempo que invade su regulación sustantiva reservada a la ley». No sólo, parece decir el Tribunal Supremo, el texto reglamentario «invade su regulación sustantiva reservada a

(2) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 346.

(3) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 346.

la ley», sino que —y ahí parece traslucirse la opinión de los integrantes de la Sala sobre ese particular— el contenido de tal invasión supone una vulneración del principio de libertad contractual. Es decir, no sólo habría una extralimitación respecto al texto legal, sino que al margen del rango jerárquico, una opción de este tipo supondría de por sí una vulneración de uno de los principios inspiradores de nuestro sistema: el de la libertad contractual» (4).

Página 689

— «Desde el momento de su celebración, atribuye al superficiario el derecho a poseer el terreno gravado, para poder proceder a la obra de construcción y el derecho a defender dicha posesión no sólo frente a cualquier perturbador, sino especialmente frente al propietario del terreno.

— El superficiario posee el suelo en concepto de tenedor para disfrutarlo, perteneciendo el dominio a su propietario (cfr. art. 432 CC) y a la vez posee el vuelo, o el subsuelo, con la intención de hacerlo como suyo, así como lo construido en su volumen, por el tiempo de vigencia de su derecho de superficie (cfr. art. 430 CC).

— Una vez se haya construido, goza de una protección posesoria de lo construido (y del propio derecho de superficie), como la que tiene el propietario o el usufructuario» (5).

— «La plena eficacia del derecho de superficie (a poseer para construir, y poseer lo construido) frente al constituyente o su sucesor o adquirente. Y se tiene el derecho también frente al sucesor del constituyente porque de lo contrario sería un derecho meramente obligacional».

— «Evita la aparición de un tercero de buena fe que inscriba su derecho y pueda desconocer la existencia de la superficie» (6).

— «Los superficiarios se ven abocados a inscribir, pero al mismo tiempo están protegidos porque su derecho será oponible *erga omnes* con independencia del conocimiento (prácticamente imposible en el caso de falta de apariencia posesoria) de los terceros».

«Tanto la legislación navarra (Ley 428.3 de la Compilación navarra) como la catalana, optan por el carácter declarativo de la inscripción. El texto del Código Civil catalán se inclina por la línea general de la oponibilidad a terceros de buena fe, bien desde la inscripción, bien desde el conocimiento de la situación por parte de terceros (art. 564-3-3)» (7).

(4) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 347.

(5) BLANQUER UBEROS, *Acerca del derecho de superficie*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pág. 97, nota 127, y 99 y sigs., citado en el trabajo.

(6) Ambos entrecomillados, de DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 352.

(7) DE SALAS MURILLO, Sofía, págs. 353 y 354.

Página 690

«Si el legislador hubiera querido optar en su momento —como ha hecho ahora— por la inscripción constitutiva, ¿se hubiera producido esa violación de la libertad contractual?» (8)...

El Consejo de Estado entendía que, dado que el Reglamento Hipotecario «debía tener alcance general y aplicación a todos los supuestos del derecho, no puede optar por la opción más *fuerte*, que es la de la eficacia constitutiva. Tiene que permitir que en el ámbito no urbanístico se pueda optar por la no inscripción. Lo dicho supone dar por supuesto, por una parte, que hay dos modalidades de derecho de superficie, común y urbanística. Y por otro, que los términos de la legislación urbanística debían interpretarse, precisamente, como de inscripción constitutiva. Sin embargo, no era en absoluto unánime este modo de concebir el derecho.

...En cuanto a la exigencia de escritura, parece claro que el TRLS 1992 la consideraba como un supuesto de forma *ad solemnitatem* al menos para la modalidad urbanística. Por tanto, tratándose de la superficie constituida con arreglo a la Ley del Suelo, la constitución del derecho real de superficie como tal requería la escritura pública» (9).

«Si se trata de una forma *ad solemnitatem*, su ausencia parece que debería determinar la sanción de nulidad radical, pues la falta de forma en los casos excepcionales en los que viene exigida para la validez del contrato determinaría esta sanción» (10).

«El supuesto de hecho constitutivo del derecho real de superficie —al igual que sucede con la hipoteca— es complejo, integrado por dos actos jurídicos relacionados entre sí (contrato-título y modo) pero diferenciables» (11).

Página 691

— La «no materialidad» o «imperceptibilidad extrarregistral» de la superficie, hacen que al igual que en la hipoteca, el único modo de hacer efectivo y viable el derecho sea la inscripción registral; esta necesidad de reflejo registral alcanza tal entidad que condiciona la existencia misma del derecho (12).

— «Hasta la inscripción, la formalización tiene suspendidos todos sus efectos (y no sólo los efectos frente a terceros) sin perjuicio de que las

(8) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 348.

(9) DE SALAS MURILLO, Sofía, págs. 348 y 349.

(10) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 349, con nota a pie aclaratoria.

(11) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 349.

(12) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 350, y autores allí citados que emplean las expresiones entrecomilladas.

vicisitudes de capacidad, existencia de los otorgantes, vicios del consentimiento, queden ya cristalizados en el momento de la forma (13).

Por otro lado recordemos cómo «el TRLS 1992 conectaba la inscripción con la eficaz constitución, sin hacer mención en ningún caso de “eficacia frente a terceros”; la ausencia de inscripción determinaría, en consecuencia, la ineficacia del negocio no sólo frente a terceros sino *inter partes*». Lo cual, siguiendo la propia letra de la Ley, es «un supuesto de ineficacia, no de invalidez. De modo que el título de constitución no inscrito, como es *válido* aunque ineficaz a los efectos de constitución del derecho real, serviría, al menos, como título para la usucapión, y como base para la mutua exigencia de elevación a público del título y su posterior inscripción» (14).

«Partamos del supuesto común de un tercero interesado en la adquisición de una finca que acude al Registro a conocer la situación jurídica de la misma»...

Página 692

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

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

El problema se plantea cuando todavía no se ha empezado a construir, en los que no hay apariencia posesoria alguna. En estos supuestos es altamente improbable el conocimiento de la situación con los medios ordinarios y por

(13) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 5.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 410 y 411, citado por la autora.

(14) NAVARRO VIÑUALES, José M.ª, «El derecho de vuelo. El derecho de usufructo», en *Instituciones de Derecho Privado* (coord. por Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL), Tomo II, Reales, vol. 1.º, Civitas-Consejo General del Notariado, 2003, Madrid, págs. 731 y 759, citado por la autora.

ende, la oponibilidad derivada de dicho conocimiento. Es ésta una situación transitoria, en la medida en que normalmente se habrá fijado un plazo para construir, pasado el cual, se extingue el derecho de superficie» (15).

— La imposición de la inscripción supone la sobreprotección del superficiario al imponerle «una actuación en su propio interés».

Por otro lado, «la concesión de cierto margen de libertad»... implica el ahorrarse «la inscripción en aquellos supuestos en los que el interesado (superficiario) considere que puede proteger su posición mediante la prueba —con todo lo que supone— del conocimiento por parte de los terceros, que determinaría la oponibilidad del derecho» es la solución que «adopta la legislación catalana en el artículo 546-3.3 del Código Civil catalán. Partiendo de que la constitución del derecho necesariamente ha de constar en escritura pública (art. 564-3.2), presupone que el derecho real existe como tal desde el momento del título constitutivo y que tal constitución y sus modificaciones *«...pueden oponerse a terceros de buena fe desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos establecidos en la Ley Hipotecaria o desde que las terceras personas han tenido conocimiento de las mismas»* (16).

Página 693

Además, «la utilización del derecho por parte de las Administraciones Públicas (señaladamente Ayuntamientos) y la inscripción aportaría un decisivo elemento de seguridad, control y protección de los intereses comunes» (17).

(15) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 353.

(16) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 354.

(17) DE SALAS MURILLO, Sofía, pág. 355.

ESTUDIOS

La transformación del Registro de la Propiedad (*)

por

LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA
Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Navarra

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA FINCA COMO PRESUPUESTO ESENCIAL.
- III. DEL REGISTRO DE TÍTULOS AL REGISTRO DE FINCAS:
 1. UN PASO PREVIO: LA INMATRICULACIÓN.
 2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS.
 3. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y SUS PRIMERAS REFORMAS:
 - A) *Ausencia de un procedimiento de inmatriculación.*
 - B) *Descripción de la finca por exigencia del principio de especialidad.*
 - C) *Primera inscripción como excepción al tracto sucesivo.*
 4. LA REFORMA DE 1944 Y LA LEY HIPOTECARIA DE 1946:
 - A) *Nueva concepción de la finca registral.*
 - B) *Elementos que favorecen la transición al Registro de fincas.*
 - C) *El nominalismo de la Ley de 1946.*
 5. LA INFORMATIZACIÓN DEL REGISTRO Y LA REFORMA DE 1996.
- IV. EL REGISTRO DIGITAL Y GRÁFICO.
- V. VALORACIÓN FINAL.

(*) El presente artículo constituye una reelaboración del trabajo titulado «La evolución del Registro de la Propiedad y el nuevo paradigma de la publicidad registral», premiado por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación con el *XI Premio Gascón y Marín*, entregado en Zaragoza el 2 de octubre de 2008.

I. INTRODUCCIÓN

El Registro de la Propiedad es una institución fundamental para el tráfico jurídico porque a través de él se tiene noticia de las titularidades y las cargas que afectan a las fincas. La información que proporcionan los Libros registrales es una fuente de seguridad jurídica para los adquirentes y acreedores hipotecarios que no tendrán que investigar la situación extrarregistral de las fincas.

El Real Decreto de 10 de agosto de 1855 constituye el detonante definitivo de nuestro actual sistema hipotecario porque condenó las normas entonces vigentes, ya que no cumplían de modo apropiado sus fines. «No garantizan —afirma el Real Decreto— suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales».

Ante la referida insuficiencia se impulsó la redacción de una Ley especial en materia inmobiliaria e hipotecaria. Los trabajos legislativos dieron su fruto y el 8 de febrero de 1861 se aprobó la primera Ley Hipotecaria, que creó una nueva institución basada en los principios de publicidad y especialidad cuya función era la inscripción y anotación de los derechos reales inmobiliarios.

Para el conocedor del Registro de la Propiedad español no resultará una novedad que, en lo esencial, el sistema vigente siga los pasos del elaborado en 1861. Muestra de ello es que una parte importante del articulado de la Ley Hipotecaria de 1946 proviene directamente de la Ley de 1861 (1). No obstante, el hecho de que el sistema tabular en vigor siga las líneas marcadas por la primera Ley Hipotecaria no implica que el Registro no haya evolucionado. Entre las modificaciones más relevantes están, por ejemplo, la positivización del principio de legitimación ignorado por nuestros primeros legisladores hipotecarios y la de los requisitos de la buena fe y carácter oneroso para la aplicación de la fe pública registral.

El propósito de estas páginas no es llevar a cabo un análisis exhaustivo y de detalle de la evolución del Registro desde su creación hace ya casi 150 años, sino uno mucho más humilde. A lo largo de este trabajo se analizará cómo el desarrollo tecnológico ha contribuido a la transformación del Registro de la Propiedad originario en un determinado aspecto.

(1) PAU PEDRÓN («Los rasgos del moderno Derecho Hipotecario», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 35, 2005, pág. 582) ha estudiado el texto de las distintas Leyes Hipotecarias vigentes en España y ha mostrado cómo gran parte de los artículos en vigor desde 1946 provienen de las Leyes Hipotecarias decimonónicas.

La era de las nuevas tecnologías y de la informática ha influido de diversas formas al entramado tabular. Muestra de ello es la presentación telemática de documentos, la firma electrónica avanzada, los libros electrónicos, la solicitud *on line* de certificaciones, la interconexión de los Registros, etc. Sin embargo, no procede analizar en su conjunto este proceso y las distintas vías de informatización porque ello excedería con creces el propósito del artículo. Lo que aquí se va a exponer es únicamente cómo la informatización del Registro ha consolidado la evolución de un concepto tan básico y tradicional como la *finca registral* (2).

II. LA FINCA COMO PRESUPUESTO ESENCIAL

Si en virtud de los artículos 1.1 LH y 605 CC, el Registro tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, el objeto del Registro de la Propiedad son las inscripciones de dichos hechos y negocios jurídicos por los que se crean, transmiten, modifican y extinguen de los derechos reales.

Sin embargo, no parece que los actos y contratos inmobiliarios, en cuanto a tales, puedan calificarse verdaderamente como el objeto material de la publicidad tabular (3). GORDILLO CAÑAS entiende, en este sentido, que es más correcto entender que «la situación jurídico-real de las fincas, amén de los arrendamientos y las limitaciones de capacidad y dispositivas del titular registral, constituyen el más íntegro y adecuado objeto de la inscripción en el Registro y de la publicidad registral» (4).

Por su parte, MÉNDEZ GONZÁLEZ estima que la inscripción en sentido amplio es el objeto del Registro. Para justificar su posición manifiesta que,

(2) Para un repaso completo de todas las medidas que tienden a la informatización del Registro de la Propiedad, cfr. VILCHES TRASSIERRA, «Hacia el Registro electrónico», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, II, Centro de Estudios Registrales, 2006, págs. 2899-2932.

(3) Lo dispuesto en los artículos 1.1 LH y 605 CC resulta insuficiente, también, porque la eficacia de la publicidad registral no se reduce a lo publicado en forma de asiento de inscripción o de anotación. De lo contrario, los asientos que contienen situaciones de hecho como, por ejemplo, la doble inmatriculación (que puede aparecer en el folio registral por medio de nota marginal) no serían objeto de publicidad porque no se refieren a *nuevos* derechos, sino a su situación. Además, en puridad, el objeto de la publicidad registral no son los actos o contratos, sino los derechos reales inmobiliarios recogidos en tales documentos. Con todo, estos artículos logran exponer de un modo sencillo y rápido la finalidad principal del Registro de la Propiedad.

(4) GORDILLO CAÑAS, «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», en *ADC*, 1998, pág. 429. El referido autor prescinde en su trabajo de analizar la dimensión inmobiliaria de los derechos inscritos; aunque califica a la finca como «soporte inmobiliario de los derechos inscribibles».

frente a lo que califica corriente iusnotarialista, la intabulación de la escritura pública no la dota de efectos frente a tercero. Lo que se consigue con la inscripción es hacer oponible el derecho real que en ellas se contiene, el cual por la *teoría de la abstracción* —tomada del Derecho cambiario— se incorpora al Registro de la Propiedad (5). Gracias a la abstracción, el derecho subjetivo de contenido real e inmobiliario se incorpora al folio registral y, al mismo tiempo, se independiza de la relación subyacente que sólo será relevante entre los contratantes pero no frente a tercero. Esta autonomía del derecho inscrito ha permitido el desarrollo de diversos mecanismos de protección de la información inscrita (legitimación y fe pública) que han reducido los costes transaccionales y los de vigilancia, por medio de las presunciones de integridad y exactitud del Registro.

Como el propio MÉNDEZ GONZÁLEZ pone de manifiesto, para la viabilidad de la teoría de la abstracción registral es indispensable un férreo control calificador previo a la inscripción que evite los errores (6). A mi juicio, estos *errores* que pueden afectar a los derechos inscritos pueden ser de dos tipos. Los primeros son aquellos que afectan a la capacidad de disposición del titular registral (el titular registral vende una finca que no está en su patrimonio o con cargas no inscritas) y que son los que la inoponibilidad y la fe pública pueden subsanar a favor de un tercero que inscribe. Por los efectos expropiatorios derivados de la aplicación del artículo 34 LH, la tutela de la propiedad y la estabilidad del sistema requieren que el procedimiento registral esté revestido de una serie de garantías que eviten que un sujeto *non dominus* acceda a la condición de titular registral o se pueda suplantar fácilmente la personalidad del propietario para actuar en su perjuicio.

El segundo tipo de error deriva de la insuficiente descripción del derecho que se incorpora al Registro. Quien acude al Registro de la Propiedad para tener conocimiento de la situación jurídica de una finca puede verse engañado por el Registro si éste describe de forma incorrecta el derecho de propiedad. Esta es, ciertamente, la gran limitación de la teoría de la abstracción y, en general, de la inscripción. El intento de incorporar de modo abstracto un derecho real al Registro «se enfrenta —como afirma ÁLVAREZ CAPEROCHIPI— a gravísimos problemas técnicos de muy diversa índole: respecto de la finca, en sí misma, la incorporación de la realidad material de la finca a un título y al Registro se enfrenta con el grave problema técnico de la dificultad de identificación precisa de las fincas» (7). El Registro de la Propiedad es una

(5) Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad posesoria a la titulación registral*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, págs. 145 y 171-189.

(6) Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *De la publicidad posesoria a la titulación registral*, págs. 199-204 y 212.

(7) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Comares, Granada, 2006, pág. 8.

herramienta artificial creada por el Estado para favorecer el desarrollo económico pero su eficacia funcional no puede ser ilimitada. Por este motivo, la doctrina se ha mostrado unánimemente en contra de la protección incondicional de las descripciones registrales (8).

Precisamente por las dificultades que tiene el Registro de la Propiedad para incorporar realidades físicas y para defender a los terceros que confían en ellas, entiendo que la abstracción registral no puede mantenerse hasta sus últimas consecuencias. En caso de que la fe pública no pueda proteger las descripciones físicas o se permita la intabulación de fincas de las que no se tiene noticia precisa sobre *dónde están* o *cómo son*, el derecho real adquirido por un tercero puede quedar vacío y sin contenido. El componente físico resulta accesorio, pero esencial en la configuración del derecho dominical, porque la propiedad se extiende, necesariamente, sobre un objeto determinado, aunque en ocasiones la concreción del espacio que abarca este derecho no sea fácil (9).

A pesar de esta limitación, lo que llega al Registro de la Propiedad son las declaraciones relativas a la creación, transmisión o extinción de derechos reales contenidas en documentos públicos; pero su objeto lo configuran *prima facie* los derechos reales que en dichos títulos se recogen. Los actos y contratos son únicamente el cauce a través del cual acceden al Registro los derechos que luego se publican.

En este contexto de títulos públicos y derechos reales, estimo que la finca registral es una tercera realidad conceptual que desempeña (o debe desempeñar) el papel de postulado esencial para que los derechos reales públicamente documentados se puedan inscribir. Para la intabulación de cualquier derecho real es indispensable que el Registro contenga la información relativa al terreno o espacio físico sobre el que se extiende el derecho. Por ello, si se

(8) No obstante, un supuesto particular en el que entendemos que el artículo 34 LH debe alcanzar los datos descriptivos, se recoge en FAJARDO FERNÁNDEZ/ARRIETA SEVILLA, «Fe pública registral en invasión tabular parcial de finca no inmatriculada», en *RCDI*, 2007, págs. 1569-1601. La renovación tecnológica del Registro en materia de finca registral ha dado pie a que el dogma de la exclusión de los datos descriptivos de la fe pública se haya roto y se propugne por algunos la protección de la descripción tabular de la finca registral en determinados casos. En este sentido, cfr. VÁZQUEZ ASENJO, «Aplicación de la teoría de las bases gráficas registrales al expediente de dominio», en *RCDI*, 2006, pág. 214; JUEZ PÉREZ, «Identificación gráfica de fincas registrales», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 42, 2007, pág. 124, y DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17, 2008, pág. 25.

(9) Para resolver los enfrentamientos entre propietarios colindantes se regula la acción de deslinde. A tal efecto, la STS de 12-5-1980 [RAJ 1793] ha manifestado que la acción de deslinde pretende «alcanzar las respectivas delimitaciones de fincas colindantes, pero con indubitada independencia dominical y tan sólo discrepancia en las respectivas superficies, y no para decidir sobre cuestiones de prevalencia dominical en favor de determinado titular».

examina la legislación hipotecaria se observará que el objeto de las inscripciones en el Registro de la Propiedad no son únicamente los derechos reales, sino que, en ocasiones, la «inscripción» se refiere o afecta a los bienes inmuebles en sentido físico, en concreto a la finca sobre la que recae el derecho que se funda en el título inscribible (10). El legislador y la doctrina emplean el concepto inmatriculación para referirse a la inscripción o intabulación de fincas. Aunque no aparece definida en la Ley Hipotecaria y sólo se incorpora al texto legal con ocasión de la reforma de 1944, es *communis opinio* que la inmatriculación es el procedimiento a través del cual una finca nace a la vida registral por medio de la apertura de un folio real específico en el Libro de Inscripciones en el que necesariamente se debe inscribir el dominio. El Registrador adjudica a este folio registral un número único y permanente para que sobre ese folio se lleven a cabo todos los asientos que afecten a dicha finca. Por medio de este procedimiento, una porción de terreno, objeto de propiedad, accede al Registro, es objeto de publicidad registral y se sujeta a las reglas específicas de la legislación hipotecaria (11).

El hecho de que la finca sea objeto de un procedimiento legal destinado a su inmatriculación, no impide rechazar la extensión de la fe pública a los datos de hecho. Para GORDILLO CAÑAS, esta limitación impuesta por la fuerza insuperable de la realidad al milagro de la fe pública no es razón suficiente para excluir a la finca del objeto de la inscripción, aunque sí lo sea para rebajar respecto de ella las consecuencias de la publicidad a favor de los terceros de buena fe (12).

Sin embargo, el tratamiento que el legislador y la práctica hipotecaria han dispensado, con carácter general, a la finca registral, no ha reflejado su condición de presupuesto esencial. Esta ha sido la razón de muchos de los conflictos y problemas que han afectado a los derechos y a la institución tabular en su conjunto. De entre todos ellos, el más peligroso y contraproducente es la doble inmatriculación registral porque es el que en mayor medida desprestigia al Registro que, en estos casos, ni tan siquiera es coherente consigo mismo. Para evitar las situaciones en las que dos folios registrales se refieren al mismo terreno y para favorecer el desarrollo de la seguridad jurídica inmobiliaria por medio de la abstracción registral, es necesario un replanteamiento del concepto de finca registral y de las funciones que cumple en el entramado tabular.

En esta investigación se tratará, por tanto, de analizar si la finca es una realidad autónoma que llega al Registro o si, por el contrario, lo único que

(10) Cfr. GORDILLO CAÑAS, *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral*, págs. 532-533.

(11) Cfr. CONCHEIRO DEL RÍO, *La inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad. Su regulación actual*, Dijusa, Madrid, 2000, pág. 25.

(12) Cfr. GORDILLO CAÑAS, *El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral*, pág. 535.

recogen los Libros de Inscripciones son los derechos reales con la determinación formal —por exigencia del principio de especialidad— del lugar donde se encuentran. Si así fuera, no existiría un procedimiento verdadero y completo de inmatriculación, por lo que las fincas registrales serán un simple requisito teórico, pero no un presupuesto objetivo de la publicidad tabular. De lo contrario, si la inmatriculación y la finca registral son realidades autónomas respecto de la inscripción del dominio, nos encontraremos ante un Registro en el que el derecho real tendrá una base física objetiva que facilitará el tráfico jurídico y concretará los pronunciamientos tabulares.

III. DEL REGISTRO DE TÍTULOS AL REGISTRO DE FINCAS

Para estudiar la evolución de la finca registral nos vamos a servir de dos términos que se han empleado abundantemente por la doctrina para clasificar los sistemas registrales: *Registro de títulos* y *Registro de fincas*. Estos conceptos, sobre todo el primero, no se han empleado siempre con el mismo significado, por lo que resultará indispensable fijar su contenido.

1. UN PASO PREVIO: LA INMATRICULACIÓN

El artículo 243 LH (y su precedente, el artículo 228 LH de 1861) acoge el sistema de folio real, en virtud del cual el Registro de la Propiedad se organiza por fincas, lo que implica que se abrirá un folio registral independiente para cada realidad física o jurídica que tenga la consideración legal de finca. Sin embargo, el hecho de que el Registro se ordene por fincas registrales a través del sistema de folio real no es suficiente para entender que las fincas son o tienen entidad autónoma e independiente del título o derecho inscrito.

En nuestro sistema, la inscripción se caracteriza por ser voluntaria y declarativa, por lo que no se concibe que la inmatriculación de las fincas se realice de oficio por el propio Registrador (13). No obstante, a pesar

(13) En el sistema tabular suizo la inmatriculación la realiza el Registrador de oficio, de modo que la autonomía de la finca y su independencia del derecho inscrito están más justificadas. El artículo 3.1 ORF (*Ordonnance sur le Registre foncier*) manifiesta que «*les biens-fonds sont immatriculés d'office au registre foncier de l'arrondissement dans lequel ils sont situés entièrement ou pour leur plus grande partie*». En España, por mantener la doctrina del título y el modo con inscripción declarativa, resulta inviable asumir el sistema de inmatriculación de oficio e independiente de la inscripción del dominio. Como acertadamente apunta CURIEL LORENTE («Comentario al art. 7 LH», ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VII, vol. 3.º, Edersa, Madrid, 1999, pág. 371), la inmatriculación de oficio de España «tiene escasa razón de ser, pues nada permite asegurar que, cuando el propietario decida llevar su derecho al Registro, la

de que en nuestro sistema tabular la inmatriculación no puede ir desgajada de la inscripción del dominio solicitada voluntariamente por el propietario (art. 7.I LH), es posible sostener que el Registro español es un Registro de fincas si de la *mens legislatoris* y de la práctica registral se deriva que las fincas acceden al Registro de forma autónoma y propia.

Aunque desde 1944 contamos con unos procedimientos que se denominan de inmatriculación (14), esto no implica que el legislador haya regulado un cauce particular para el acceso específico de las fincas al Registro. Esta afirmación encierra una cuestión de hondo calado teórico pero que, al mismo tiempo, resulta trascendental para comprender el significado y alcance de la publicidad registral: ¿son las fincas una entidad física independiente de los derechos que sobre ellas recaen?

Para que exista un verdadero procedimiento de inmatriculación es necesario que concurren dos requisitos:

- i) Es indispensable que el legislador establezca un medio específico con unos requisitos propios para que las fincas entendidas como *continentes* que reciben los derechos reales accedan al Registro de la Propiedad de una forma conjunta pero independiente de aquéllos.
- ii) La descripción de las fincas hecha en sede de inmatriculación no debe hacerse, exclusivamente, por los interesados, ni puede ser únicamente una exigencia derivada del principio de especialidad. Un verdadero sistema de inmatriculación requiere, consiguientemente, que las descripciones físicas de los inmuebles estén controladas por la calificación de los Registradores. De esta manera, sólo los *continentes* sobre los que no haya ninguna controversia podrán acceder a los libros registrales.

Sin embargo, ¿cómo pueden los Registradores examinar la mención de los datos descriptivos? Para hacer posible este control, en primer lugar, el Registro debe contar con una base de datos de la información que ya está inscrita y unos sistemas de búsqueda que permitan al Registrador analizarla de un modo funcional y rápido. Para evitar que surjan dobles inmatriculaciones, los Registradores deben tener a su disposición las oportunas herramientas

configuración de la finca siga siendo la misma». Además, nada garantiza al Registrador que sobre la finca que ha inmatriculado se vayan a inscribir derechos reales algún día y se restringe el principio de rogación sobre el que se fundamenta la labor del Registrador.

(14) Por influencia de los sistemas germánicos se importa el concepto de inmatriculación para designar el acto en virtud del cual se abre un folio registral a una finca. HERRERO OVIEDO (*La inmatriculación por título público*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 44-48) ha estudiado el origen etimológico de «inmatriculación» y ha concluido que es una importación germánica (*immatrikelieren* = matricular) que tiene su precedente en el sustantivo latino *matricula* con un préstamo léxico que justifica el añadido del prefijo «in».

que les permitan tener conocimiento de los derechos registrados y les auxilien en las tareas de calificación de nuevos documentos.

En segundo lugar, para el control eficaz de las descripciones es necesario también contar con una fuente de información ajena a los datos registrales. En un sistema como el español en el que la inmatriculación de las fincas se realiza sólo a instancia de parte, contar únicamente con medios registrales para controlar las realidades físicas resulta insuficiente, ya que hay propiedades al margen del Registro. Entiendo que, por este motivo, es necesario que el Registro de la Propiedad se apoye o cuente con un sistema de información gráfico que constituya un elemento fundamental para el análisis de las descripciones de las fincas que son objeto de inmatriculación.

Si se cumplen los requisitos anteriores, inscripción e inmatriculación serán dos términos conceptualmente distintos aunque, como operaciones registrales, se lleven a cabo de modo coincidente en el tiempo (15). La diferencia entre una y otra radica, en tal caso, en que la inscripción se refiere al dominio y a los demás derechos reales, mientras que la inmatriculación pretende lograr que el folio real refleje la concreta realidad física que soporta el dominio. Es decir, a diferencia de la inscripción, la inmatriculación pretende expresar la finca y no el derecho de propiedad que recae sobre ella. En definitiva, mientras que la inscripción se refiere al *contenido*, la inmatriculación hace referencia al *continente*.

Sin embargo, la cuestión relativa a si nuestro sistema tabular es propio de un Registro de fincas o de uno de títulos es un asunto más complejo que requiere un estudio dinámico a lo largo del tiempo.

2. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

¿Qué hay que entender por Registro de títulos y, por oposición, por Registro de fincas? Vamos a ver que estos conceptos no son extraños en la doctrina, aunque, eso sí, se han empleado con significados distintos a los que aquí se utilizarán. La razón de esta disparidad de significados radica en que *Registro de títulos* y *Registro de fincas* no se han estudiado como conceptos contrapuestos entre sí más que por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (16).

En una primera aproximación, el «Registro de fincas» se puede vincular con las técnicas de organización tabular como contrapunto de los denomi-

(15) ARNÁIZ EGUREN («El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro», en *RCDI*, 1998, pág. 380) sostiene que la inmatriculación es «una operación previa o, todo lo más, simultánea a la inscripción de un derecho determinado», pero en todo caso es una operación conceptualmente distinta de la inscripción.

(16) Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 11-21, y de modo puntual a lo largo de toda la obra.

nados «Registros de personas». En este sentido, la adopción por parte del legislador del sistema de folio real para ordenar y clasificar la información registral por *fincas*, lleva a algunos a entender que el sistema tabular se convierte, por esta razón, directamente en un Registro de fincas (17). No les falta razón a quienes afirman esto, ya que este modo de organizar la información hace que a cada finca se le adjudique un folio registral específico con un número único e invariable para toda su historia. Sin embargo, el contenido que tiene este concepto como opuesto al Registro de títulos es mucho más rico, por lo que entiendo que es insuficiente asociar el significado del Registro de fincas exclusivamente con lo dispuesto en el artículo 243 LH.

A la hora de analizar los distintos sistemas tabulares, la doctrina no ha empleado el concepto *Registro de títulos* unívocamente. La confusión a la hora de determinar el significado y alcance del Registro de títulos reside en los distintos campos en los que se emplea el mismo significante. Básicamente, la noción Registro de títulos aparece cuando se tratan los mecanismos de protección de la información inscrita o la función de la inscripción en la adquisición de la propiedad y sus relaciones con la tradición.

ARRUÑADA asocia el Registro de títulos con los efectos derivados de la inscripción. De esta forma, distingue un sistema registral basado en el principio de inoponibilidad de los documentos previos no inscritos —Registro de documentos— de otro basado en la fe pública registral —Registro de derechos o de títulos— que no sólo presume la integridad del Registro sino también la exactitud de los asientos. La diferencia principal entre un sistema y otro radica en la purga de las posibles inexactitudes que afectan al derecho del *tradens*. Mientras que en los Registros de derechos o títulos el propio sistema registral defiende al que inscribe frente a la inexactitud, anulación o resolución del derecho, los Registros de documentos derivan hacia un sistema de protección previo a través de los Notarios (Francia) o Compañías aseguradoras (Estados Unidos) (18).

Por su parte, DE LA PUENTE ALFARO al estudiar la eficacia de los Registros estadounidenses, atribuye al Registro de títulos una eficacia menor que ARRUÑADA. Las consecuencias jurídicas de estos sistemas se agotan «en la mera oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito o a lo inscrito con posterioridad. Dicho Registro es un mero archivo de información cuyo contenido no se depura, por lo que todo contrato relativo a inmuebles que reúna los requi-

(17) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Civitas, Madrid, 1995, pág. 321, y ALCÁZAR MOLINA, «Catastro, Notaría y Registro: tres instituciones que se complementan y necesitan», en *Revista de Urbanismo y Medio Ambiente*, 2001, pág. 438.

(18) Cfr. ARRUÑADA, *La contratación sobre derechos de propiedad: una aproximación económica*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2004, págs. 91-115, especialmente págs. 94 y 104, nota b. El autor prefiere la denominación Registro de derechos a la de títulos por la anfibología derivada del uso del término «título».

sitos formales se introduce en el sistema con independencia de si existen otros anteriores contradictorios» (19).

A diferencia de los anteriores, GORDILLO CAÑAS se refiere al Registro de títulos para explicar el auténtico contenido de los Libros tabulares: titularidades y derechos reales y no únicamente actos y contratos. A pesar de que materialmente lleguen títulos públicos, «nuestro Registro, a través de la documentación pública del acto o contrato constitutivo o transmisivo, recibe derechos reales ya constituidos» (20). En un sentido parecido ya se habían pronunciado SANZ FERNÁNDEZ, NÚÑEZ LAGOS y LACRUZ BERDEJO y con posterioridad CABANILLAS SÁNCHEZ (21).

Sin embargo, en este trabajo emplearé los términos Registro de títulos y Registro de fincas con un significado distinto. En concreto, aludiré a los primeros como aquellos en los que el objeto del Registro de la Propiedad son los títulos que constatan la existencia de derechos reales inmobiliarios y no las fincas en sí mismas consideradas. En estos sistemas, la relevancia y los efectos jurídicos que se dan a la finca registral son prácticamente nulos, ya que la descripción de la finca es únicamente un trámite necesario pero accesorio que consiste en la descripción *del derecho real*.

En el polo opuesto, los Registros de fincas son aquellos en los que la finca registral goza de autonomía y, como tal, accede a los Libros tabulares. Estos sistemas registrales se deben caracterizar por reunir tres notas de finitorias:

- i) La existencia de un procedimiento de intabulación de la finca (inmatriculación) que suponga una operación de despacho específica regida por unos requisitos distintos de los de la intabulación del derecho (inscripción), aunque ambas operaciones se lleven a cabo al mismo tiempo.
- ii) Las fincas que accedan al Registro deben hacerlo como una realidad superficial definida por el dominio, de una forma objetiva e inde-

(19) DE LA PUENTE ALFARO, «La eficacia de los derechos reales, con especial atención al de hipoteca, en los Estados Unidos de América. Un caso concreto: el condado de Dane, Wisconsin», en *RCDI*, 2002, pág. 2221.

(20) GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la situación jurídico-real o generadora de su apariencia jurídica)», en *ADC*, 2001, pág. 163.

(21) Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Reus, Madrid, 1944, págs. 49-50; NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, pág. 151; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III-bis, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 73, y CABANILLAS SÁNCHEZ, «El objeto de la publicidad registral», en *Libro-Homenaje a Manuel Amorós Guardiola*, II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, págs. 2120 y 2126-2127. Una acertada y sintética exposición de esta discusión aparece en DIEZ GARCÍA, *Comentario al artículo 605 del Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 773.

pendiente, sometida a las tareas de calificación y no como una simple exigencia derivada del principio de especialidad.

- iii) Las fincas ya inmatriculadas deben ser empleadas por los Registradores para la calificación en los posteriores procesos de inmatriculación, de modo que se eviten problemas de superposición de fincas registrales.

El sistema Torrens o el Registro alemán y suizo son auténticos Registros de fincas. En el *Torrens title*, la incorporación de un mapa geodésico elaborado por el Registrador (en colaboración con un topógrafo) da certeza de la existencia de la finca, así como de su ubicación, superficie, linderos y otras características. Asimismo, el Registrador acredita el derecho del que inmatricula y lo hace inatacable porque lo hace derivar de un título emitido por el Estado que convierte al documento en un certificado de propiedad que supone una prueba preconstituida del dominio (22). En Alemania y Suiza, la inmatriculación se realiza antes de la inscripción de la propiedad con plenas garantías catastrales que evitan, con carácter general, que las fincas registrales accedan incorrectamente identificadas a los libros (23).

Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, el sistema registral español parte de un sistema de títulos porque en 1861 no contábamos con un auténtico control de los datos que sirven para la descripción de las fincas y porque no teníamos un catastro completo y fiable que pudiera ser empleado como base objetiva de la inscripción (24). Además, no se desarrolló un mecanismo eficiente para controlar la coherencia del título inscribible con la información registral y la inscripción en el Registro de la Propiedad carecía de efectos sanatorios *inter partes*. Todo ello demuestra que nuestro sistema tabular nació sobre la base de un Registro de títulos sin que tampoco hubiera un auténtico procedimiento de inmatriculación. Por ello, la inmatriculación no estaba sometida a unos requisitos propios, la finca no era independiente del dominio inscrito y su descripción no era objeto de un control especial por parte de los Registradores.

Sin embargo, el Registro de la Propiedad no se puede entender como una foto fija e inmutable a lo largo del tiempo. La necesaria tutela de la seguridad jurídica y el fomento del tráfico inmobiliario han hecho necesaria cierta transformación del sistema tabular. A mi juicio, una de las materias en las que el Registro ha evolucionado es, precisamente, la progresiva autonomía de la finca registral y de su inmatriculación respecto del derecho real y su inscrip-

(22) Cfr. MIRANDA, «El sistema Torrens y la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en Australia», en *RDN*, núm. 116, 1982, págs. 160-161.

(23) Cfr. PRO RUIZ, «Los orígenes del Catastro parcelario de España», en *El Catastro en España*, II, Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, Madrid, 1988, pág. 11.

(24) Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 37.

ción. Para relatar la evolución histórica del sistema registral español en esta materia me serviré de tres etapas o periodos fundamentales. El primero de ellos comienza, como no podría ser de otro modo, con la aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861, que creó el moderno sistema registral, el cual se desarrolló sin modificaciones relevantes hasta 1944. La segunda etapa se inicia con la reforma hipotecaria de 1944 y la posterior aprobación del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria dos años después. El punto de inflexión fundamental que hace concluir la segunda etapa y supone la apertura de la tercera fase de la evolución del Registro de la Propiedad es la aprobación de la Ley 13/1996, que regula de manera efectiva la anhelada coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario.

3. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861 Y SUS PRIMERAS REFORMAS

El 8 de febrero de 1861 se aprobó la originaria Ley Hipotecaria. Esta norma creó una institución jurídica cuya función era la inscripción y anotación de los derechos reales inmobiliarios y cuyo objeto no eran las fincas sino los derechos de propiedad. Como he dejado apuntado más arriba, nuestro primer Registro de la Propiedad era un auténtico Registro de títulos organizado por fincas porque estaba destinado únicamente a la *visibilización de lo inmaterial*, esto es, a la creación de una apariencia protegible por medio de la oponibilidad de los derechos inscritos. Buena muestra de ello son los artículos 2 y 3 LH de 1861, que se refieren a la inscripción de los títulos y la ausencia de referencias a la inmatriculación de las fincas como continentes de los derechos.

Para el primer legislador hipotecario la finca registral estaba absolutamente sometida al derecho, por lo que carecía de autonomía, no accedía al Registro por medio de un procedimiento propio sino gracias a una excepción lógica al tracto sucesivo. La finca registral era, simplemente, el resultado del cumplimiento del requisito de la determinación del objeto (derecho real) que se registraba y no existían herramientas eficaces para que las fincas ya inmatriculadas contribuyeran a la calificación registral de los nuevos títulos aportados.

A) *Ausencia de un procedimiento de inmatriculación*

El legislador estaba tan centrado en los aspectos jurídicos del Registro que pasó de largo sobre la importancia que tiene para la seguridad jurídica la precisa determinación física del continente de los derechos (25). Aunque

(25) Cfr. HERRERO OVIEDO, *La inmatriculación por título público*, pág. 474.

el artículo 8 LH de 1861 aludía claramente a la finca como elemento físico de la inscripción, en esta primera etapa hipotecaria no existían medios adecuados para controlar la correspondencia entre la situación jurídica extratabular y las descripciones físicas de los derechos. La preterición por parte del legislador de los requisitos físicos de la inscripción llevó a un excesivo régimen de libertad en la descripción de los derechos que accedían al Registro. De esta manera, la finca registral ingresaba en el sistema hipotecario a través de los títulos de adquisición y con base en las manifestaciones de los propios interesados (26). El régimen de libre acceso de las fincas hizo que, en ocasiones, fuera difícil localizarla correctamente sobre el terreno, con lo que se corría el riesgo de incurrir en una discordancia entre el dominio y la finca registral e indudablemente favoreció la aparición de supuestos de doble inmatriculación.

La Ley Hipotecaria de 1861 dispuso que la inscripción de los derechos sobre las fincas que no contaban con antecedentes registrales —incluso en las antiguas Contadurías de Hipotecas, cuyos asientos se podían trasladar al Registro de la Propiedad— se podía lograr a través de dos vías distintas: la titulación pública y, subsidiariamente, la constatación del derecho con base en la posesión pacífica en concepto de dueño.

Durante esta primera etapa registral, los artículos 20.II en 1861, 20.I en 1869 y 20.III y IV LH de 1909 regulaban el cauce básico para la inmatriculación, si bien con una terminología propia de un Registro de títulos, ya que estos preceptos se referían a inscripción de los derechos y no de las fincas. Otro tanto ocurría con el artículo 397 LH de 1861, que permitía la inscripción de los derechos de dominio a través de un expediente subsidiario y posesorio tramitado ante Jueces (27).

Desde un punto de vista técnico, los medios de registración de las fincas que se recogían en las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1909 no se pueden denominar procedimientos de inmatriculación, ya que carecían de las suficientes garantías y de un auténtico control de la realidad material de la finca. Es necesario llegar a esta conclusión no sólo porque la intabulación de las fincas aparecía asociada a la primera inscripción del dominio sino porque sus requisitos no se diferenciaban sustancialmente de los que se exigían para la práctica de una inscripción cualquiera sobre una finca ya intabulada. Con carácter general, la inscripción de los derechos sobre fincas todavía no intabuladas se llevaba a cabo a través del cauce del artículo 20 LH. Esta inscripción no se diferenciaba de cualquier otra posterior más que en la exigencia de cierta antigüedad del título, según los casos, del adquirente o del transmi-

(26) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, Bosch, Barcelona, 1942, pág. 123.

(27) Fue habitual que este expediente se empleara para inscribir titularidades no jurídicas sino de hecho, lo que llevó al legislador a idear el expediente de dominio en la reforma de 1869.

tente del que solicitaba la inscripción y, en ocasiones, el requisito de la doble titulación (28).

Por ello, compartimos la opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que afirma que en nuestro sistema registral originario la primera inscripción que se practicaba en los folios «no es propiamente un procedimiento inmatriculatorio de la finca, pues la primera inscripción no está sometida a formalidades o a un control especial» (29). La supuesta autonomía de la finca registral y su fingida inmatriculación, en la primera etapa hipotecaria, eran únicamente consecuencias del acceso de la propiedad al Registro. El desarrollo del sistema del folio real partió de la especialidad registral porque a cada finca se le reservaba un folio específico en el que se inscribían los distintos derechos que sobre ella se constituían y transmitían. Por razones de seguridad jurídica era imprescindible que en el primer asiento de cada folio registral (inscripción extensa) se llevara a cabo la individualización el objeto de la propiedad. Sin embargo, este requisito tenía únicamente un contenido accesorio o formal.

B) Descripción de la finca por exigencia del principio de especialidad

El artículo 9 LH era y sigue siendo el máximo exponente del principio de especialidad registral porque recoge la necesaria especificación de toda la relación jurídico-real al imponer la «exacta descripción de las fincas y la determinación precisa del contenido, limitaciones, condiciones y rango hipotecario de los derechos reales» (30). Aunque la especialidad se concibió como una característica peculiar del nuevo sistema frente a las hipotecas generales

(28) La interpretación que la Real Orden de 20-2-1863 dio al artículo 20.II LH de 1861 permitió la inscripción directa de los títulos anteriores a 1863 sin otros requisitos supletorios. Sin embargo, desde muy pronto el legislador desechó la legitimación absoluta y prefirió contar con el apoyo de los títulos de los transmitentes. La legitimación indirecta del título ha dado lugar al requisito de la doble titulación que exige al inmatriculante que aporte junto a su título público de adquisición el que justifique la adquisición del derecho del que le transmite. Así, el requisito de la doble titulación se recogió, por primera vez, en el artículo 20.I LH de 1869. No obstante, creo que la necesidad de aportar dos escrituras públicas no supone un requisito suficiente para dotar de autonomía de la inmatriculación. Desde 1934 se prevé también la necesaria publicación de edictos en los Ayuntamientos.

En cambio, si la primera inscripción se realizaba por medio del sistema de titulación subsidiaria, aquélla se diferenciaba de una segunda inscripción por estar sometida a un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria cuyo cometido principal era garantizar la existencia del derecho, no sus características físicas.

(29) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 27.

(30) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 428. Este autor expone que la doctrina alemana (REGELSBERGER) substituyó el término especialidad por el de determinación para que en él tuvieran cabida todos los aspectos de la relación registral-inmobiliaria.

y ocultas, su aplicación englobó, desde 1861, tres aspectos distintos: el titular, la finca y el derecho.

Por exigencia del principio de especialidad, a los que pretendían la inscripción se les requería la determinación del objeto de dominio, esto es, la descripción de la finca registral (31). En este sentido, por exigencia de artículo 9.1.^a LH de 1861 «la naturaleza, situación, medida superficial, linderos, nombre y número, si constaren, de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse» eran circunstancias físicas que necesariamente debían aparecer recogidas en la inscripción. Sin embargo, estos datos no eran objeto de análisis y la confianza de un tercero en ellos no era digna de protección porque no podían ser corroborados por los Registradores.

El primer legislador hipotecario no estaba verdaderamente interesado en la perfecta identificación de las fincas o la veía como una quimera imposible, dada la tecnología de la época. Muestra de ello es la flexibilidad con la que exigía la indicación de datos esenciales para la descripción de la propiedad como los linderos o la superficie de la finca. Los primeros se describían en el folio registral *per relationem*, es decir, indicando el nombre de los presuntos titulares colindantes en el momento del otorgamiento del título. La cabida únicamente se recogía si constaba en el título inmatriculador (32). Por el contrario, para probar la veracidad de la adquisición del solicitante, el legislador se mostraba más cauteloso e instauró un sistema para la prueba de la titularidad que sólo permitía la inscripción de los títulos públicos que traían causa de otros que debían ser anteriores a una fecha preestablecida, con lo que excluía de la inscripción los documentos con un tracto transmisivo reciente (33).

(31) Cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, «El principio de especialidad registral», en *RCDI*, 1994, págs. 2396-2400.

(32) Si el legislador hubiera querido construir un Registro de fincas, hubiera exigido una descripción objetiva y estable de las fincas a través de la fijación de los linderos y de la inclusión, en todo caso, de la cabida en el folio registral. La descripción *per relationem* fue admitida sin problemas, a pesar de la ambigüedad que producía. En cambio, la voluntaria inclusión de la cabida de las fincas, perfectamente legítima en un Registro de títulos y compatible con el principio de especialidad, no fue correctamente asimilada por la doctrina que entendía que el Registro de 1861 debía actuar como un Registro de Propiedades. Cfr. BERAUD/LEZÓN FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Inmobiliario*, I, Reus, Madrid, 1927, págs. 270-272, y URIARTE BERAATEGUI, «Catastro y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 1957, pág. 20.

(33) Para asegurar la correspondencia del asiento registral con la realidad jurídica, el legislador ideó un sistema que pretendía primar la antigüedad de los títulos de adquisición porque ésta atribuye una especie de *fumus boni iuris* al título otorgado por quien justifica fehacientemente que su adquisición fue anterior a una fecha. De esta forma, en un primer momento, sólo se podían emplear, para la inscripción o inmatriculación, los títulos públicos otorgados por personas que lograban probar fehacientemente su adquisición anterior a 1863. El sistema de fechas tope sufrió diversas modificaciones hasta su desaparición en 1934. Aunque el Reglamento Hipotecario de 1947 resucitó este sistema, desapareció definitivamente en 1959. No obstante, este sistema no evita que se puedan inscribir títulos falsos o erróneos.

Para que la publicidad registral, sea útil y eficaz, es necesario que los derechos reales aparezcan en el Registro con la mayor exactitud posible, de manera que conste determinada su extensión o alcance. En el periodo que va desde la primera Ley Hipotecaria hasta la reforma de 1944, la finca se describía tabularmente para cumplir con las exigencias del principio de especialidad sin pretender delimitar el dominio. A través del artículo 9 LH se imponía, a los que solicitaban la inscripción, la inclusión de una serie de datos fácticos relativos a las fincas que no servían para identificarlas en la realidad física sino para desarrollar sobre ellas el sistema de folio real.

Aun cuando estas descripciones no fueran objeto de protección e incluso pudieran ser confusas o inexactas, la omisión de referencias descriptivas determinaba la nulidad del asiento. Así lo entendía GÓMEZ DE LA SERNA, para quien los Registradores debían calificar, bajo su responsabilidad, los datos aportados y analizar «la falta de algunas de las circunstancias que con arreglo al artículo 9 de la Ley Hipotecaria deben contener las inscripciones bajo pena de nulidad» (34). Sin embargo, la coherencia de los datos aportados por el solicitante no era contrastada con la realidad jurídica extrarregistral porque el Registrador no tenía ningún medio para hacerlo y, por lo general, tampoco con los datos que obraban en el Registro porque no había un modo rápido y funcional para evitar contradicciones.

La falta de control de las cualidades físicas de las fincas que se intabulaban confirma que nuestro primer Registro de la Propiedad fue un Registro de títulos.

C) Primera inscripción como excepción al tracto sucesivo

En opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, el sistema de folio real es un mecanismo para facilitar la principal exigencia de todo Registro de títulos: el tracto sucesivo (35). El principio del tracto sucesivo —recogido también en el artículo 20 LH de 1861— resume la función de un Registro llevado por fincas porque exige para la inscripción de cualquier derecho que su adquirente traiga causa del anterior titular registral, con lo que se evitan abusos, expoliaciones y estafas a los titulares registrales. La manera más sencilla de hacer efectivo el principio de tracto sucesivo es a través de un sistema de folio real en el que el Registrador pueda examinar si el *tradens* es el titular registral del derecho que se traspasa.

Nuestra primera Ley Hipotecaria reguló con rigidez el principio del tracto sucesivo porque exigía la previa inscripción del *tradens* para que el *accipiens*

(34) GÓMEZ DE LA SERNA, «La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera», I, *Revista Legislación*, Madrid, 1862, pág. 536.

(35) Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 29.

podiera inscribir su título. No obstante, el artículo 20.II LH de 1861 recogía una excepción a dicho principio cuando aceptaba la inscripción de determinados títulos antiguos que no contaban con precedentes tabulares. ROCA SASTRE cuando analiza el texto legal de 1909 sostiene que la inscripción que se regula en los párrafos III y IV del artículo 20 LH no constituye una excepción al tracto sucesivo sino un verdadero procedimiento de inmatriculación (36). Sin embargo, no se puede compartir esta opinión, ya que ni en 1861 ni en 1909 hay un procedimiento inmatriculador porque, como hemos visto, las fincas accedían al Registro sin entidad propia plenamente sometidas a las descripciones de los derechos (37).

La regla general para la inscripción de títulos era que si el *tradens* no tenía la condición de titular registral, el *accipiens* no podía inscribir, por lo que su solicitud se suspendería. Para subsanar esta falta y proceder a la práctica del primer asiento registral, el artículo 20.II LH de 1861 establecía que «deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme a lo previsto en los artículos 397 al 410 de esta Ley». Allí se regulaba la tramitación del expediente supletorio de información posesoria para los casos en los que no se tuviera un título escrito suficiente para la primera inscripción del dominio.

En el momento de entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, el legislador intuía que todo propietario tendría un título de propiedad escrito y —si no constaba en la Contaduría de Hipotecas— correría a inscribirlo en el nuevo Registro de la Propiedad. De esta manera, la primera inscripción de las fincas se produciría a través del traslado de la información de la Contaduría o por medio de la inscripción en el Registro del título que podría haberse inscrito en aquella. Con esta concepción, el legislador pensó que todo adquirente posterior a la entrada en vigor de la Ley lo sería de un *tradens* titular registral y por ello estableció con rigidez el sistema de tracto sucesivo. Sin embargo, no se cumplió este pronóstico y gran parte de la propiedad inmobiliaria permaneció al margen de la publicidad registral (38).

(36) Cfr. ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, 1942, pág. 174.

(37) Sobre la inmatriculación como excepción lógica al tracto sucesivo se ha pronunciado LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, III-bis, pág. 308), para quien la inmatriculación es la única excepción, aparte de la legislación especial del tracto sucesivo.

(38) En la mente del legislador, los procedimientos recogidos en el artículo 20 LH de 1861-1869, para hacer la primera inscripción del dominio, no pasaban de ser una norma de Derecho Transitorio. ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, I, 1942, pág. 170) estima que el legislador pensaba que con el nuevo sistema tabular la totalidad de las fincas accederían rápidamente al Registro, por lo que la inmatriculación dejaría de tener sentido. Una vez que toda la propiedad inmobiliaria estuviera registrada imperaría el principio de tracto sucesivo para las transmisiones de los inmuebles y para su agrupación, agregación, segregación o división que producirían la apertura de nuevos folios registrales derivados de una matriz.

Si el derecho del *tradens* no constaba en la Contaduría ni el Registro, para que el *accipiens* que no tuviera un título antiguo pudiera inscribir su derecho debía acudir al expediente posesorio de la finca, sustituido en 1869 por el expediente de dominio. El auto estimatorio que ponía fin a estos expedientes era directamente inscribible con lo que se suplía la falta de un precedente registral y la carencia de un título apto para la inscripción.

Por tanto, para el primer legislador hipotecario, el principio de especialidad y el folio real sólo cumplían una función procedimental u organizativa que simplificaba la publicidad efectiva de los derechos sobre una finca y hacía posible el principio de tracto sucesivo. Entonces, como no podría ser de otro modo, en 1861 nuestro Registro estaba constituido como un mero Registro de títulos organizado por fincas. Esta manera de entender la publicidad inmobiliaria determinó que nuestro Registro fuera básicamente una colección de derechos reales que accedían a los libros tabulares por medio de títulos en los que los propietarios describían, por sí mismos, sus fincas.

En definitiva, en la primera etapa registral, la finca registral era una realidad etérea, sin relevancia práctica, plenamente sometida al derecho real que estaba muy lejos de ser un presupuesto esencial del sistema.

4. LA REFORMA DE 1944 Y LA LEY HIPOTECARIA DE 1946

A) *Nueva concepción de la finca registral*

El Registro de la Propiedad ideado por el legislador de 1861 era un depósito de títulos reales ordenado por fincas. Lo que accedía al Registro no era la finca como espacio físico, objeto de derechos reales, sino únicamente éstos últimos. La llevanza de los libros según el folio real no implicaba que nos encontráramos ante un Registro de fincas porque para ello era necesario un verdadero proceso de inmatriculación que sometiera las realidades físicas que se intabulaban a un control eficaz. No obstante, por exigencia del principio de especialidad y para facilitar la aplicación del tracto sucesivo, los datos jurídicos —derechos reales— relativos a un terreno se agrupaban en torno al objeto —la finca— que los satisfacía o acogía.

En 1861, el objeto del Registro no era la finca y su fundamento no era la protección del adquirente de las fincas descritas tabularmente sino únicamente la protección de los terceros adquirentes de derechos a través de la inoponibilidad de los títulos no inscritos y la purificación de los defectos de los inscritos.

Sin embargo, con ocasión de la reforma de 1944-1946, a impulso de la doctrina, la finca registral y su inmatriculación adquirieron una importancia de la que carecían en 1861. A partir de la reforma de 1944, el desarrollo

metodológico de la publicidad registral dejó de hacerse sobre el título constitutivo del derecho real inscrito y pasó a hacerse sobre la finca por ser «la realidad primaria en un sistema registral» (39); la unidad fundamental permanente y estable (40), y la base física de los efectos sustantivos de los derechos inscritos (41).

Este giro supuso un cambio en el modo de entender el Registro: la finca tabular —sustancia física del Registro— no se reducía ya a la simple descripción del derecho de propiedad —sustancia jurídica del Registro— realizada por exigencia del principio de especialidad. En la exposición sistemática del Registro los términos se invirtieron: se pasó de estudiar la finca a partir del derecho a estudiar la inscripción de los títulos que crean o transmiten derechos reales sobre fincas que previamente han accedido al Registro. La inmatriculación se configuró como un requisito autónomo de la inscripción del derecho que se registraba, puesto que la finca «constituye la entidad básica del sistema inmobiliario, puesto que sobre ella han de recaer los derechos reales inscribibles» (STS 6-2-1998 [RAJ 408]).

El desarrollo doctrinal del Derecho Inmobiliario Registral, influido por el Derecho alemán —en donde la inmatriculación es un procedimiento independiente y anterior a la inscripción del derecho— y la llevanza del Registro conforme al folio real hicieron que la finca registral y su inmatriculación cobraran una importancia cada vez mayor. En nuestro sistema de folio real, los principios básicos, materiales y formales que regulan y dan forma a la publicidad tabular acabaron por conducir al sistema en su conjunto hacia un Registro de fincas. Sin embargo, esta transición no resultó efectiva desde un primer momento, ya que durante décadas el cambio fue, a todas luces, incompleto. Así, con ocasión de la reforma de 1944-1946, nuestro Registro —sólo desde un punto de vista teórico— dejó de ser un Registro de títulos para convertirse en un Registro de fincas. El elemento fundamental que ha forjado esta transformación fue la importación, formulación y desarrollo del *principio de legitimación registral*.

B) *Elementos que favorecen la transición al Registro de fincas*

Como decimos, el punto de inflexión para la conversión de nuestro sistema registral en un Registro de fincas ha sido el principio de legitimación.

(39) Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, III, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 272.

(40) Cfr. RDGRN 26-12-1934 recopilada en ROCA SASTRE/MOLINA JUYOL, *Jurisprudencia Registral*, Bosch, Barcelona, 1953, VII, pág. 591.

(41) Cfr. ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL/BERNÀ I XIRGO, *Derecho Hipotecario*, III, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, pág. 160.

Aunque este principio tabular no fue expresamente recogido en la Ley de 1861, fue incoado en 1909 y plenamente configurado en 1944 por influencia de otros Ordenamientos y del proceso de calificación registral, germen —junto con la titulación pública— de las presunciones de pertenencia y titularidad que hoy se derivan del artículo 38 LH (42).

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI sostiene que la legitimación registral no puede alcanzar la presunción del dominio porque el Registro nació como un Registro de deudores que inscribían sus propiedades para darlas en garantía al acreedor cuando necesitaban pedir prestado dinero y no como un Registro de propietarios. Esta es la razón por la que, según el referido autor, la inscripción de la propiedad es declarativa y la de la hipoteca constitutiva (43). El apoyo del Registro en las Contadurías y el objetivo de desarrollar el crédito territorial que la primera Ley Hipotecaria expresa en su EdM, avalan la opinión de este autor, por la que la legitimación no tendría cabida en el Registro moderno porque éste «no nació para garantizar la propiedad».

Sin embargo, la propia EdM de la Ley de 1861 sostiene que se impulsó la redacción de la Ley Hipotecaria para «dar certidumbre al dominio y a los demás derechos *en la cosa*». Además, el artículo 41 LH de 1909 reguló un procedimiento sumario característico de un Registro de Propietarios para hacer efectivo el derecho publicado sobre la base de la descripción de la finca en la inscripción. El mayor defecto de este precepto fue que se extralimitó en sus consecuencias que contravenían la seguridad jurídica al ofrecer una protección absoluta a quien fuera titular registral, posición que no justifica la veracidad del derecho porque la inscripción tabular no equivale a una sentencia declarativa del dominio con efectos *erga omnes*. El procedimiento del antiguo artículo 41 LH confundía la legitimación registral con la posesión al entender que la inscripción sustituía y era en todo caso preferente a la posesión material del inmueble con lo que se llegaba a proteger intereses fraudulentos (44).

(42) En opinión de FERNÁNDEZ GREGORACI (*Legitimación posesoria y legitimación registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, págs. 53-62), la Ley de 1909 no formuló estrictamente este principio registral. Por esto, la EdM de la Ley de 1944 afirma lo siguiente: «el principio de legitimación, de tanta trascendencia en el régimen hipotecario, no fue proclamado por nuestros antiguos legisladores. (...) Columbraron la necesidad del principio, pero no acertaron a desarrollarlo con rigor científico. La subsanación de esta señalada deficiencia es uno de los primordiales objetivos de la presente reforma».

(43) Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 146. De este mismo autor, cfr. *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Comares, Granada, 1995, pág. 60, donde afirma que «la funcionalidad del Registro no es ofrecer la prueba o la preferencia en la adquisición de la propiedad (tercero hipotecario, inoponibilidad de títulos o legitimación registral) sino la ordenación del crédito».

(44) Por la facilidad con la que accedían al Registro los derechos —incluso ficticios e inexistentes— y la poderosa eficacia de la inscripción se cometieron abusos y expoliaciones de propietarios no inscritos por titulares registrales que fraudulentamente habían accedido al Registro. Cfr. BERAUD/LEZÓN FERNÁNDEZ, *Tratado de Derecho Inmobiliario*, II, Reus, Madrid, 1927, pág. 497, nota 1.

El propio ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, máximo defensor del Registro español como un Registro de títulos, al analizar el contenido del artículo 38 LH, sostiene que «la legitimación registral es extraña en un Registro de títulos y es propia de un Registro de fincas» (45).

Nuestros Tribunales, a la hora de interpretar y aplicar las presunciones de integridad y exactitud proclamadas por el artículo 38 LH, no han mantenido un criterio uniforme. Mientras que un buen número de sentencias entienden que la inscripción no ampara los datos descriptivos o circunstancias de hecho (SSTS de 13-11-1987 [RAJ 8398], 1-10-1991 [RAJ 6884], 26-11-1992 [RAJ 9590], 3-2-1993 [RAJ 822] y 1-7-1995 [RAJ 5421]), otras Resoluciones admiten una protección registral *iuris tantum* sobre estos datos. A esta línea jurisprudencial corresponden, entre otras, las SSTS de 21-3-1953 [RAJ 912], 25-1-1958 [RAJ 550], 28-6-1975 [RAJ 2615], 7-4-1981 [RAJ 1524], 6-2-1987 [RAJ 688], 23-10-1987 [RAJ 7469], 31-12-1999 [RAJ 9756] y 25-5-2000 [RAJ 3495], que declaran que la presunción de legitimación registral cubre no sólo la titularidad propiamente dicha, sino también la extensión del derecho real inscrito que comprende el espacio delimitado por los linderos registrales.

Dentro de la doctrina, la extensión del principio de legitimación a los datos que sirven para la descripción de la finca registral es aceptada de modo general (46).

Junto con el principio de legitimación, la trascendencia de la finca registral se pone de manifiesto en otros seis aspectos distintos de la praxis hipotecaria que se han ido desarrollando con ocasión de la reforma de 1944-1946:

i) En primer lugar, la nueva concepción legal de finca se observa cuando la inmatriculación cobra autonomía conceptual en el sistema registral. A partir de la reforma hipotecaria de 1944, las fincas acceden al Registro a través de un procedimiento específico, como un requisito autónomo o un fundamento lógico de la inscripción de los derechos.

En la medida en que nuestras Leyes Hipotecarias se han apoyado en el sistema de folio real para la organización del Registro, de un modo u otro —por analogía y con los matices que hemos visto— todas las Leyes han establecido una serie de procedimientos para el ingreso de las fincas. Sin embargo, la

(45) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 204.

(46) Cfr. ASPIAZU RUIZ, «Legitimación registral en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RCDI*, 1953, pág. 407; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «El principio registral de legitimación», en *RCDI*, 1994, pág. 2340; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, pág. 434; MONSERRAT VALERO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 195; MORALES MORENO, *Publicidad registral y datos de hecho*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 126-129; BERNALDO PEÑA DE QUIRÓS, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, II, 4.ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 591; GÓMEZ PERALS, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Centro de Registrales, Madrid, 2004, págs. 47-51 y 284, y HERRERO OVIEDO, *La inmatriculación por título público*, págs. 516-521.

reforma hipotecaria de 1944-1946 fue la primera que reguló formalmente los procedimientos que pretenden la intabulación, no de un derecho de propiedad, sino de la finca como superficie de terreno objeto de derechos.

ii) Unido a lo anterior, el afán de coordinar las instituciones del Registro de la Propiedad y del Catastro es también una manifestación del cambio de paradigma registral. El Catastro, sucintamente, se puede definir como aquel registro administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se incluye «una estadística o inventario de toda la riqueza inmueble (tierras, edificios, etc.) de un territorio previamente determinado» (47). El Catastro, por tanto, es una institución que tiene la función de realizar una recopilación completa de todas las realidades físicas inmobiliarias y las traslada a planos y cartografía para el cumplimiento de unos fines públicos.

A fin de proceder a un equitativo reparto de las cargas tributarias, la Ley del Catastro Topográfico Parcelario de 1906 se propuso determinar exactamente cada parcela (48). Con esta finalidad, la Ley estableció un sistema de individualización parcelaria (literaria y gráfica) que pretendió convertirse en un instrumento de publicidad con plenitud de efectos civiles en materia de titularidad dominical (49).

Además, el artículo 38 LCP trató de vincular de una forma desorbitada la información registral a la catastral. En este precepto se establecía que quienes solicitaban la práctica de un asiento en los libros registrales debían acompañar al título de propiedad una declaración gráfica de estado catastral de la finca.

Aunque el intento de juridificar el Catastro a través de los títulos catastrales de propiedad resultó desmesurado y la Ley en su conjunto fracasó (50), la coordinación entre el Registro y el Catastro ha sido una falta de nuestro sistema subrayada por la jurisprudencia, reiteradamente anhelada por la doctrina que ha suspirado por ella durante el siglo XX y a la que el legislador ha aludido en las Leyes Hipotecarias de 1909 y 1946 (51). Sin embargo, el

(47) SEGURA I MAS, «Introducción general», en *El Catastro en España*, I, pág. 18.

(48) Cfr. CHINCHILLA RUEDA, «El Catastro y el Registro», en *RCDI*, 1961, pág. 252.

(49) En concreto, el artículo 37.II LCP establecía que la cédula de inscripción en el Catastro tuviera el valor de un título real —relativamente análogo al duplicado del título propio del sistema Torrens— si transcurría un plazo de diez años sin ninguna reclamación relativa al estado físico o jurídico de una finca dada de alta en el Catastro.

(50) Cfr. GÓMEZ PERALS, «Relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: ¿Coordinación?», en *RCDI*, 2006, pág. 96.

(51) Por encargo de los correspondientes Gobiernos, diversas Comisiones han estudiado las posibilidades y los cauces para lograr la ansiada coordinación institucional entre el Catastro y el Registro. En 1924, 1928, 1956 y 1971 se nombraron Comisiones mixtas para que estudiaran los mecanismos a través de los cuales articular la coordinación. Sobre el contenido y resultados de dichas Comisiones de estudio, cfr. GARCÍA GARCÍA, «La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Topográfico Parcelario establecida en el Real Decreto de 3 de mayo de 1980», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1981, págs. 414-427. Sobre el anhelo de la doctrina, cfr., entre

primer intento relativamente exitoso de coordinación fue el desarrollado por el Real Decreto de 3 de mayo de 1980.

La regulación autónoma e independiente del proceso de inmatriculación y el creciente interés por parte del legislador por lograr la plena identificación de las fincas por medio de la colaboración del Catastro Inmobiliario indica que la finca pretende ser una realidad registral más, independiente del derecho real publicado.

iii) En tercer lugar, tácitamente se deduce que la finca registral tiene autonomía cuando se establece que un error en la descripción de la finca en el Registro no carece de relevancia jurídica. Así, parte de nuestra mejor doctrina ha establecido que, en ocasiones, un error en los denominados *datos de hecho* puede tener tal trascendencia que no sea un simple error susceptible de rectificación con fundamento extrarregistral sino que puede tener consecuencias en el ámbito jurídico. Basten para justificarlo las citas de GONZÁLEZ MARTÍNEZ y LACRUZ BERDEJO:

«Resultará difícil decidir si para una litis determinada los datos son jurídicos o de mero hecho. La agregación de varios metros de una parcela, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, etc., quedarán al amparo del principio de publicidad en muchos casos» (GONZÁLEZ MARTÍNEZ) (52).

«Los límites de una finca, aun cuando son, en sí, un dato de hecho (es decir, el trazado del polígono en que la finca consiste, esté o no materializado en muros, setos, etc.), entrañan también una cualificación jurídica, al señalar la extensión del derecho de propiedad» (LACRUZ BERDEJO) (53).

iv) El cuarto motivo es la exigencia normativa recogida en el artículo 392 RH, que establece que los Registradores llevarán dos clases de índices: uno de personas y otro de fincas. El índice de fincas aparece regulado en los artículos 392-398 RH. Los artículos 395 para fincas rústicas y 396 RH para urbanas establecen que en los folios o fichas relativos a cada finca aparecerán

otros, GÓMEZ DE LA SERNA, «Prólogo», en *Anuario de la Dirección General de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado de 1906*, Imprenta Estanislao Maestre, Madrid, 1907, pág. XXIII; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Observaciones al artículo de Castañeda y Agúndez titulado “El Registro Inmobiliario en Suiza”», en *RCDI*, 1929, pág. 768; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Reus, Madrid, 1953, pág. 213; CHICO Y ORTIZ, «Base física de la finca y mecanización registral», en *Revista de Urbanismo y Medio Ambiente*, núm. 40, 1974, pág. 61, y ARNÁIZ EGUREN, *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 38.

(52) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, págs. 387-388.

(53) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III-bis, pág. 196. En sentido parecido, SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, 1947, pág. 385; GARCÍA ARANGO, «Elementos de hecho», en *RCDI*, 1949, pág. 776; MUÑOZ CA-RIÑANOS/GARCÍA GARCÍA, «Identificación de fincas rústicas», en *RCDI*, 1974, pág. 1396; COSSÍO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, ed. revisada y puesta al día por COSSÍO Y MARTÍNEZ, Civitas, Madrid, 1986, págs. 221-222; GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 400.

los datos esenciales para su identificación: si es rústica, el nombre del inmueble, la clase de cultivo, la medida superficial, los linderos por los cuatro puntos cardinales y el número de folio en la que está inmatriculada la finca; y, si es urbana, el número, el destino, el número de plantas y nombre si lo tuviera, la medida superficial, los linderos y el número de folio registral (54).

Sin embargo, el índice de fincas y de personas que se ha venido empleando durante décadas —nació en 1870— no ha sido suficiente para entender que la finca sea una realidad autónoma una vez inmatriculada, ya que el Registrador no puede, de un modo sencillo, localizarla. MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA GARCÍA manifestaron que intentar encontrar una finca en el índice era algo parecido a buscar «una aguja en un pajar», por lo que no eran infrecuentes los supuestos de doble inmatriculación (55).

El desarrollo de herramientas informáticas y, en concreto, de los modernos programas de gestión de la información registral permiten una búsqueda más efectiva de las fincas en el Registro, gracias a la cual se simplifica también la publicidad formal.

v) La finca registral goza de independencia por la existencia de procedimientos que buscan alterar las realidades físicas inscritas (inscripción de excesos de cabida y rectificación de la mención de ésta) para adecuarlas a la verdadera situación jurídica extrarregistral.

Para que los excesos de cabida superiores a una quinta parte de la superficie registrada tengan reflejo tabular y se rectifique la errónea mención de la extensión de un inmueble, el legislador ha arbitrado una serie de mecanismos análogos a los de inmatriculación (56).

Entiendo que si nuestro Registro de la Propiedad fuera únicamente un Registro de títulos, la rectificación del dato de la cabida tendría que ser automática, pues el requisito de la titulación pública para la inscripción (art. 3 LH) atendería únicamente a dotar de garantía la adquisición del derecho (57). En

(54) La reforma del artículo de 1977 añadió la posibilidad de incluir en el Índice de fincas la referencia catastral de inmueble si consta en el título inmatriculador.

(55) Cfr. MUÑOZ CARIÑANOS/GARCÍA GARCÍA, *Identificación de fincas rústicas*, pág. 1408. Como establece el artículo 393 RH, los índices se organizarán alfabéticamente según el paraje, partida, sitio, aldea, parroquia o caserío, si fuera rústica o por núcleos urbanos, si fuera urbana (artículos 395 y 396 RH).

(56) La doctrina y la jurisprudencia han subrayado que la inscripción de los excesos de cabida no tiene carácter inmatriculador porque la finca ya está inmatriculada y sólo se pretende corregir la mención equivocada de la superficie, sin que pueda utilizarse como medio para intabular nuevos terrenos. Cfr. CURIEL LORENTE, *Inmatriculación, reanudación del tracto sucesivo, inscripción de excesos de cabida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 218, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «La identidad indubitada de la finca como presupuesto necesario para practicar un exceso de cabida, y su carácter rectificador de datos erróneos», en *RCDI*, 2006, pág. 2501 y las RRDGRN de 2-2-2000 [RAJ 357] y 25-5-2005 [RAJ 5492] y AAP de Guadalajara, de 29-5-2003 [JUR 152743].

(57) CURIEL LORENTE (*Inmatriculación, reanudación del tracto sucesivo, inscripción de excesos de cabida*, págs. 239-240) afirma —con base en el art. 298.3.IV RH— que sólo

cambio, si la mención y rectificación de la superficie de las fincas están sometidas a un procedimiento específico es porque el dato de la cabida no es irrelevante y es necesario actuar con cierta cautela para evitar que se produzca una invasión de la finca colindante.

vi) Por último, observamos que la finca registral cobra autonomía respecto de la inscripción del título cuando la doble inmatriculación se regula en el artículo 313 RH y se convierte en una patología registral con un amplísimo reflejo en la práctica jurisprudencial. Muchas veces, la doble inmatriculación no deriva de la colisión total entre derechos de propiedad antagónicos sino de un error en la descripción física de las fincas que origina una doble inmatriculación *parcial*. Si el tratamiento de la inmatriculación de una misma finca en dos folios registrales distintos tiene una regulación específica es porque, en cierta medida, la plasmación o descripción de la finca en el Registro goza de cierta importancia.

A pesar de lo anterior, la eficacia de la publicidad registral no puede convertir a la descripción de la finca en verdad absoluta e irrefutable frente a terceros. Es común que nos encontremos que el Registro de la Propiedad tiene errores en la descripción y delimitación física de las fincas que no pueden ser objeto de una incondicional protección registral.

En lo referente a la prevención de estos errores, el principio de legalidad y su plasmación en la calificación registral tienen una relevancia fundamental. Sin embargo, los datos descriptivos de las fincas no podían ser objeto de examen en la calificación. Para ello, hubiera sido indispensable que el Registrador tuviera a su disposición una serie de medios técnicos para comprobar que el título que calificaba no sólo era formalmente válido sino que se correspondía con la realidad jurídica extrarregistral, incluso en lo que a la determinación y extensión del derecho real se refiere (58).

C) *El nominalismo de la Ley de 1946*

Aunque por influencia germánica la Ley Hipotecaria reguló por primera vez en 1944 los procedimientos de inmatriculación, la forma en la que lo hizo

si el exceso es inferior de la vigésima parte se podrá practicar a través de la mera declaración de la mayor cabida en un título inscribible.

(58) No obstante, los artículos 198 y 199 LH imponen al Registrador la obligación de denegar la inmatriculación de una finca si está previamente inscrita a nombre de persona alguna. Si la finca que se pretende intabular ya está en el Registro, no cabrá inscripción alguna al margen del tracto sucesivo, por lo que necesariamente se deberá denegar la segunda inmatriculación. Sin embargo, para rechazar la inmatriculación de esta segunda finca el Registrador debe tener conocimiento real de la posición geográfica de las fincas que ya están inmatriculadas, lo cual era, en muchos casos, imposible en 1861 y también en 1946.

denota que fue más nominal que real. Los diversos factores expuestos en el apartado anterior no hacen que el Registro de la Propiedad, en conjunto, se convierta en un Registro de fincas. La razón que justifica esta afirmación es que la práctica registral no se vio realmente alterada.

Con ocasión de la reforma hipotecaria de 1944, la Ley recogió una serie de preceptos que tenían por objeto regular el modo por el que se inicia la vida tabular de las fincas. Sin embargo, no podemos decir que las fincas como continentes fueran verdaderamente objeto de inmatriculación, ya que no se las sometía a un análisis efectivo por parte de los Registradores. Esta falta de control hacía que las fincas siguieran accediendo a los libros registrales por la mera declaración de los solicitantes al describir su derecho de propiedad.

A pesar de contar con precedentes jurisprudenciales y doctrinales, la introducción del concepto inmatriculación en la Ley Hipotecaria en 1944-1946 no deja de ser un hecho relevante. Sin embargo, ¿hasta qué punto podemos decir que la adopción de la inmatriculación cambia la concepción originaria del Registro de la Propiedad?

SANZ FERNÁNDEZ apunta que, tras la reforma de 1944-1946, al regularse los procedimientos de inmatriculación como una operación autónoma y distinta de la inscripción, nuestro sistema tabular tendría que haberse transformado en un Registro de fincas (59). Sin embargo, esta transformación no se ha dado porque el legislador no exigió —porque no podía controlarla— una descripción más perfecta o estable de las fincas.

Los distintos medios de inmatriculación legalmente establecidos estaban más pendientes de asegurar el dominio que de comprobar que la finca se correspondía con la realidad jurídica extratabular (60). Los documentos necesarios para la inmatriculación debían incorporar —por exigencia del artículo 9 LH de 1946— los mismos datos que los exigidos por la Ley de 1861 (61) y se mantenía la habitual descripción *per relationem* de las fincas hecha conforme a la voluntad del inmatriculante.

La falta de instrumentos técnicos para llevar a cabo el deseado examen de la realidad física y la dificultad para localizar una finca en los índices hicieron que no fuera difícil o extraña la inmatriculación —fraudulenta o por error— de fincas registrales imaginarias o que no se correspondían con la realidad extrarregistral y que generaban una ocupación total o parcial de la finca registral colindante.

(59) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, Reus, Madrid, 1953, pág. 214.

(60) Muestra del interés por demostrar la existencia y exactitud del derecho extrarregistral es la exigencia de titulación pública y el trámite de la calificación registral.

(61) El dato de la cabida sólo es obligatorio desde la modificación de 1959 del artículo 51.4.º RH, aunque el texto de la Ley Hipotecaria sigue estableciendo que únicamente se hará constar la cabida de la finca cuando aparezca en el título inmatriculador.

Sin embargo, el grado de libertad en la inmatriculación no es idéntico en todos los procedimientos. Mientras que el título público o la certificación administrativa no proporcionan ningún tipo de seguridad sobre la descripción física, en la inmatriculación por expediente de dominio el legislador ideó una serie de garantías que, indirectamente, tienden a evitar descripciones erróneas. En concreto, el legislador exigió para la tramitación de este expediente inmatriculador una certificación registral acreditativa de la falta de inscripción de la finca, otra en la que se incluye la situación catastral del inmueble (62) y la notificación de la incoación del expediente de dominio a determinadas personas para que puedan oponerse a la inmatriculación solicitada y alegar, en su caso, lo que a su derecho convenga.

A través de la colaboración del Catastro y del sistema de notificaciones personales se dota de una publicidad relativamente suficiente al procedimiento, de modo que se puede evitar que la finca se describa exclusivamente por la simple declaración del solicitante. Los que aparezcan en el Catastro como colindantes serán notificados personalmente y se les informará de que se está tramitando un expediente de dominio sobre una parcela contigua a la suya. La posibilidad de oponerse al expediente de dominio que tienen los terceros si la inmatriculación solicitada lesiona su derecho puede servir para prevenir errores descriptivos (63). No obstante, la seguridad que proporciona el expediente de dominio no es absoluta y, además, su aplicación no es general porque está configurado por el artículo 272 RH como un modo supletorio de inmatriculación (64).

Por estas razones, cabe afirmar que la nueva Ley no fundó un Registro de fincas aunque manifieste cierto interés por la autonomía de la finca; única-

(62) Sin embargo, no se establecen cuáles pueden ser las consecuencias que se pueden derivar de la disparidad de descripciones en la certificación catastral y en el título inmatriculador. Por ello, la necesaria certificación del estado catastral de la finca constituye más una (errónea) prueba del dominio que de la descripción de la finca.

(63) El artículo 282 RH establece que en el expediente de dominio sólo se tramitarán las causas de oposición fundadas en la falta de acreditación de la adquisición del dominio. Sin embargo, la Jurisprudencia ha admitido la que se ha denominado «oposición reivindicativa» que sobresee el expediente. Cfr. AAP de Las Palmas, de 2-6-2005 [*JUR* 187141]; Asturias, de 14-2-2006 [*JUR* 134191]; Madrid, de 6-4-2006 [*JUR* 176524]; Murcia, de 23-5-2006 [*JUR* 187730], y Cáceres, de 5-12-2006 [*JUR* 2007/75335]. En la doctrina, cfr. MONSERRAT VALERO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 74, y ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL/BERNÀ I XIRGO, *Derecho Hipotecario*, IV, 9.ª ed., Bosch, Barcelona, 2008, págs. 226-227.

(64) Muestra de esta insuficiencia son las SSTs de 31-5-1955 [*JC* 225] y AP de Madrid, de 19-4-2005 [*JUR* 122689] y Las Palmas, de 23-11-2006 [*JUR* 2007/67640]). En las tres sentencias el supuesto de hecho es el mismo: la finca objeto del expediente de dominio no se corresponde con la realidad jurídica y se produce una doble inmatriculación. Cuando los titulares vecinos tuvieron conocimiento de la situación reivindicaron la parcela de terreno que se había inmatriculado incorrectamente y sus demandas fueron estimadas.

mente reguló de forma permanente los medios de inmatriculación, toda vez el proceso de intabulación de fincas no fue masivo, tal y como pensó el legislador de 1861 (65). Para la conversión del Registro hubiera sido indispensable la generalización de un control real y eficaz, no sólo de la validez del título inmatriculador sino también de la descripción de las fincas, circunstancia ésta que la Ley de 1946 no aseguraba.

5. LA INFORMATIZACIÓN DEL REGISTRO Y LA REFORMA DE 1996

El deseo de ofrecer una mayor seguridad jurídica al tráfico inmobiliario impulsó el desarrollo de una serie de herramientas informáticas a través de las cuales se puede paliar el nominalismo de la reforma de 1944-1946.

En la actualidad, junto con el tradicional folio de papel antes manuscrito y ahora mecanografiado, el sistema registral emplea soportes informáticos para su llevanza. Estos libros informáticos son custodiados y completados por el Registrador de modo paralelo a los libros registrales en formato papel. Además del desarrollo de técnicas informáticas para la gestión de la información tabular, la seguridad jurídica que proporciona el Registro de la Propiedad se ha favorecido con la implantación de un sistema de información gráfica registral que dota de mayor permanencia y estabilidad a la tradicional descripción *per relationem* de las fincas.

La informatización de las oficinas registrales ha permitido el desarrollo del principio de especialidad de una forma absolutamente distinta a como se había venido haciendo. Los programas de gestión registral permiten la inclusión de los datos físicos y jurídicos en una base de datos tabular, de tal manera que se simplifica la publicidad formal y se facilita la calificación al evitar inscripciones e inmatriculaciones que resulten contradictorias con una información ya registrada.

El primer impulso para la informatización del Registro fue la RDGRN de 31-8-1987 [BOE 10-9-1987], que autorizó el empleo de medios informáticos para la llevanza de los índices de fincas y de personas en cincuenta Registros piloto. El Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, supuso el punto de inflexión definitivo y general en la promoción de la informatización del Registro porque generalizó el proyecto iniciado en 1987. De esta forma, se impuso la gestión informática de la información registral —incluso de los datos anteriores a la puesta en marcha del sistema— y, además, se promovió el empleo

(65) El legislador de 1861 pensó que el acceso de las fincas al nuevo Registro de la Propiedad iba a ser universal y rápido, momento a partir del cual el principio de tracto sucesivo sería clave en la creación, modificación o transmisión de derechos reales inmobiliarios. Por este motivo, las vías de acceso al Registro no aparecen reguladas con determinimiento en primera Ley Hipotecaria.

general por los Registros de las bases gráficas para la descripción de las fincas. En definitiva, para optimizar las funciones registrales y hacer más eficaz la gestión de los Registros, se pretendió la informatización de todo el entramado registral sobre la base material y objetiva de los derechos reales: la *finca registral*. Para ello, se modificó el artículo 398 RH, que se dividió en cinco nuevos artículos —398 a), 398 b), 398 c), 398 d) y 398 e)— en los que se trata la renovación tecnológica del Registro (66).

Como se ha apuntado, a través del desarrollo de los programas informáticos, los Registradores tienen a su disposición toda la información que obra en su Registro, de modo que en fase de calificación pueden analizar detenidamente los antecedentes tabulares —también en lo que a los datos descriptivos se refiere— para evitar que surjan nuevas contradicciones y dobles inmatriculaciones. Por medio de estos programas, la información inscrita en los libros registrales está al alcance del Registrador que, de una forma sencilla, podrá ver si existe una finca registral coincidente con la que se pretende inmatricular, de modo que la labor de calificación de los datos de hecho pasa a ser más sencilla, rápida y eficaz (67). No obstante, la informatización de los índices y el empleo de una gran base de datos tabular no son suficientes para prevenir eficazmente los problemas tabulares por la ambigüedad de las descripciones de las fincas. El éxito de la informatización de los índices en materia de prevención de la doble inmatriculación radica, entonces, en fomentar que las fincas registrales se describan conforme a elementos *estables* o por medio de localizadores o coordenadas georreferenciales.

La gestión informática del Registro de la Propiedad no es el único medio que se ha desarrollado para la mejora de la seguridad jurídica tabular. La coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad ha llegado a su completa implantación con los artículos 50 a 57 de la Ley 13/1996 (68). Esta Ley no lleva a cabo una simple *coordinación* sino una verdadera sumisión registral a los datos catastrales. A los efectos registrales que aquí nos interesan, el artículo más importante de los que se contienen en aquella Ley es el 53.Siete que tiene el siguiente contenido:

«En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta, junto al título inmatriculador, certificación catastral descriptiva y gráfica

(66) Las Instrucciones de la DGRN de 26-3-1999 y 2-3-2000 y la Ley 24/2001 (que modifica los artículos 9 LH y 298 RH) continúan esta tendencia de renovación tecnológica y desarrollo y concreción del sistema de bases gráficas.

(67) Esta simplificación de las tareas de análisis de los datos descriptivos de las fincas conducirá a un aumento del número de veces que se acude al procedimiento regulado en el artículo 306 RH y de denegaciones de la inmatriculación.

(68) Buena parte de los preceptos a los que se hace relación están actualmente derogados por el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Actualmente, la referencia catastral está regulada en los artículos 38-49 LCI. No obstante, algunos preceptos como el artículo 53.Siete de la Ley 13/1996 mantienen plenamente su vigencia.

de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título».

A través de lo dispuesto en este precepto se logra que el Registro de la Propiedad tenga los datos descriptivos catastrales de los terrenos que se inmatriculen tras la entrada en vigor de la Ley. Se da así inicio a una situación de plena coordinación entre ambas instituciones, ya que los cambios posteriores en la titularidad de las fincas serán comunicados al Catastro por Notarios y Registradores conforme a lo establecido en el artículo 55 de la Ley 13/1996 (69).

Otros preceptos recogidos en la Ley 13/1996 y que, en mi opinión, influyen positivamente en la transición hacia el sistema de fincas son el 50.Dos y el 53.Uno. Estos artículos impusieron una nueva forma de coordinación entre el Catastro y el Registro: la necesaria aportación de la referencia catastral al Notario o autoridad administrativa o judicial que vaya a autorizar el documento inscribible y su posterior inclusión en el asiento registral. La referencia catastral es un conjunto de dígitos único y estable atribuido por la Administración que permite la localización indubitada de la parcela en la cartografía catastral (70). Una vez inscrita en el Registro una referencia catastral, no es posible la segunda inscripción de la misma si no media una sentencia judicial o se cuenta con la autorización del primer titular registral. No obstante, la falta de aportación de la referencia no impedía la tramitación del título (artículo 51.Cuatro) ni la práctica del asiento registral (artículo 53.Tres).

Como señala DE HARO, estos requisitos suponen «un importante avance al considerar al Catastro no sólo como una entidad meramente fiscalizadora y tributaria, sino que resaltan la importancia de dicha institución como elemento esencial para prestar seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario» (71). La Ley 13/1996 ha hecho del Catastro una pieza fundamental en el organigrama registral porque ha exigido, en primer lugar, que las fincas que se inmatriculan se correspondan plenamente con las parcelas catastrales y, en segundo lugar, la inclusión de la referencia catastral en las nuevas inscripciones (72).

(69) El artículo 53.Siete de la Ley 13/1996 establece, en este sentido, un sistema de inmatriculación que se acerca al sistema alemán en el que la colaboración del Catastro es absoluta porque la inmatriculación se hace tomando como referencia los datos catastrales de la finca que son previos a la actuación registral.

(70) Sobre la estructura y significado lógico de la referencia catastral urbana y rústica, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, «Relaciones Catastro-Registro», en *RCDI*, 1997, págs. 1389-1390, y MIRANDA HITA, «La Ley del Catastro Inmobiliario (I)», en *Catastro*, núm. 48, 2003, pág. 22.

(71) DE HARO, «La colaboración del Catastro y el Registro de la Propiedad. Precedentes y nuevo Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario», en *Catastro*, núm. 54, 2005, pág. 76.

(72) El requisito de la absoluta coincidencia ha sido interpretado restrictivamente por la DGRN, por ello diversas Resoluciones (cfr., entre otras, RRDGRN de 26, 27 y

De esta manera, se manifiesta que el Catastro no es una institución meramente fiscal sino una herramienta multifuncional capaz de colaborar con el Registro en la tarea de localización e identificación de fincas.

Aunque la exigencia de la certificación descriptiva y gráfica y la referencia catastral no garanticen que la finca que se inmatricula —coincidente con la parcela catastral— sea fiel reflejo de la propiedad extrarregistral, suponen unos medios que dotan al Registro de una base objetiva e independiente para la inmatriculación (73). En definitiva, con la Ley 13/1996, la voluntad de los inmatriculantes a la hora de la descripción física de sus fincas se sustituye por los datos catastrales elaborados de forma universal y objetiva, bajo responsabilidad administrativa y sin riesgo de fraude.

Por este motivo, entiendo que la reforma operada en el Registro de la Propiedad a través de la Ley 13/1996 es *suficiente* para hacer de nuestro sistema un verdadero Registro de fincas. Y ello, a pesar de que no se hayan alterado los preceptos que regulan la inmatriculación en la Ley Hipotecaria.

Podríamos pensar que de la Ley 13/1996 no se deriva un Registro de fincas porque la base gráfica que se emplea es ajena al Registro y su custodia no está encomendada a los Registradores. Sin embargo, a mi juicio, esta sería una concepción errónea porque el artículo 53.Siete de la Ley 13/1996, cuando exige la aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica absolutamente coincidente con la descripción de la finca en el título inmatriculador, esto es, cuando somete las circunstancias físicas de las nuevas fincas registrales a la descripción catastral de las parcelas está señalando la existencia autónoma de la inmatriculación respecto de la inscripción. Esto supone que la inmatriculación pasa a ser una operación registral independiente de la

28-7-2005 [RAJ 6874-6879], 30-7-2005 [RAJ 6942], 14-10-2005 [RAJ 7454], 5-9-2005 [RAJ 6929], 7-7-2006 [RAJ 6140]) rechazan la inmatriculación de una serie de fincas por falta de presentación de la certificación catastral acreditativa de la coincidente descripción de las fincas a inmatricular porque se genera un riesgo de doble inmatriculación. En este punto es especialmente interesante la de 5-1-2005 [RAJ 3315] porque «se suspende la inmatriculación de la otra finca, por observarse que la certificación catastral descriptiva y gráfica *no es coincidente* con la descripción de dicha finca en cuanto a su *superficie*». Cfr., además, la RDGRN de 26-6-2003 [RAJ 6079]. Sobre este particular GONZÁLEZ-MENESES ROBLES («La referencia catastral en los documentos inscribibles», en *RCDI*, 1997, pág. 1372) manifiesta que en caso de la inmatriculación la Ley 13/1996 no matiza al establecer que la descripción debe ser «totalmente coincidente» y no establece un margen de error, como en otros casos, del 10 por 100.

(73) No obstante, la coordinación con el Catastro ha sido criticada por parte de la doctrina porque no hay correspondencia conceptual entre la finca y la parcela. Cfr. ARNÁIZ EGUREN, «El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro», en *RCDI*, 1998, págs. 383-384; VÁZQUEZ ASEÑO, «Concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad» (relaciones entre el Registro y el Catastro), en *BOCRE*, 2004, pág. 3347; JUEZ PÉREZ, *Identificación gráfica de fincas registrales*, págs. 112-115, y REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 89-105.

inscripción de los títulos constitutivos de derechos reales que tiene, además, unos requisitos propios como la aportación de la propia certificación gráfica catastral (74). Además, indirectamente, la descripción de las fincas como *continentes* de la propiedad es objeto de calificación porque el Registrador debe observar la exacta coincidencia entre el título y la descripción catastral y que no haya ningún obstáculo tabular que impida la inmatriculación. Asimismo, el uso de la referencia catastral hace que las fincas que ya estén inmatriculadas sirvan al Registrador en los posteriores procedimientos de intabulación. Y todo ello, independientemente del concreto cauce de inmatriculación que se utilice.

Por lo tanto, el sistema de la Ley 13/1996 que vincula el Registro con las bases gráficas catastrales satisface los tres requisitos del Registro de fincas: un procedimiento específico para que las fincas accedan al Registro como continentes de los derechos, sometidas al control catastral y registral de su descripción y sometiendo, además, las inmatriculaciones venideras.

Sin embargo, aunque la Ley 13/1996 hace mutar nuestro sistema registral es necesario preguntarse si éste es un Registro de fincas deseable desde un punto de vista jurídico-real. El requerimiento recogido en el artículo 53.Siete de la Ley 13/1996, lo único que pretende es trasladar a los Libros del Registro de la Propiedad las parcelas catastrales. ¿Es esto válido? Para cumplir con lo dispuesto en aquel artículo se exige incluir en la escritura pública la referencia catastral y adjuntar la descripción gráfica catastral coincidente que, sin formar parte del asiento que abre el folio, pasará a archiversse en un legajo en la oficina registral. Esta sumisión del Registro al Catastro no generará ningún problema si el Catastro resulta ser fiel reflejo de la realidad jurídico-real; sin embargo, la experiencia nos muestra que, en muchas ocasiones, la parcela catastral no representa exactamente la situación jurídico-real que soporta la finca (75). Por esta razón, es lícito buscar nuevas opciones que nos

(74) En sentido parecido, cfr. DELGADO RAMOS, *Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de fincas en el Registro de la Propiedad*, pág. 23.

(75) Cfr. REQUEJO LIBERAL, «La ineludible necesidad de contar con una base gráfica de las fincas registrales», en *Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio de Registradores de España*, II, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2002, pág. 2116. El autor ilustra con un ejemplo esta insuficiencia y afirma que «para un volumen de 335 fincas urbanas existentes en el Municipio, el Catastro reconoce 235 y el Registro aproximadamente 310, es decir, aproximadamente cien fincas más registrales cuya existencia no consta en el Catastro, pero sí existen en la realidad». Una situación parecida aparece reflejada en un trabajo de MARTÍNEZ GARCÍA, *Relaciones Catastro-Registro*, pág. 1397. Este autor se refiere a su experiencia del Registro de la Propiedad de Almagro en el que con base en el Real Decreto de 3-5-1980 en los años 1990-1994 se llevó a cabo un estudio de la correspondencia entre las fincas registradas y las parcelas catastrales. El resultado de dicho análisis cuestionó el principio de universalidad del Catastro, ya que el 15 por 100 de las fincas urbanas y el 40 por 100 de las rústicas no figuraban en la base de datos catastral. RODRÍGUEZ OTERO (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Dijusa, Madrid, 2007, pág. 491) muestra también sus dudas sobre la corrección del sistema de la Ley 13/1996.

permitan desarrollar un Registro de fincas más justo y avanzado a través de un sistema de bases gráficas registrales que no estén subordinadas al Catastro.

IV. EL REGISTRO DIGITAL Y GRÁFICO

En el apartado anterior se ha expuesto cómo nuestro Registro ha evolucionado. La necesidad de ofrecer una mayor garantía a las situaciones jurídico-registrales ha llevado al legislador a replantearse la función de la finca registral para hacer de ella un presupuesto esencial. La Ley 13/1996 ha supuesto un punto de inflexión fundamental en esta materia porque el apoyo del Catastro hace que el Registro de la Propiedad se convierta en un auténtico Registro de fincas. Sin embargo, la institución catastral no puede satisfacer las necesidades tabulares porque, en algunos casos, la parcela catastral no recoge lo que puede ser una finca registral y en otras porque la propiedad puede no aparecer correctamente recogida en el Catastro.

Por estos motivos es necesario buscar alternativas al Registro de fincas *catastral*, para lo cual resulta indispensable implantar un sistema de bases gráficas registrales. El actual desarrollo tecnológico ha hecho posible la elaboración de un conjunto de bases geográficas digitalizadas en las que se puede dejar constancia gráfica de las fincas registradas y asociar a ellas los diversos derechos reales que recaen sobre cada una de las fincas.

Hace décadas ya hubo un intento de dotar de plena autonomía a la inmatriculación por medio de una inscripción independiente de la finca. La Comisión nombrada en 1971 para estudiar la coordinación entre el Registro y el Catastro presentó un Anteproyecto que preveía la creación de un *Libro de Inmatriculaciones* en el que únicamente se incluirían los datos descriptivos de las fincas (76).

Aunque la propuesta del Libro de Inmatriculaciones fracasó, es un buen punto de partida para la exposición del Registro de fincas digital y gráfico. El Registro de fincas *registral* emplea un programa informático que muestra ortofotografías sobre las que se pueden diseñar las bases gráficas de las fincas registrales que hay en un determinado terreno (77). De esta forma, el Regis-

(76) Cfr. GARCÍA GARCÍA, *La coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Topográfico Parcelario establecida en el Real Decreto de 3 de mayo de 1980*, pág. 425.

(77) Para la gestión de la información gráfica digital, el Colegio de Registradores de la Propiedad ha desarrollado el programa *GeoBase* para el que cuenta con el asesoramiento y formación del Servicio de Cartografía de la Universidad Autónoma de Madrid. Para un análisis más completo, cfr. REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Lex Nova, Valladolid, 2007 y DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de fincas en el Registro de la Propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 17, 2008, págs. 17-27.

trador personalmente y con el apoyo de unas Oficinas Técnicas elabora un *pseudolibro* digital en el que gráficamente se describen las fincas registrales. El Registro, gracias a esta herramienta informática, se convierte en un rompecabezas de múltiples piezas que se completa conforme se inmatriculan nuevas fincas o se recuperan las bases gráficas de las ya inmatriculadas.

El impulso definitivo para el desarrollo del sistema de bases gráficas lo dio la Instrucción de la DGRN de 20-3-2000 [BOE 21-3-2000] sobre la implantación de la base cartográfica catastral en los Registros de la Propiedad (78). Allí se puso de manifiesto que «una de las necesidades tradicionalmente sentida en el ámbito del Registro de la Propiedad ha sido el poder identificar las fincas objeto del tráfico jurídico mediante un soporte cartográfico que permita su precisa delimitación territorial, robusteciendo la seguridad jurídica de las transmisiones patrimoniales».

El respaldo legal definitivo al Registro de fincas registral lo constituye la regla 1.^a del artículo 9 de la Ley Hipotecaria en la redacción de la Ley 24/2001, de 28 de diciembre. La nueva redacción permite completar la identificación de la finca mediante una descripción planimétrica gráfica de la finca que puede ser catastral o urbanística. Y establece que «los Registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente».

Para lograr la digitalización de una finca, la Dirección General del Catastro se comprometió, una vez elaborada la base gráfica relativa de una zona o distrito hipotecario, a remitir la información gráfica al Colegio de Registradores para que se ponga a disposición de los Registradores competentes. Una vez que éstos tienen la base gráfica general de su distrito hipotecario se pueden iniciar las tareas de elaboración y recuperación de las bases gráficas para ir completando el puzzle de fincas registrales.

La adopción y desarrollo de un sistema de bases gráficas registrales supone una nueva versión del Registro de fincas. En primer lugar, porque existe un procedimiento de intabulación propio para la finca que supone una operación registral específica vinculada a la calificación. En esta operación—denominada validación (79)— el Registrador afirma en sede de califica-

(78) Esta Instrucción tiene su precedente en el Convenio suscrito entre el Colegio de Registradores de la Propiedad, la Dirección General del Catastro y la Dirección General de los Registros y del Notariado el 11-11-1999. En este Convenio, la Dirección General del Catastro se comprometió a entregar paulatinamente al Colegio de Registradores toda la cartografía catastral para su utilización por los Registradores de la Propiedad. Su texto íntegro aparece recogido en GARCÍA GARCÍA, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 2857-2859.

(79) Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, *Aplicación de la teoría de las bases gráficas registrales al expediente de dominio*, pág. 210.

ción y bajo su responsabilidad, la coincidencia identificativa entre la base gráfica y la descripción literaria de la finca. Esto es, las bases gráficas tienen como objetivo recoger gráficamente la descripción alfanumérica de la finca registral, por lo que es absolutamente ajena al Catastro. Para llevar a cabo la validación, el Registrador puede emplear cuantos criterios estime oportunos —dentro de los límites de la calificación— para formar un juicio positivo o negativo. Este control evitará la descripción subjetiva de las fincas, de modo que el Registrador podrá denegar la inmatriculación si la descripción no se corresponde con lo que muestran las ortofotografías o si hay un obstáculo registral (doble inmatriculación) que cierre el acceso a nuevos títulos. Algo impensable cuando se creó el Registro de la Propiedad en 1861.

El Registro, en definitiva, es una realidad viva que se ha perfeccionado a lo largo de sus más de 150 años de vida. Esta evolución es el mejor síntoma de su conexión con la realidad, ya que a través de ella se tiene noticia de las nuevas necesidades. BARRACHINA Y PASTOR afirmó a principios del siglo XX que la Ley Hipotecaria —y por ende el Registro de la Propiedad en su conjunto—: «no se halla petrificada; y que la tendencia germanista sigue ufana y en boga» (80). La importación y el desarrollo de los principios registrales de origen germánico a lo largo de las décadas, ha desembocado, de una manera casi inconsciente, en una revisión global del sistema originario de Registro de la Propiedad. De una manera paulatina, la finca registral ha ido ganando autonomía hasta convertirse en un componente esencial, y la inmatriculación ha pasado de ser una excepción al tracto sucesivo, tal y como era en 1861, a ser un presupuesto de la aplicación de este principio tabular. Poco a poco, nuestro originario sistema de títulos ha dejado paso a un sistema más audaz, más exigente y que puede proporcionar una mayor seguridad jurídica.

V. VALORACIÓN FINAL

La transformación del Registro de la Propiedad no constituye únicamente un ejercicio intelectual carente de consecuencias. Está claro que la evolución de nuestro sistema tabular se ha hecho para favorecer y subrayar la seguridad jurídica de la información que proporciona el Registro.

El Registro de fincas evitará la aparición de dobles inmatriculaciones sobre fincas que hasta ahora han permanecido al margen de los Libros tabulares y reformula las situaciones en las que hay exceso de cabida. Si el Registro de la Propiedad logra prevenir los supuestos de doble inmatriculación —la más grave patología que afecta al sistema tabular— y evita la libre indicación del dato de cabida ofrece una información de mayor calidad y certidumbre.

(80) BARRACHINA Y PASTOR, *Derecho Hipotecario y Notarial*, I, Imprenta Armegot, Castellón, 1910, pág. 2.

El Registro de la Propiedad sólo puede optimizar la reducción de los costes de transacción si es capaz de proporcionar una información de máxima calidad, esto es, veraz. La defensa del tráfico jurídico-inmobiliario por medio de la protección de tercero hipotecario y la inoponibilidad de determinadas situaciones no inscritas que se logran a través de la denominada abstracción registral requieren no sólo la inscripción del derecho real sino también la perfecta descripción y delimitación de la finca que los contiene.

Además, las bases gráficas registrales tienen una potencialidad tal que sus funciones y aplicaciones pueden escapar de las estrictamente registrales para satisfacer otras necesidades sociales vinculadas a los bienes inmuebles de orden tributario, urbanístico o medioambiental.

RESUMEN

EVOLUCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Registro de la Propiedad no es una institución fija, sino que ha ido evolucionando desde 1861. La función y relevancia de la finca no ha sido uniforme a lo largo del tiempo, ya que ha pasado de ser una realidad secundaria, en la primera Ley Hipotecaria, al eje central del actual sistema. En este artículo se lleva a cabo un análisis histórico de la relevancia de la finca registral en el entramado tabular y cómo ha cambiado la perspectiva del Registro de la Propiedad.

ABSTRACT

PROPERTY REGISTER EVOLUTION

The Property Register isn't fixed institution, but it has been developed since 1861. The function and importance of the registered property hasn't been uniform over time. In the first Mortgage Act it was secondary, but now is the central core of the registration system. This paper deals a historical analysis about the meaning of the registered property and how it has changed the whole Property Register.

(Trabajo recibido el 13-2-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)

Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Abogado

SUMARIO

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS.

1. INTRODUCCIÓN.
2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA.
3. CONCEPTO NORMATIVO DE PRECONTRATO.
4. CONCEPTO DOCTRINAL DE PRECONTRATO.
5. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE PRECONTRATO.
6. EFECTOS DEL PRECONTRATO.
7. CONCLUSIONES.

LISTA DE JURISPRUDENCIA CITADA.

BIBLIOGRAFÍA.

LISTADO DE ABREVIATURAS Y REFERENCIAS NORMATIVAS UTILIZADAS

CC	Código Civil.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil.
Compilación Navarra	Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.
SAP	Sentencias de las Audiencias Provinciales.
STS	Sentencias del Tribunal Supremo.
Art.	Artículo.
Pág.	Página.
Ss.	Siguientes.

1. INTRODUCCIÓN

El precontrato es posiblemente una de las figuras jurídicas más controvertidas y seguramente también de las más antiguas. De esta institución se discute su origen, sus antecedentes, sus efectos e incluso su propio concepto.

Una de las principales causas de esta disparidad de opiniones en torno al precontrato, se debe a la ausencia de una regulación general del mismo. Así, aunque la doctrina y la jurisprudencia identifican su regulación específica en el art. 1.451 del CC, es manifiesto que este precepto resulta inaplicable a la mayoría de los precontratos. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que el ámbito de los precontratos es casi ilimitado, pudiendo comprobarse como en el tráfico jurídico es habitual la celebración de precontratos para constituir sociedades, arrendar inmuebles, crear relaciones laborales y un largo etcétera.

Esta polémica ha originado que la jurisprudencia no mantenga una postura uniforme sobre el precontrato, y más concretamente sobre su concepto y sus efectos. Aunque en los últimos tiempos parece mantener un criterio más homogéneo respecto a los efectos.

A su vez, la doctrina dista mucho de llegar a un consenso. Y esta diversificación de posturas provoca una gran incertidumbre sobre la calificación que recibirán los documentos precontractuales, y los efectos que se le asignarán. Por esta razón, hay una gran inseguridad jurídica sobre una de las figuras que más se ha utilizado en la contratación.

Por tanto, el objeto del presente artículo es determinar los supuestos que pueden encuadrarse dentro de la figura del precontrato, así como establecer una regla clara sobre sus efectos, siendo para ello necesario realizar un minucioso estudio doctrinal y jurisprudencial del precontrato.

2. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

Uno de los problemas habituales en el mundo del Derecho es el empleo de multitud de términos para designar a una sola figura. Esto origina una cierta confusión sobre la institución de la que se está hablando.

En primer lugar, habría que recordar que el precontrato es una figura de creación doctrinal alemana. Así, algunos autores e incluso sentencias hacen alusión a la voz en este idioma, *Vorvertrag* (1). Asimismo, es muy frecuente

(1) Vid. ROMÁN GARCÍA, *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 21; LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil, II*, V. 1º, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 380; CASTÁN, *Derecho Civil español, común y foral*, T. 4º, Reus, 15ª edición, Madrid, pág. 28, y STS de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/353).

entre nuestros autores el uso de la traducción de la terminología italiana, «contrato preliminar» (2). Además, se nombra a esta figura como promesa de contrato (3). A su vez se utiliza el término latino *pactum de contrahendo* por su posible antecedente de Derecho romano (4). Finalmente, es preciso destacar que también se conoce a esta institución como contrato preparatorio (5). En consecuencia, siguiendo a nuestra jurisprudencia (6), se pueden emplear indistintamente todos estos términos.

No obstante, y en aras de evitar la referida confusión, en este artículo siempre se aludirá a la mencionada figura como precontrato.

3. CONCEPTO NORMATIVO DE PRECONTRATO

La doctrina es unánime al señalar que el ordenamiento no regula un concepto general y abstracto de precontrato (7), pero sí sus manifestaciones concretas respecto a los contratos de compraventa, de prenda e hipoteca en los arts. 1.451, 1.862 y 1.875 CC, respectivamente (8).

(2) Vid. LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, T. 3º, 8ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 82; o Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. 1º, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 329, entre otros.

(3) Vid. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, V. II, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 314; SIMÓ SEVILLA, *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, V. 2º, Civitas, Madrid, 2005, pág. 336; STS de 24 de mayo de 1980 (RJ 1980/1963), STS de 25 de junio de 1993 (RJ 1993/5384), STS de 29 de julio de 1996 (RJ 1996/6408), entre otras. No obstante, hay que precisar que hay tres tipos de promesas: la propuesta con los elementos esenciales determinados pero sin aceptación o *pollicitatio*, una promesa aceptada pero sin el grado de determinación de la anterior, y las recíprocas. En principio, la equiparación sería sólo respecto de las últimas. Vid. SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIII, V. 1º, Reus, 2ª edición, Madrid, 1970, pág. 536; PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 314; y STS de 2 de marzo de 1965 (RJ 1965/1238).

(4) Vid. ESPÍN, *Manual de Derecho Civil español*, V. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 409; CASTÁN, *op. cit.*, pág. 28; y sentencias como la STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7235), o la STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144), entre otras.

(5) Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 329, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313.

(6) Vid. STS de 16 de octubre de 1961 (RJ 1961/4468), STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8824), STS de 24 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10657), STS de 25 de junio de 1993 (RJ 1993/5384), STS de 30 de enero de 1998 (RJ 1998/353), STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7235) o STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144), entre otras.

(7) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313; LASARTE, *op. cit.*, pág. 82, y MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. X, V. I, 6ª edición, Reus, Madrid, 1969, pág. 112.

(8) Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381; ESPÍN, *op. cit.*, pág. 411; LASARTE, *op. cit.*, pág. 82; y Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 335, entre otros. En este sentido, la STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia núm. 1325/2006, habla de contrato típico llamado en el Código Civil promesa de comprar o vender.

Los preceptos mencionados suponen una regulación de los supuestos de promesa bilateral de compraventa, de prenda e hipoteca. Aunque hay que reseñar que no todos los autores coinciden en señalar el carácter bilateral de la promesa estipulada en el art. 1.451 del CC (9). En concreto, el art. 1.451 dice:

«La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de obligaciones y contratos en el presente libro».

La doctrina ha criticado reiteradamente este precepto. Fundamentalmente por las siguientes causas (10):

- No está claro si la alusión es a promesas unilaterales o bilaterales, puesto que en el primer apartado utiliza el término «promesa de vender o comprar», y en el segundo «promesa de compra y venta».
- Es confusa la remisión a las reglas generales de las obligaciones y los contratos. Aunque parte de la doctrina entiende esta remisión como una prueba de la diferenciación del legislador entre la promesa y la propia compraventa (11).
- Es imprecisa la descripción de sus efectos, ya que dar derecho a «reclamar recíprocamente el contrato» puede entenderse que se refiere al contrato definitivo de compraventa o al contrato de promesa de compraventa.

Por tanto, puede decirse que el art. 1.451 del CC sólo regula un supuesto específico, del cual no está claro ni su ámbito de aplicación, ni su regulación aplicable, ni sus efectos. Esto ha generado diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, como se expondrá en los correspondientes apartados de este artículo.

Por su parte, el art. 1.862 del CC dispone:

«La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen».

(9) Vid. LASARTE, *op. cit.*, pág. 82, y MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. X, *op. cit.*, págs. 112 a 119.

(10) Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 338.

(11) Vid. SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, 2005, págs. 336 y 337.

Del tenor literal del precepto se puede percibir una indeterminación respecto a los efectos de la promesa por el empleo del término «acción personal». No obstante, debido a que tanto la prenda como la hipoteca deben, o conviene, que se otorguen en escritura pública para que se entiendan legalmente constituidas o produzcan efectos frente a terceros (12), la doctrina es unánime en entender que la «acción personal» se refiere a la posibilidad de instar la constitución de la correspondiente garantía para que produzca todos sus efectos (13).

Otra manifestación normativa del precontrato se encuentra en la Ley 516 de la Compilación Navarra, que dice (14):

«La promesa de concluir un contrato futuro obliga a quien la hace, siempre que hayan determinado los elementos esenciales del contrato cuya aceptación se promete.

El convenio consensual preparatorio de un contrato futuro, aunque no reúna todos los requisitos exigidos para la celebración del contrato previsto, obliga a las dos partes.

La obligación de contratar que resulta de estas promesas se regirá por las reglas aplicables al precontrato prometido. Los elementos accidentales del contrato no previstos en la promesa se determinarán conforme al uso, la costumbre y la Ley, y en su defecto, por el Juez».

Esta regulación es mucho más clara y precisa que la del Código Civil. En primer lugar, porque es una regulación general aplicable a todo tipo de precontratos. Por lo que normativamente se determina su ámbito de aplicación.

En segundo lugar, porque regula las promesas unilaterales en el primer apartado y las bilaterales en segundo (15), despejando las dudas que surgen en torno al art. 1.451 del CC.

(12) *Cfr.* arts. 1.865 del CC respecto a la prenda y 1.875 del CC respecto a la hipoteca.

(13) *Vid.* MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. XII, 6ª edición, Reus, Madrid, 1973, pág. 539. Según este autor, parece que la acción se equipara a la prevista en el art. 1.279 del CC. Aunque GUILARTE ZAPATERO precise que «la promesa permite sólo exigir la celebración del contrato de constitución de garantía y la prestación del consiguiente consentimiento y, derivado del contrato concluido, surgirá la facultad de exigir las restantes solemnidades necesarias para la constitución y eficacia real de la garantía». *Cfr.* GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª edición, EDESA, Madrid, 1990, pág. 476. Esta interpretación podría utilizarse analógicamente en precontratos que no sean de prenda o hipoteca.

(14) *Cfr.* *Leyes Civiles Forales*, BOE, Madrid, 2002, pág. 1030.

(15) Aunque no se hace mención expresa al carácter unilateral en el apartado primero, éste se puede deducir de la alusión «convenio consensual» del segundo apartado. Asimismo, las deducciones de que los supuestos de vinculación sean distintos en el apartado primero y segundo, y de que en el apartado primero se establezca que se obliga «quien» hizo la promesa han sido propugnados por la doctrina. *Vid.* ESPÍN, *op. cit.*, pág. 412.

En tercer lugar, porque el precepto establece claramente la normativa aplicable a la promesa, y además recoge un sistema de integración del contrato muy completo, que parece evitar que las partes queden desvinculadas del mismo amparándose en la imprecisión de determinados aspectos del contrato definitivo.

Finalmente, esta regulación es más clara y precisa que la del Código Civil porque señala claramente los efectos de la promesa: la obligación de celebrar el contrato previsto. Por ello, este artículo parece responder satisfactoriamente a todas las críticas doctrinales vertidas sobre el art. 1.451 del CC.

4. CONCEPTO DOCTRINAL DE PRECONTRATO

La opinión doctrinal de esta figura jurídica es muy importante, puesto que como resalta ROMÁN GARCÍA (16), esta figura ha sido creada por la doctrina. Por tanto, han sido los diversos autores los que han ido perfilando el concepto de precontrato y sus efectos. Y ello puede constatarse en el hecho que algunas sentencias se remiten a las distintas posturas doctrinales (17).

Sin embargo, incluso en los posibles antecedentes de esta figura, los diversos autores ya tenían posturas encontradas respecto al precontrato y sus efectos. Así, LACRUZ resalta que los canonistas Bartolo y Baldo iniciaron la discusión sobre la coercibilidad de la promesa de contrato (18), esbozándose el problema del posible circuito inútil (*circuitus inutilis*) (19). Es decir, la redundancia que supone tener que celebrar dos contratos para contraer una misma obligación.

No obstante esta disparidad de opiniones doctrinales, éstas podrían agruparse en seis corrientes doctrinales principales:

- a) Una tradicional, que considera al precontrato como un contrato preparatorio que obliga a celebrar el contrato proyectado. Consecuentemente, el contrato definitivo hay que concluirlo con independencia de la celebración del precontrato (20).

(16) En concreto, el mencionado autor y otros, le atribuyen su aparición en 1854 a H. Thöl. Cfr. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, págs. 21 y 33; y LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 380.

(17) Vid. STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396).

(18) Cfr. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381.

(19) Al respecto, Juan Andrés postuló la falta de necesidad de tener que celebrar un contrato o formalidad posterior para generar la obligación prevista en la promesa. Vid. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, págs. 48 y 49, y DE CASTRO, «La promesa de contrato», *Anuario de Derecho Civil*, T. III, fascículo IV, octubre-diciembre de 1950, pág. 1139.

(20) Esta postura está encabezada por Castán, Manresa y Scaevola. Vid. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 27 y ss. Vid. MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. X, *op. cit.*, pág. 113 y ss., y MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. XII, *op. cit.*, pág. 539

- b) Otra que opta por entender que el precontrato es una condición de querer. Los autores que propugnan esta teoría sostienen que la existencia del contrato definitivo, y por ende de sus efectos, dependen de que una de las partes así lo quiera y lo declare posteriormente (21).
- c) Otra que considera al precontrato como un contrato preparatorio básico, que contiene las líneas generales del contrato proyectado. Por esta razón, no se requiere la conclusión del contrato definitivo, sino el desarrollo de las directrices establecidas en el precontrato (22).
- d) Otra que rechaza la existencia jurídica del precontrato, por lo que su empleo no tendría utilidad ni eficacia jurídica alguna (23).
- e) Otra que estima que el precontrato es la primera etapa del iter contractual, facultando el precontrato a las partes a exigirse recíprocamente el cumplimiento del contrato proyectado en el precontrato (24).
- f) Nuevas tendencias doctrinales lideradas por ROMÁN GARCÍA, LACRUZ y CAVANILLAS MÚGICA, que suponen una aproximación casuística de la teoría del iter contractual de DE CASTRO. Así para ROMÁN GARCÍA el precontrato englobaría «todas las combinaciones de naturaleza contractual que las partes pueden realizar válidamente amparándose en el ordenamiento jurídico» para vincularse en diversos grados para llegar luego «al proyectado contrato posterior», «sin necesidad de formular un nuevo consentimiento sobre el objeto y la causa del contrato» (25).

y ss. Vid. SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIX, Reus, Madrid, 1955, pág. 331 y ss., y en *Código Civil*, T. XXIII, *op. cit.*, pág. 536 y ss. Puede concluirse que para la doctrina tradicional el precontrato es «una convención por la cual dos o más personas se comprometen a hacer efectiva en un tiempo futuro la conclusión de un determinado contrato que por el momento no se quiere o no se puede hacer efectivo». Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 28.

(21) Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 1150 a 1158.

(22) Esta postura ha sido defendida fundamentalmente por Roca Sastre siguiendo a Degenkolb. Vid. ROCA SASTRE, «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 1948, pág. 321 y ss.

(23) Esta postura ha sido mantenida fundamentalmente por Alguer, siguiendo a Schlossmann. Vid. ALGUER, «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 12, 1935, pág. 322 y ss.

(24) De Castro introdujo esta corriente doctrinal en España. Vid. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 1133 a 1186. En la actualidad numerosos autores siguen esta teoría, aunque con ciertas precisiones, como O'Callaghan y Pedreira, Díez-Picazo, Puig Brutau y Espín. Vid. O'CALLAGHAN y PEDREIRA, *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, V. II, 3ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs. 1052 y 1053. Vid. Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 334 y ss. Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313 y ss. Vid. ESPÍN, *op. cit.*, pág. 409 y ss.

(25) Cfr. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, pág. 415.

LACRUZ (26) defiende la superación del «precontrato-tipo» propuesto por DE CASTRO. Para él, los precontratos pueden responder hasta a tres finalidades distintas:

- a) Que el juez pueda sustituir el consentimiento de la parte que incumple su obligación de otorgarlo.
- b) Que el precontrato se equipare al contrato definitivo a partir de cierto momento.
- c) Que se considere el consentimiento como personalísimo, y el incumplimiento de su falta de otorgamiento sólo origine una indemnización por daños y perjuicios.

Según CAVANILLAS MÚGICA (27) hay dos tipos de precontratos. Uno calificado de perfecto y otro de imperfecto.

El precontrato perfecto contendría una manifestación contractual completa. Es decir, en el caso de que se celebrara el contrato definitivo, éste sería un «calco» del precontrato. Por tanto, el precontrato perfecto contendría no sólo los elementos esenciales del contrato definitivo, sino todos y cada uno de sus elementos. Como consecuencia de esto, el precontrato perfecto se identificaría por su total similitud con el contrato definitivo.

Este tipo de precontrato se utilizaría fundamentalmente en aquellos supuestos en los que las partes han sometido la conclusión del contrato definitivo a una ulterior formalización, o en los que se precisen unas simples operaciones matemáticas fijadas en el precontrato para obtener un concreto resultado en el momento de la celebración del contrato definitivo.

El precontrato imperfecto sería «aquel que, teniendo suficientemente determinado su “objeto principal”, remite a un momento posterior (la firma del contrato definitivo) la fijación de ciertos extremos, el perfilado de la redacción» (28).

La peculiaridad de este tipo de precontrato reside en que las partes han añadido una obligación complementaria: el otorgar un mayor grado de concreción al contrato. Según el citado autor, las partes desean el mismo grado de vinculación que en el precontrato perfecto, pero éstas han sometido la ejecución del contrato a una especie de condición previa consistente en la obligación anteriormente explicada.

(26) Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, págs. 383 y 384.

(27) Vid. CAVANILLAS MÚGICA, «Sentencia de 10 de abril de 2000: Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicatoria sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre/diciembre de 2004, págs. 1156 a 1162.

(28) Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, pág. 1157.

5. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE PRECONTRATO

Nuestra jurisprudencia es clara al determinar que el precontrato es un contrato que contiene todos los elementos esenciales, y por ende, es distinto de los tratos preliminares (29). Así, lo característico del precontrato es que en él se ha prefijado una relación jurídica con todos los elementos esenciales (30).

Asimismo, nuestros tribunales diferencian el precontrato del contrato definitivo fundamentalmente por la voluntad de obligarse (31) y sus efectos (32). Por ejemplo, en el caso de las compraventas, la distinción entre ambos radica en la voluntad de obligarse y en que uno transmite la propiedad y el otro no (33).

La jurisprudencia mayoritariamente señala que los rasgos que permiten identificar al precontrato son: la voluntad de las partes, la configuración de su contenido y la concurrencia de los elementos esenciales del contrato. Para ello utiliza los criterios interpretativos de los arts. 1.281 a 1.289 del CC, como el de la literalidad o el de los actos posteriores de las partes (34). Todo ello, con independencia de la calificación efectuada por las partes, ya que para el Tribunal Supremo los contratos son lo que son, y no lo que las partes dicen que son (35). Así en numerosas ocasiones el Alto Tribunal ha calificado o tratado los acuerdos de intenciones como precontratos (36). Ilustrativamente pueden citarse las sentencias STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia número 1325/2006 y STS de 27 de febrero de 2009, sentencia número 140/2009, en las que el Tribunal Supremo exige que el objeto esté perfectamente determinado (en el caso de la compraventa requiere la cosa y el precio), e identifica a los precontratos por su título («Compromiso de compraventa», «Contrato preparatorio de compraventa»), el uso de tiempos verbales futuros, sometimiento a una aprobación posterior de las partes y el contenido del

(29) *Vid.* STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393) y STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235).

(30) *Vid.* STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396), STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 20 de abril de 2001 (*RJ* 2001/5282), STS de 16 de julio de 2003 (*RJ* 2003/5144) y STS de 25 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/8144).

(31) *Vid.* STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384), STS de 7 de julio de 1994 (*RJ* 1994/4968) y SAP de Sevilla, de 11 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/15398).

(32) *Vid.* STS de 28 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9402) y STS de 5 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/6915).

(33) *Vid.* STS de 11 de octubre de 2000 (*RJ* 2000/7725), STS de 20 de abril de 2001 (*RJ* 2001/6886) y STS de 31 de diciembre de 2001 (*RJ* 2001/3098).

(34) *Vid.* STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963), STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384), SAP de Granada, de 27 de abril de 1999 (AC 1999/4573), SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/250944) y STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235), entre otras muchas.

(35) *Vid.* STS de 8 de marzo de 2002. Sentencia núm. 214/2002.

(36) *Vid.* STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325) y STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), entre otras muchas.

mismo (como la declaración de la intención de vender y comprar, la previsión de un calendario de ejecución o de las formas de pago).

No obstante, del análisis de la jurisprudencia puede concluirse así junto con ROMÁN GARCÍA (37), que el Tribunal Supremo no ha seguido un concepto único de precontrato. Así, nuestros tribunales han aplicado la teoría tradicional de precontrato, la del contrato preparatorio, e incluso las nuevas tendencias, como la de CAVANILLAS MÚGICA, que diferencia entre precontratos perfectos e imperfectos.

Ejemplos del seguimiento del primer postulado doctrinal lo encontramos en sentencias como la STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/691), STS de 11 de noviembre de 1943 (*RJ* 1943/1170), STS de 5 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3284). También hay pronunciamientos más recientes como la STS de 26 de marzo de 1965 (*RJ* 1965/1481), STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325) y STS de 27 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3985). Ilustrativamente comenta la última sentencia citada:

«Si bien la figura del negocio precontractual ha sido muy discutida doctrinalmente, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades obligacionales, crea no sólo los deberes recíprocos de contratar en el futuro, sino que también produce una situación de vinculación obligacional en aquello que constituye contenido especial y propio del precontrato, sin perjuicio de su función para asegurar y preparar un negocio previsto, cuya vigencia ocurre una vez realizado el contrato final que proyectaron las partes y del que no pueden arbitrariamente separarse ni rehuirlo, ya que se causaría una infracción de los arts. 1.256, 1.258 y 1.278 del CC».

Como puede constatarse en la sentencia reproducida, el Tribunal Supremo ha considerado en múltiples ocasiones que el objeto del precontrato es la celebración del contrato definitivo, siendo su función la de asegurar y preparar dicha suscripción. Consecuentemente, el Alto Tribunal ha acogido plenamente la doctrina clásica en estas sentencias (38).

Además, nuestros tribunales también han seguido la teoría del contrato preparatorio básico propugnada por ROCA SASTRE. Ejemplos de ello lo podemos encontrar en la STS de 16 de octubre de 1965 (*RJ* 1965/4468), STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963), STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824), STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384), STS de 19 de

(37) Cfr. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, pág. 420.

(38) Pero en otras ocasiones, el Alto Tribunal utiliza de forma confusa varias doctrinas a la vez. Así, en la STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia núm. 1149/2008, el Tribunal Supremo alude a la teoría clásica y a la del iter contractual, no descarta ninguna expresamente, pero sí matiza que el precontrato no puede tener la misma eficacia del contrato definitivo, ni puede generar responsabilidad precontractual o *in contrahendo*.

julio de 1994 (*RJ* 1994/6698), SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/279377) y STS de 16 de julio de 2003 (*RJ* 2003/5144). En concreto la última sentencia comenta:

«En resumen, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha recogido que el precontrato ya es, en sí mismo, un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro futuro, conteniendo el proyecto o la ley de bases del siguiente».

Consecuentemente, las sentencias citadas aceptan los postulados de ROCA SASTRE, entendiendo que el precontrato es una figura contractual autónoma, cuya peculiaridad radica en tener por objeto la celebración de un contrato futuro y la consiguiente indeterminación de los requisitos esenciales del convenio (39), siendo necesaria una actividad de cooperación entre los contratantes para concretar los aspectos imprecisos en el contrato definitivo. No obstante, hay pronunciamientos judiciales que dentro de la consideración del precontrato como una «ley de bases», optan por estimar que los elementos esenciales deben ser suficientemente precisos para que no sea necesaria la celebración de un contrato posterior, siendo integrado el contenido del mismo por el juez (40).

Además, hay infinidad de sentencias que comparten el concepto de precontrato defendido por DE CASTRO y sus seguidores. Entre ellas pueden citarse la STS de 29 de julio de 1996 (*RJ* 1996/6408), STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 30 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6640), STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235), STS de 25 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/8144) y la STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia número 1325/2006. En este sentido, la penúltima sentencia dice:

«Se estima porque no existe realmente una relación jurídica entre las partes que pueda calificarse de precontrato, contrato preliminar o preparatorio, *pactum de contrahendo* que, como dice la sentencia de 13 de octubre de 2005, reiterando la doctrina de este Tribunal, tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (STSS de 23 de diciembre de 1995; [*RJ* 1995, 9396] 16 de julio de 2003 [*RJ* 2003, 5144], entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a la voluntad de ambas partes contratantes (...)».

(39) *Vid.* STS de 5 de julio de 1940 (*RJ* 1940/684), STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/691), STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325), STS de 26 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8402) y SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/250944), entre otras muchas.

(40) *Vid.* STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963) y STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824), entre otras.

Por lo tanto, esta postura jurisprudencial supone una aplicación de la teoría del iter contractual, puesto que entiende que el precontrato contiene la relación contractual perfectamente definida, supeditándose el cumplimiento a la voluntad de los contratantes, pero sin ser necesaria la celebración de un contrato posterior.

Asimismo, hay pronunciamientos judiciales en los que parece entreverse una postura intermedia entre la teoría del iter contractual y la del contrato preparatorio básico. Es decir, la aceptación de los postulados de CAVANILLAS MÚGICA.

Esta tesis se acepta implícitamente en numerosas sentencias que analizan el precontrato, enuncian las teorías del iter contractual y del contrato preparatorio básico, y finalmente, otorgan al precontrato la eficacia de instar el cumplimiento del contrato definitivo, o una indemnización de daños y perjuicios, en función básicamente del grado de determinación de la definitiva relación contractual y de la voluntad de las partes.

Ejemplos de esta postura de nuestros tribunales son la STS de 5 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3284), STS de 24 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10657), STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396), STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864); SAP de Granada, de 27 de abril de 1999 (*AC* 1999/4573), SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999 (*AC* 1999/1906); SAP de Sevilla, de 11 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/15398), SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/250944), y SAP de Málaga, de 22 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003/243389). Así, la primera sentencia citada, que es reproducida en otras, indica:

«Es incuestionable que no siempre se presenta de la misma forma y manera el precontrato de promesa de venta, pues unas veces las propias partes contratantes han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia —por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso— de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos, las mismas partes demuestran su decidida voluntad en todos los pormenores y detalles de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar un cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el plazo establecido, momento a partir del cual es incuestionable que

si uno incumple lo prometido, el otro estará facultado para exigir el cumplimiento de la promesa en sí».

En resumen, podría sintetizarse la postura jurisprudencial en torno al concepto de precontrato, en los siguientes aspectos:

- Es un contrato autónomo y diferenciado de los tratos preliminares y del contrato definitivo.
- Tiene como rasgos distintivos:
 - a) Contiene los elementos esenciales del contrato definitivo.
 - b) Preconfigura la relación contractual definitiva. Por ejemplo, a través de calendarios de ejecución.
 - c) Tiene una cierta indeterminación respecto a los elementos del contrato definitivo.
 - d) Recoge una voluntad de vincularse contractualmente.
 - e) Contiene tiempos verbales futuros.
 - f) Suele titularse precontrato, compromiso, contrato preparatorio, etc.

6. EFECTOS DEL PRECONTRATO

Al igual que sucede con el concepto de precontrato, la eficacia del mismo tiene que afrontar el problema de su falta de regulación (41). Y ello, como en el caso del concepto del precontrato, ha llevado a distintos posicionamientos. Muchos de ellos han estado marcados por el intento de superar el *circuitus inutilis*, aunque para la producción de efectos parece más acertado atender a lo estipulado por las partes conforme al art. 1.281 del CC, como posteriormente se explicará.

La eficacia de esta figura está íntimamente vinculada a su concepto y al intento doctrinal y jurisprudencial de superar el obstáculo del *circuitus inutilis*. Así, puede decirse que hay una cierta correlación entre las diversas teorías en torno al concepto de precontrato y la eficacia que se postula del mismo. Aunque todas ellas optan por los siguientes tipos de eficacia:

- Conceder una indemnización por considerar que el efecto principal del precontrato es la celebración del contrato definitivo, y como el consentimiento necesario para su perfección es personalísimo, y por tanto, insustituible, únicamente se puede otorgar la indemnización porque el consentimiento es incoercible. Así se pronuncia la primera línea jurisprudencial, como la STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/

(41) Vid. LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381, o PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313.

691) (42), STS de 16 de abril de 1941 (*RJ* 1941/502), STS de 2 de febrero de 1960 (*RJ* 1960/460) y STS de 16 de octubre de 1965 (*RJ* 1965/4468). E incluso alguna sentencia más reciente, como la STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325) y la STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864).

- Conceder la ejecución del contrato definitivo. Aunque para ello se postulan dos vías:

- a) La sustitución judicial del consentimiento. El efecto sustancial del precontrato es la suscripción del contrato definitivo, y por ello, en caso de incumplimiento, el juez puede sustituir el consentimiento de la parte incumplidora para que se perfeccione el referido contrato. En este sentido se pronuncian algunos autores como ROCA SASTRE (43), ALGUER (44) u O'CALLAGHAN y PEDREIRA (45), y algunas sentencias como la STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824), STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396) y STS de 5 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/6915). No obstante, hay que destacar que éste es un cauce indirecto para alcanzar la ejecución del contrato.

Inicialmente habría que instar un juicio declarativo de incumplimiento y de condena a su celebración a través de la sustitución judicial del consentimiento en virtud del art. 1.124 del CC. Posteriormente, en el caso de un incumplimiento contumaz, habría que iniciar el correspondiente proceso ejecutivo al amparo de la sentencia dictada en el proceso declarativo conforme el art. 708 de la LEC. A estos efectos es preciso remarcar que el citado precepto permite al juez integrar los elementos no esenciales del contrato definitivo mediante los usos del mercado. En caso de que la indeterminación afecte a elementos esenciales únicamente puede ejecutarse la correspondiente indemnización, que se determinará según los arts. 712 y ss. de la LEC.

El problema radica en que con ello únicamente se obtendría la conclusión de un contrato definitivo. Por esta razón, parece que en caso de persistir el incumplimiento, habría que acudir a un

(42) En concreto esta sentencia ilustrativamente comenta: «ni en él se engendra otra obligación que la de prestar a su tiempo el consentimiento, ni su incumplimiento puede producir otro efecto que el resarcimiento de perjuicios, precisamente por ser el consentimiento que ha de prestarse objeto único de la obligación y acto personalísimo; ni puede autorizar a que la voluntad del obligado se sustituya por obra de la autoridad del juez, dando así irregularmente vida a un contrato que sin el común, expreso y máximo asenso de las partes no puede nacer».

(43) *Cfr.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 334.

(44) *Cfr.* ALGUER, *op. cit.*, pág. 322 y ss.

(45) *Cfr.* O'CALLAGHAN y PEDREIRA, *op. cit.*, pág. 1058.

nuevo proceso declarativo en el que se solicite el cumplimiento, esta vez del contrato definitivo. Y una vez finalizado éste, ya se podría acudir al proceso ejecutivo para hacer efectiva la condena de un hacer personalísimo (art. 706 de la LEC), o no personalísimo (art. 709 de la LEC), en función del contrato.

En consecuencia, se incurriría de pleno en el *circuitus inutilis*. Aunque podría intentar sortearse en gran parte si se solicita simultáneamente la celebración del contrato definitivo y su ejecución. Frente a lo cual, no parece haber ningún obstáculo normativo, siempre y cuando el precontrato cumpla dos condiciones: Una, que el precontrato contenga una obligación líquida, vencida y exigible. Dos, que el precontrato se haya otorgado en un documento que sea un título ejecutivo conforme al art. 517 de la LEC (normalmente una escritura pública o una póliza mercantil). De esta forma podría instarse directamente un juicio ejecutivo solicitando conjuntamente la sustitución del consentimiento contractual y la ejecución del contrato.

- b) Instar el proceso declarativo de incumplimiento del contrato definitivo, puesto que el precontrato obliga directamente al cumplimiento del mismo, y después iniciar el correspondiente proceso ejecutivo. Así lo entienden infinidad de sentencias, como la famosa STS de 1 de julio de 1950 (*RJ* 1950/1187), STS de 2 de febrero de 1959 (*RJ* 1959/2894), STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963), STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864) y STS de 30 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6640) (46). Y también muchos autores, como DE CASTRO (47). Aunque los tribunales, como se ha explicado anteriormente, a veces admiten la ejecución del contrato cuando éstos son otorgados en póliza mercantil o escritura pública y contienen deudas vencidas, líquidas y exigibles al amparo del art. 517.2.4.º y 5.º de la LEC. Consecuentemente, de esta forma se evita el problema del *circuitus inutilis*.

Dentro de la mencionada correlación entre el concepto teórico y la eficacia del precontrato destacan las tres posturas que han gozado de mayor pre-

(46) Específicamente esta última sentencia señala: «en segundo lugar, por no darse precontrato alguno, entendiendo por éste como el primer momento del “*iter contractus*” que debe ponerse en vigor en el momento previsto, sin necesidad de nuevas declaraciones de voluntad». En ese sentido, la STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia núm. 1325/2006, aclara: «Y responde al concepto típico y clásico de precontrato, como primera fase del *iter contractus*, la relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado; por tanto, se distinguen dos fases, la primera es el precontrato, en el que se concreta el contrato comprometido y las partes tienen la obligación y el derecho de ejecutarlo, y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior».

(47) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 1182 a 1186.

dicamento en nuestro Derecho: la clásica, la del contrato preparatorio básico y la del iter contractual. Y ello porque el resto de teorías siguen sus postulados en cuanto a la eficacia del precontrato.

En concreto, la corriente doctrinal (48) y jurisprudencial clásica predica que el principal efecto del precontrato es el cumplimiento de su objeto, es decir, la celebración del contrato definitivo. Por tanto, para estos autores y sentencias, el efecto del contrato sería o una indemnización o la sustitución judicial del consentimiento en función de si entiende que el consentimiento es personalísimo o no (49).

El sector doctrinal encabezado por ROCA SASTRE, y la jurisprudencia que lo sigue, comparte con la teórica clásica los efectos postulados por ésta, con la diferencia de que estos autores y las correspondientes sentencias exigen además una actividad de colaboración para integrar el contrato. Así, la STS de 26 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8402) señala que:

«si bien la figura del negocio contractual es muy discutida en la doctrina, lo que no puede desconocerse es que, al responder a un concierto de voluntades, crea deberes recíprocos de contratar en el futuro, conforme a lo que se hubiera convenido, generando una situación de vinculación obligacional en aquello que constituye el contenido especial y propio de la relación acordada (sentencia de 27 de mayo de 1993 [RJ 1993/3985]) y es antecedente del contrato definitivo, que exige la necesaria colaboración de las partes interesadas y obligadas».

Finalmente, hay un grupo mayoritario de autores, liderado por DE CASTRO y sus seguidores como Díez-PICAZO, y también de sentencias, como la STS de 1 de junio de 1996 (RJ 1996/2848), STS de 29 de julio de 1996 (RJ 1996/6408), STS de 3 de junio de 1998 (RJ 1998/3715) y STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144), que propugnan una equiparación de efectos con el contrato definitivo. Así, el precontrato permite instar a cualquiera de las partes directamente la ejecución del contrato definitivo. Consecuentemente, no es necesaria la celebración del contrato definitivo, ni una nueva emisión del consentimiento. Ni siquiera por sustitución judicial. En este sentido, la STS de 29 de julio de 1996 (RJ 1996/6408) dice:

(48) Vid. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 37; SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIII, *op. cit.*, pág. 542.

(49) A estos efectos, conviene destacar que tras la STS de 2 de julio de 1950 (RJ 1950/1187), la mayoría de las sentencias, como la STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8824), STS de 24 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10657) o STS de 25 de junio de 1993 (RJ 1993/5384), y de los autores, sostienen que el consentimiento no es personalísimo, siendo posible la sustitución judicial del mismo. Vid. CASTÁN, *op. cit.*, pág. 37.

«Frente a ello, conviene señalar que dicha jurisprudencia es minoritaria y que la claramente dominante atribuye al precontrato efectos sustancialmente idénticos a los del contrato definitivo, obligando directamente a las partes al igual que éste, superándose así la antigua concepción del precontrato según la cual éste obligaba a obligarse, lo que carece de sentido, pues el consentimiento, si es libre, es incoercible. Tal doctrina es válida para cualquier precontrato, no impidiéndolo la redacción del artículo 1.451 del CC, cuyas diferenciaciones de régimen entre contrato preliminar y contrato definitivo de compraventa no obstan a lo dicho, y la jurisprudencia española dominante se ha inspirado en la concepción de que el precontrato es la fase inicial de un contrato de formación sucesiva con unidad funcional y voluntad única, dejando esta etapa preparatoria ya vinculadas a las partes de forma que basta actuar la facultad de poner en funcionamiento el contrato proyectado para que éste sea exigible y produzca sus efectos típicos de manera que, en caso de negativa de una de las partes, el Juez pueda suplir el consentimiento del obligado, puesto que la consumación del contrato no requiere una nueva y específica declaración de voluntad por haber sido prestado el suficiente consentimiento al perfeccionarse el contrato inicial: esto es, el precontrato o contrato preliminar obliga como el llamado contrato definitivo».

De todos estos respetables posicionamientos, parece que el más acertado es el que entiende que el precontrato obliga a celebrar el contrato definitivo, y con ello, la prestación posterior del consentimiento contractual. Y es que, con independencia de la utilidad o redundancia que ello conlleve, es indudable que la configuración habitual del precontrato en el tráfico jurídico establece la obligación de celebrar un contrato definitivo posterior, normalmente en documento público, mientras que el precontrato es otorgado en documento privado (50). Además, el rasgo distintivo del precontrato, según la mayoría de autores y sentencias citadas, es que su objeto es la celebración del contrato definitivo (51). En consecuencia, el aplicador del Derecho no puede ser ajeno a la voluntad de las partes expresada de forma clara y expresa en ese sentido, conforme al art. 1.281 del CC (52).

(50) Esto se puede comprobar en cualquier formulario al uso, como en el de DEL ARCO TORRES, *Formularios de Contratos*, *Formularios de Contratos*, Comares, 7ª edición, Granada, 2005, págs. 83 a 87.

(51) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 313, o SCAEVOLA, *Código Civil*, T. XXIII, *op. cit.*, pág. 542, y STS de 24 de mayo de 1980 (RJ 1980/1963), STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8824), STS de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996/864) y STS de 28 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9837), entre otras.

(52) Así lo entienden muchos autores, como CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, pág. 1158 a 1161, y sentencias, como la STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396), y STS

En efecto, es manifiesto que si las partes hubiesen querido la eficacia del contrato definitivo, éstas habrían celebrado el contrato definitivo en vez de un precontrato (53). Igualmente, si las partes hubieran querido supeditar la eficacia del contrato a la superación de unos impedimentos o a la concurrencia de unas determinadas circunstancias, como señala de forma reiterada la doctrina (54) y la jurisprudencia (55), éstas habrían establecido una cláusula suspensiva o resolutoria.

Por tanto, parece excesivo y no amparado por el art. 1.258 del CC, el conceder a una relación contractual unos efectos que las partes no han querido, cuando ellas ya han estipulado expresamente lo que quieren: la suscripción por las partes del contrato definitivo. En este aspecto, es preciso remarcar que la configuración usual de un precontrato no hace depender el nacimiento de los efectos a la emisión de una declaración de voluntad de cumplimiento de una de las partes o al ejercicio de una opción. Ese rasgo es precisamente la peculiaridad del contrato de opción (56). Por ello, no parece adecuado equiparar la eficacia del precontrato a la del contrato definitivo, ni dejar al arbitrio de una de las partes el surgimiento de la eficacia (57).

En consecuencia con lo anterior, parece que en el caso de incumplimiento de la obligación de celebrar el contrato definitivo sólo debería proceder una indemnización por daños y perjuicios al amparo del art. 1.101 del CC (58).

de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235), que específicamente comenta: «en efecto, para determinar si nos hallamos a presencia de un precontrato, se hace preciso atender a la voluntad de las partes, conforme expresa el art. 1.258 CC (LEG 1889,27), la cual ha de indagarse atendiendo al sentido literal del contrato, siempre que ello sea posible, según el art. 1.281 CC». No obstante pueden seguirse otros criterios, como el grado de determinación para saber si ya se ha superado la fase de los tratos preliminares o indicios que reflejen la falta de compromiso, como el no cumplir lo acordado, devolviendo las cantidades previamente entregadas. *Vid.* STS de 27 de febrero de 2009, sentencia núm. 140/2009.

(53) Expresivamente, y desde la experiencia práctica del ejercicio del notariado, SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, pág. 337, dice: «también es necesario diferenciar la promesa de venta del contrato mismo de compraventa. Es claro que en la primera uno u ambos contratantes pretenden no quedar vinculados de modo definitivo, lo cual se pospone para el momento de la celebración del verdadero contrato de compraventa». En igual sentido, la STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia núm. 1149/2008, declara que: «realmente, lo que caracteriza al precontrato es que las partes, por las razones que sea, no quieren que se produzcan de momento los efectos del contrato proyectado», haciendo hincapié en que las partes quieren que el contrato definitivo tenga existencia en el futuro.

(54) *Vid.* ESPÍN, *op. cit.*, págs. 409 y 410; y LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, pág. 381, entre otros.

(55) *Vid.* STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393) y STS de 28 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005/9837), entre otras.

(56) *Vid.* DEL ARCO TORRES, *op. cit.*, págs. 90 a 93.

(57) Puesto que en estos casos no se configura un derecho de opción, y por tanto, se incurriría en el supuesto de hecho del art. 1.256 del CC.

(58) Así lo entienden también muchos autores. *Vid.* MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. X, *op. cit.*, pág. 122; ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, págs. 421 y 422, y

Y ello porque el precontrato es un contrato en sí mismo, puesto que contiene los elementos esenciales establecidos en el art. 1.261 del CC (59).

Normativamente parece que es plenamente posible la sustitución judicial del consentimiento de la parte incumplidora según el art. 708 de la LEC, e incluso conforme a los artículos 1.279 y 1.280 del CC. No obstante, ésta no parece la solución más acorde a la verdadera voluntad de las partes. Y es que, lo que subyace en la celebración de todo precontrato es el ánimo de no vincularse de forma definitiva al cumplimiento del contrato definitivo. Por ello, si se permite la sustitución judicial del consentimiento, se estaría sorteando la mencionada voluntad de las partes.

Por otro lado, es necesario resaltar que la celebración de los precontratos se incardina en la fase de negociación del contrato definitivo. En realidad, parece ser el colofón a la etapa referenciada. Pero es notorio, como todas sus denominaciones indican (60), que el precontrato debe anteceder al contrato definitivo. Y por ello, parece albergar una función de preparación (61), e incluso podría decirse de reflexión final, sobre la conclusión del contrato definitivo. Dicha función no podría cumplirse si se equiparan los efectos del precontrato a los del contrato definitivo.

En conclusión, del estudio de la ordinaria configuración del precontrato en el tráfico jurídico y de su función en el mismo parece que la eficacia más ajustada a la voluntad de las partes es la que consiste en obligar a la celebración del contrato definitivo, y en caso de incumplimiento, a tener derecho a una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en virtud del art. 1.101 del CC. Todo ello sin olvidar que esta conclusión es predicable exclusivamente de los precontratos que responden a dicha configuración habitual, por lo que en el caso de los precontratos que se separen de la misma (y en los que no se separen también en virtud de lo dispuesto en el Código Civil), habría que atender a los criterios interpretativos de la voluntad de las partes y del precontrato recogidos en los arts. 1.281 a 1.289 del CC.

sentencias, como la STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325), STS de 27 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3985) y STS de 19 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6698).

(59) *Vid.* STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715), STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393) y STS de 13 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7235). Correlativamente, la jurisprudencia excluye la responsabilidad precontractual o *in contrahendo*, ya que ésta se genera en los tratos previos. *Vid.* STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia núm. 1149/2008.

(60) A estos efectos, son ilustrativos los términos de promesa de contrato, contrato preparatorio, contrato preliminar, *pactum de contrahendo*. Con ellos es claro que se alude tanto al carácter previo respecto al contrato definitivo, como a su función de formación del mismo.

(61) *Vid.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 324 y ss., y STS de 26 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8402).

7. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto a lo largo del presente artículo, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones:

1. HAY MÚLTIPLES DENOMINACIONES PARA REFERIRSE A LA FIGURA DEL PRECONTRATO

El nacimiento del precontrato suele vincularse a la tercera edición de un estudio doctrinal de H. Thöl en 1865. Por ello, es frecuente que la doctrina y la jurisprudencia empleen la voz alemana con la que se cree que por primera vez se aludió al precontrato: *vorvertrag*.

No obstante, esta institución seguramente tiene su origen en la figura latina del *pactum de contrahendo*. De hecho, el término alemán es la traducción de la referida denominación latina. Y por esta razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan también esta denominación.

Sin embargo, la figura del precontrato, como tal, no ha tenido nunca un reconocimiento en nuestro ordenamiento. Por esta razón, los autores y los tribunales han identificado el precontrato con la figura de la promesa de contrato, en general, y con la promesa de compraventa en particular. De esa forma se entroncaba el precontrato con una figura que no es ajena a nuestro Derecho. Y ello motiva que la jurisprudencia y la doctrina también usen ambos términos para referirse al precontrato.

A su vez, muchos autores y de vez en cuando los tribunales, gustan de utilizar el término contrato preliminar debido a la fuerte influencia de la doctrina italiana. Y es que la mencionada denominación no es más que la traducción del término italiano *contratto preliminare*.

Aunque es indudable que la denominación más extendida es la de precontrato. Y ésta es precisamente la que más se emplea en el tráfico jurídico. Lo cual no empece a que los otros términos sean sinónimos de precontrato en el ámbito jurídico.

2. EL PRECONTRATO NO ESTÁ REGULADO EN EL CÓDIGO CIVIL, LO QUE HA MOTIVADO QUE SU CONFIGURACIÓN SE REALICE ATENDIENDO A LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DERECHO COMPARADO E INCLUSO ORDENAMIENTOS FORALES. ÉSTO HA CONTRIBUIDO A GENERAR UNA MAYOR INCERTIDUMBRE EN TORNO AL CONCEPTO DE PRECONTRATO Y SUS EFECTOS

Como se ha apuntado a lo largo de este artículo, el precontrato es un contrato atípico, ya que no está contemplado expresamente en el Código Civil. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia entienden que los artículos

referentes a la promesa de compraventa son una regulación específica de una modalidad concreta de precontrato.

Esta postura doctrinal y jurisprudencial ha originado una mayor confusión sobre el concepto de precontrato y sus efectos. Y ello porque el art. 1.451 del CC es uno de los preceptos menos claros del referido cuerpo normativo. En efecto, la doctrina se ha cuestionado diversos aspectos regulados en el mismo. Por ejemplo, se ha discutido sobre cómo debe entenderse el derecho a reclamarse recíprocamente el cumplimiento, si dentro de su supuesto de hecho se incluyen las promesas bilaterales y las unilaterales o el sentido de la remisión a las estipulaciones generales de obligaciones y contratos del Código Civil.

Para evitar esta confusión, la doctrina ha tratado de esclarecer la figura del precontrato con sus posibles antecedentes. Pero esto ha provocado una nueva polémica, que ha llegado incluso a cuestionarse la existencia de algunos antecedentes, como en el caso del *pactum de contrahendo*. Además, es preciso reseñar que los posibles antecedentes analizados por la doctrina son muy dispares entre sí. Así, mientras el art. 1.373 del Proyecto de 1851 no obligaba a la celebración de un posterior contrato en el caso de la promesa de venta, el art. 1.477 del Proyecto 1882-1888 sí obligaba a ello.

Lo mismo sucede con el estudio del Derecho Comparado. En él se pueden observar regulaciones pormenorizadas como el Derecho austríaco (62), otras que lo equiparan al contrato definitivo como el Derecho francés (63) y, finalmente, otros ordenamientos que regulan únicamente algunos aspectos del precontrato como el Derecho italiano (64). Y cada una de estas configuracio-

(62) El Código Civil austríaco (ABGB) de 1811 también recoge un concepto general de precontrato en su art. 936, que dispone: «El acuerdo de concluir un contrato en el futuro obliga cuando en él se determina, tanto el tiempo en que había de concertarse el contrato, como sus elementos esenciales, y en tanto las circunstancias no hayan cambiado de modo tal que por eso el fin expresamente establecido o el que se desprende de las circunstancias se haya hecho imposible, o que se haya perdido la confianza de una parte en la otra. El cumplimiento de tales promesas debe realizarse en el año siguiente al momento de la estipulación, extinguiéndose en otro caso el derecho». Vid. ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, pág. 69. El ABGB también contiene regulaciones específicas para determinados supuestos de precontratos, como el de depósito (art. 957), comodato (art. 971), mutuo (art. 983) y prenda (art. 1.368).

(63) En concreto el artículo 1.589 del *Code* establece: «*La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement reciproque des deux parties sur la chose et sur le prix*». Cfr. *Code Civil, 1995-1996*, Litec, Paris, 1995, págs. 878 y 879. Su traducción podría ser: «La promesa de venta vale venta, cuando hay consentimiento recíproco de las dos partes sobre la cosa y el precio».

(64) Vid. BUONCRISTIANO y otros, *Codice Civile*, Giuffrè Editore, 3ª edición, Milán, 1997, págs. 1518, 3233 y 3234. El artículo 1.351 del *Codice* dice en italiano: «Il contratto preliminare è nullo se non fatto nella stessa forma che legge prescrive per il contratto definitivo». Podría traducirse como: «El contrato preliminar es nulo si no está hecho en la forma que la ley prescribe para el contrato definitivo». El artículo 2.932 del *Codice* dice en italiano: «Se colui che é obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligo».

nes es distinta, lo que ha permitido a la doctrina española postular diferentes conceptos y efectos de los precontratos.

En consecuencia, la ausencia de regulación expresa, los dispares antecedentes normativos y la falta de homogeneidad en esta materia en el Derecho Comparado, han provocado que tanto la doctrina como la jurisprudencia española manejen diferentes teorías sobre el concepto y los efectos del precontrato. Aunque una conclusión puede extraerse de los diferentes antecedentes y regulaciones de otros países: el objeto del precontrato es celebrar un contrato en un momento posterior.

3. LA DOCTRINA ESPAÑOLA HA SEGUIDO HASTA SEIS TEORÍAS DISTINTAS DEL PRECONTRATO, SIENDO LA IMPERANTE EN LA ACTUALIDAD LA DEL ITER CONTRACTUAL. SIN EMBARGO, NINGUNA DE ELLAS PARECE QUE PROPORCIONA UNA RESPUESTA SATISFACTORIA A LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL PRECONTRATO

En efecto, la doctrina española ha postulado diferentes conceptos de precontrato. En algunos casos, incorporando a nuestro Derecho teorías doctrinales de Derecho Comparado.

La teoría que inicialmente propugnó la doctrina, conocida como tradicional, mantenía que el precontrato se caracterizaba por la obligación de celebrar un contrato con posterioridad. Ello implica que su principal efecto es la perfección de ese contrato definitivo, consistiendo la función del precontrato en asegurar el cumplimiento de la referida obligación.

Frente a esta corriente doctrinal se sucedieron una serie de críticas, basadas esencialmente en la inutilidad de tener que perfeccionar un contrato cuando las partes ya se han querido vincular previamente. De hecho, algunos autores han defendido hasta la inexistencia de esta figura por la falta de sentido práctico del precontrato.

Otros autores han preferido considerar que el precontrato es el germen del contrato definitivo. A esta teoría se la conoce como la del contrato preparatorio básico, y sostiene que el precontrato contiene las líneas básicas del futuro contrato, aunque su contenido precisa de una cierta concreción. Tal determinación del contenido conlleva que las partes tengan una nueva obligación: la de colaborar entre sí para desarrollar ese contenido esencial del contrato definitivo.

Asimismo, hay una teoría doctrinal conocida como la del iter contractual, que se ha convertido en la mayoritaria, y que propugna la unión entre el contra-

ne, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». Podría traducirse como: «Si aquel que está obligado a llevar a término un contrato no cumple la obligación, la otra parte, siempre que sea posible y no esté excluido del título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no concluido».

to definitivo y el precontrato. Ambas instituciones serían fases del proceso de contratación. Y por ello el precontrato no gozaría de autonomía frente al contrato definitivo. El precontrato sería la etapa en que las partes se vinculan contractualmente y el contrato definitivo nacería con la exigencia del cumplimiento. Por consiguiente, una vez celebrado el precontrato, no es necesaria la perfección del contrato definitivo, sino solamente exigir su cumplimiento.

Finalmente, hay un sector doctrinal que propone la modulación de los efectos del precontrato en función de su configuración, llegando incluso a crear una figura intermedia: el precontrato imperfecto.

Sin embargo, este amplio espectro de pensamiento doctrinal no ha conseguido resolver algunos problemas del precontrato. Así, la mayoría de las opiniones doctrinales no han dado unos criterios suficientemente precisos para identificar los precontratos en el tráfico jurídico. Además, otras teorías doctrinales no concretan algunas obligaciones que le asignan al precontrato, como la del desarrollo de las líneas básicas; y otras parecen desconocer la existencia del precontrato. A su vez, con la unión entre el precontrato y el contrato definitivo en un proceso contractual no existe diferencia entre ambas figuras, ya que solamente hay un precontrato y una posterior exigencia de cumplimiento del mismo. En consecuencia, no hay diferencia alguna entre el contrato definitivo o el precontrato, porque las partes siempre son libres de renunciar al cumplimiento de la obligación recíproca.

Algunas de estas doctrinas desnaturalizan el precontrato, obviando que su característica principal es la obligación de celebrar un contrato posterior. E incluso dando eficacia a ese contrato definitivo que no ha sido celebrado por las partes. Lo cual parece contravenir la voluntad de las partes que han celebrado ese precontrato. En efecto, si las partes hubieran querido los efectos del contrato definitivo, éstas habrían suscrito dicho contrato y no un precontrato.

Por último, la creación del precontrato imperfecto o una aproximación excesivamente casuística genera una gran indeterminación, y por ende, inseguridad jurídica.

Por tanto, parece necesario elaborar un concepto claro, aunque flexible, que por un lado permita concretar los supuestos en los que efectivamente hay un precontrato, y por otro que asigne unos efectos predecibles acordes a la mencionada calificación.

4. LA JURISPRUDENCIA ES CAMBIANTE Y CASUÍSTICA, LO QUE IMPIDE EXTRAER UNA POSTURA JURISPRUDENCIAL CLARA EN TORNO AL PRECONTRATO

Gran parte de la doctrina denuncia la ausencia de una posición uniforme de nuestros tribunales sobre la figura del precontrato. De un análisis de la

jurisprudencia puede constatar que ésta ha oscilado entre tres teorías básicas: la tradicional, la del contrato preparatorio básico y la del iter contractual.

El principal rasgo de nuestra jurisprudencia relativa al precontrato es que es muy voluble, saltando de una teoría a otra, sin llegar a abandonar definitivamente ninguna de las teorías mencionadas. Así, se producen pronunciamientos contradictorios prácticamente seguidos, y ello motiva una gran inseguridad jurídica.

Otro rasgo de nuestra jurisprudencia relativa al precontrato es su alto grado de casuismo. Y ello, junto con un loable intento de conseguir una justicia material, es seguramente la causa de los cambios de criterio.

Sin embargo, hay que precisar que esta oscilación se produce respecto al concepto precontrato, porque a la hora de asignar los efectos, nuestros tribunales parecen seguir una regla básica: si el precontrato está suficientemente determinado se condena a la ejecución del contrato. Por el contrario, si el precontrato adolece de una determinada concreción, se condena a una indemnización por daños y perjuicios. El problema entonces radica en que el grado de determinación exigido por la jurisprudencia no es siempre el mismo.

5. EL PRECONTRATO ES UNA FIGURA DISTINTA DEL CONTRATO DE OPCIÓN, DEL ACUERDO DE INTENCIONES Y DEL CONTRATO DE ARRAS, AUNQUE EN LA REALIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO EL PRECONTRATO PUEDE SER EQUIVALENTE AL CONTRATO DE ARRAS

A pesar de que un amplio sector doctrinal y jurisprudencial tiende a estimar que el contrato de opción es un tipo de precontrato, parece que lo más correcto es diferenciar ambas figuras.

En efecto, el contrato de opción tiene por objeto la facultad de instar la ejecución de un contrato en un plazo determinado a voluntad de una de las partes (65). Sin embargo, el objeto del precontrato es la celebración de un contrato posterior. En primer lugar, ello implica que a diferencia del contrato de opción, la celebración del mismo no depende de la voluntad de una de las partes. En segundo lugar, que sus objetos son distintos, puesto que no es lo mismo un derecho a instar la ejecución, que una obligación recíproca de perfeccionar un contrato.

En cuanto al acuerdo de intenciones, podría decirse que mayoritariamente (66) se entiende por tal un acuerdo que recoge las líneas generales del futuro contrato sin carácter vinculante. Consecuentemente, su incumplimiento

(65) Vid. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 323 y ss., STS de 14 de febrero de 1995 (RJ 1995/837) y STS de 11 de abril de 2000 (RJ 2000/2434).

(66) Vid. SIMÓ SEVILLA, *op. cit.*, pág. 336, STS de 3 de junio de 1998 (RJ 1998/3715), STS de 11 de abril de 2000 (RJ 2000/2434) y STS de 26 de abril de 2002 (RJ 2002/5244).

sólo genera responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*. De esta configuración del acuerdo de intenciones ya puede constatarse la principal diferencia con el precontrato: el carácter vinculante. Y es que el precontrato obliga a la celebración de un contrato futuro y el acuerdo de intenciones no. Por otro lado, la responsabilidad que surge del precontrato es contractual, mientras que la que se origina de un acuerdo de intenciones es extracontractual conforme a la postura mayoritaria expuesta.

Finalmente, hay que decir que existe un gran ámbito de coincidencia entre el contrato de arras y el precontrato. Y ello porque el contrato de arras establece la obligación de celebrar un contrato futuro y las consecuencias de su incumplimiento. En el caso de unas arras penales o penitenciales parece que nos encontramos con un precontrato que contempla de forma expresa las consecuencias de su incumplimiento, pero si se trata de un contrato de arras confirmatorias, nos encontraríamos con un contrato definitivo ya perfeccionado (67). En consecuencia, el precontrato y el contrato de arras son figuras coincidentes en la práctica del tráfico jurídico, en tanto en cuanto no se estipule que las arras son confirmatorias. No obstante, podrían hacerse una serie de matizaciones a esta afirmación:

- Las arras implican la transmisión de un bien y el precontrato no.
- Es discutida doctrinalmente la existencia de los contratos de arras como contratos autónomos. Se tiende a considerar que son cláusulas incorporadas a otros contratos, normalmente precontratos.
- Sus efectos son distintos. Si bien el precontrato obliga a celebrar un contrato, las arras penitenciales contemplan una especie de derecho de desistimiento de dicha obligación, las penales establecen la indemnización por el incumplimiento, y las arras confirmatorias señalan la perfección del contrato.

Por lo tanto, el precontrato es una figura distinta del contrato de opción y del acuerdo de intenciones, y coincidente en la práctica habitual del tráfico jurídico con el contrato de arras, siempre que éstas no sean confirmatorias.

6. REFLEXIÓN SOBRE EL PRECONTRATO. ÉSTE ES UN CONTRATO AUTÓNOMO CUYA PRINCIPAL CARACTERÍSTICA ES SUSCRIBIR OTRO CONTRATO, Y SU EFECTO, EN CASO DE INCUMPLIMIENTO, ES LA CONDENA AL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS AL AMPARO DEL ART. 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL

Como se ha expuesto a lo largo de este artículo, tanto la mayoría de la doctrina como la jurisprudencia, entienden que el precontrato es un contrato

(67) *Vid.* LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.*, págs. 250 a 257, y STS de 21 de junio de 1994 (RJ 1994/4968).

en sí mismo. Conclusión que parece acertada por cuanto el precontrato tiene su propio consentimiento, objeto y causa.

En efecto, su objeto es la celebración de otro contrato. Su causa es el consentimiento de la otra parte para conseguir la perfección del contrato definitivo. Y su consentimiento es el otorgado en el precontrato, ya que si es necesario suscribir el contrato definitivo, como establece el precontrato, entonces dicho contrato tendrá otro consentimiento.

Por otro lado, esta conclusión se ve confirmada por otro aspecto. El contenido del precontrato y el del contrato definitivo no tienen porqué ser idénticos. En este sentido se pronuncia un amplio número de sentencias y autores. Pero es que además, esta diferencia de contenido es una realidad habitual en el tráfico jurídico.

En consecuencia, el precontrato es un contrato autónomo y distinto del contrato definitivo, puesto que tiene un consentimiento, una causa y un objeto diferentes. Y es que, frente a los elementos esenciales del precontrato antes enunciados, el contrato definitivo tendría por objeto la prestación característica, por causa la ejecución de contraprestación y por consentimiento el otorgado sobre estos elementos.

Como resultado de la configuración descrita, el precontrato tiene que tener perfectamente definidos sus elementos esenciales. Pero no parece necesario que tenga un mayor grado de determinación, porque el objeto del precontrato no es la ejecución del contrato definitivo, si no su perfección. Por ello, el precontrato no tiene que tener un grado de concreción que permita la ejecución del contrato definitivo. Su grado de determinación debe ser el exigido para la existencia de todo contrato.

En correspondencia con el objeto citado, el precontrato obliga a la celebración del contrato futuro. Pero en caso de incumplimiento de la referida obligación, parece que la postura acertada es otorgar simplemente un derecho a una indemnización por daños y perjuicios. Y ello porque, con independencia de que el consentimiento sea sustituible judicialmente (que conforme al art. 708 de la LEC parece que no habría inconveniente alguno), es claro que la intención de las partes no era obligarse al cumplimiento del contrato definitivo, sino a otorgar el consentimiento.

Por tanto, si se permite la sustitución del consentimiento contractual, se está permitiendo, por vía indirecta, que las partes se obligen a más de lo que libremente quisieron.

Esta concepción del precontrato incurre en el *circuitus inutilis*, puesto que obliga a las partes a otorgar un segundo consentimiento. Pero al respecto se puede precisar que la voluntad de las partes ha sido precisamente ésta, y que los aplicadores del Derecho deben respetar tal voluntad por mandato del art. 1.281 del CC. Y es que, aunque pueda parecer que la figura del precontrato es un poco inútil, lo que es evidente es que el precontrato siempre ha

respondido a un deseo de no vincularse totalmente hasta la perfección del contrato definitivo. Y como consecuencia de ello, tiene difícil explicación jurídica el obligar a una parte a algo que no ha consentido, ya que el consentimiento del precontrato recae sobre la obligación de celebrar un contrato posterior, y no sobre el derecho a ejecutar el contrato definitivo. Además, es interesante recordar que el resto de las teorías tampoco llegaban a superar de forma definitiva el temido *circuitus inutilis*, puesto que la necesidad de instar un cumplimiento posterior no dista mucho en cuanto a inconvenientes respecto a la prestación de un consentimiento contractual posterior.

En conclusión, el precontrato es un contrato independiente y distinto del contrato definitivo cuyos principales rasgos son:

- Contiene los elementos esenciales de todo contrato, es decir, consentimiento, objeto y causa, con la suficiente determinación como para poder existir como contrato.
- Su objeto es la celebración de otro contrato. Y precisamente sobre ese objeto recae el consentimiento del precontrato.
- Su causa es el consentimiento de la otra parte sobre la perfección del contrato definitivo, y no la ejecución de la contraprestación prevista en el contrato definitivo.
- Su contenido no tiene porqué ser idéntico al del contrato definitivo, y no tienen porqué estar concretados minuciosamente los elementos del contrato definitivo, menos el tipo de contrato que se va a celebrar. Y ello porque en caso contrario no estaría suficientemente precisado el objeto del precontrato. A su vez es interesante comentar que normalmente el precontrato contiene tiempos verbales futuros, supeditación a aprobaciones posteriores y títulos alusivos a su objeto, como precontrato, contrato de preparación, compromiso, etc.
- Su principal efecto es la obligación de suscribir el contrato definitivo. Sin embargo, en el supuesto de que tal obligación se incumpliese, el precontrato únicamente puede conceder un derecho por una indemnización a daños y perjuicios. Y ello por el mandato del art 1.281 del CC.

LISTA DE JURISPRUDENCIA CITADA

- STS de 5 de julio de 1940 (*RJ* 1940/684).
- STS de 9 de julio de 1940 (*RJ* 1940/691).
- STS de 16 de abril de 1941 (*RJ* 1941/502).
- STS de 11 de noviembre de 1943 (*RJ* 1943/1170).
- STS de 5 de junio de 1945 (*RJ* 1945/695).
- STS de 15 de junio de 1945 (*RJ* 1945/704).

- STS de 1 de julio de 1950 (*RJ* 1950/1187).
- STS de 21 de diciembre de 1955 (*RJ* 1955/232).
- STS de 5 de julio de 1956 (*RJ* 1956/3005).
- STS de 2 de febrero de 1959 (*RJ* 1959/2894).
- STS de 2 de febrero de 1960 (*RJ* 1960/460).
- STS de 5 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/3284).
- STS de 16 de octubre de 1961 (*RJ* 1961/4468).
- STS de 2 de marzo de 1965 (*RJ* 1965/1238).
- STS de 26 de marzo de 1965 (*RJ* 1965/1481).
- STS de 16 de octubre de 1965 (*RJ* 1965/4468).
- STS de 28 de mayo de 1976 (*RJ* 1976/2366).
- STS de 18 de abril de 1978 (*RJ* 1978/1361).
- STS de 16 de abril de 1979 (*RJ* 1979/1401).
- STS de 24 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1963).
- STS de 30 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980/5101).
- STS de 13 de diciembre de 1989 (*RJ* 1989/8824).
- STS de 4 de julio de 1991 (*RJ* 1991/5325).
- STS de 13 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992/9398).
- STS de 24 de diciembre de 1992 (*RJ* 1992/10657).
- STS de 27 de mayo de 1993 (*RJ* 1993/3985).
- STS de 25 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5384).
- STS de 3 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4576).
- STS de 21 de junio de 1994 (*RJ* 1994/6296).
- STS de 21 de junio de 1994 (*RJ* 1994/4968).
- STS de 7 de julio de 1994 (*RJ* 1994/4968).
- STS de 19 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6698).
- STS de 14 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/837).
- STS de 2 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9156).
- STS de 23 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9396).
- STS de 28 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995/9402).
- STS de 8 de febrero de 1996 (*RJ* 1996/864).
- STS de 1 de junio de 1996 (*RJ* 1996/2848).
- STS de 29 de julio de 1996 (*RJ* 1996/6408).
- STS de 26 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997/8402).
- STS de 30 de enero de 1998 (*RJ* 1998/353).
- STS de 8 de marzo de 1998 (*RJ* 1998/2372).
- STS de 27 de abril de 1998 (*RJ* 1998/2991).
- STS de 3 de junio de 1998 (*RJ* 1998/3715).
- STS de 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6393).
- SAP de Granada, de 27 de abril de 1999 (*AC* 1999/4573).
- SAP de Navarra, de 31 de julio de 1999 (*AC* 1999/1906).
- STS de 11 de abril de 2000 (*RJ* 2000/2434).

- SAP de Orense, de 26 de junio de 2000 (AC 2000/2320).
- STS de 11 de octubre de 2000 (RJ 2000/7725).
- SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2000 (JUR 2000/279377).
- SAP de Vizcaya, de 13 de octubre de 2000 (AC 2000/2441).
- STS de 30 de marzo de 2001 (RJ 2001/6640).
- STS de 20 de abril de 2001 (RJ 2001/5282).
- STS de 20 de abril de 2001 (RJ 2001/6886).
- STS de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2001/3098).
- STS de 8 de marzo de 2002, sentencia número 214/2002.
- STS de 26 de abril de 2002 (RJ 2002/5244).
- SAP de Sevilla, de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003/15398).
- STS de 16 de julio de 2003 (RJ 2003/5144).
- SAP de Murcia, de 18 de septiembre de 2003 (JUR 2003/250944).
- SAP de Málaga, de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2003/243389).
- STS de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/6915).
- STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005/7235).
- STS de 25 de octubre de 2005 (RJ 2005/8144).
- STS de 28 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9837).
- STS de 14 de diciembre de 2006, sentencia número 1325/2006.
- STS de 16 de diciembre de 2008, sentencia número 1149/2008.
- STS de 27 de febrero de 2009, sentencia número 140/2009.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGUER: «Para la crítica del concepto de precontrato», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 12, 1935.
- BUONCRISTIANO y otros: *Codice Civile*, Giuffrè Editore, 3ª edición, Milán, 1997, págs. 1518, 3233 y 3234.
- Bürgerliches Gesetzbuch und zugehörige gesetze*, Verlag C.H. Beck, Munich, pág. 145 (BGB).
- CASTÁN: *Derecho Civil español, común y foral*, T. 4º, Reus, 15ª edición, Madrid, págs. 26 a 57.
- CAVANILLAS MÚGICA: «Sentencia de 10 de abril de 2000: Acuerdo de intenciones y opción de compra. Eficacia frente a terceros de la opción de compra. Acción reivindicatoria sobre derechos de explotación de la propiedad intelectual», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 54, octubre/diciembre de 2004, págs. 1141 a 1162.
- Code Civil, 1995-1996*, Litec, París, 1995, págs. 878 y 879.
- Código Civil, La Ley*, septiembre de 2003, Madrid.
- DE CASTRO: «La promesa de contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, T. III, Fascículo IV, octubre-diciembre de 1950, págs. 1132 a 1186.
- DEL ARCO TORRES: *Formularios de contratos*, Comares, 7ª edición, Granada, 2005, págs. 83 a 93.

- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V. 1º, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, págs. 331 a 341.
- ESPÍN: *Manual de Derecho Civil español*, V. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, págs. 309 a 315 y 409 a 412.
- GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XXIII, 2ª edición, EDESA, Madrid, 1990, págs. 474 a 478.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil*, II, V. 1º, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 250 a 257 y 380 a 389.
- Leyes Civiles Forales*, BOE, 2002.
- LASARTE: *Principios de Derecho Civil*, T. 3, 8ª edición, Marcial Pons, 2004.
- MANRESA:
- *Comentarios al Código Civil español*, T. X, V. I, 6ª edición, Reus, Madrid, 1969, págs. 111 a 144.
 - *Comentarios al Código Civil español*, T. XII, 6ª edición, Reus, Madrid, 1973, págs. 539 a 546.
- O'CALLAGHAN y PEDREIRA: *Introducción al Derecho Civil Patrimonial*, V. II, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, págs. 1051 a 1060.
- PUIG BRUTAU: *Compendio de Derecho Civil*, V. II, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 313 a 328.
- ROCA SASTRE: «Contrato de promesa», en *Estudios de Derecho Privado*, T. I, Madrid, 1948, págs. 321 y ss.
- ROMÁN GARCÍA: *El precontrato: estudio dogmático y jurisprudencial*, Montecorvo, Madrid, 1982.
- SCAEVOLA:
- *Código Civil*, T. XXIX, Reus, Madrid, 1955, págs. 331 a 337.
 - *Código Civil*, T. XXIII, V. 1º, Reus, 2ª edición, Madrid, 1970, 536 a 567.
- SIMÓ SEVILLA: *Instituciones de Derecho Privado*, T. III, V. 2º, Civitas, Madrid, 2005, págs. 335 a 352.

RESUMEN

PRECONTRATO

El precontrato o contrato preliminar es una de las figuras precontractuales que más se ha utilizado en el tráfico jurídico para cualquier tipo de transacción. A pesar de su frecuente uso, el precontrato está rodeado de múltiples aspectos controvertidos. Una de las causas de dicha controversia es la ausencia de una regulación general del precontrato en el Código Civil. Este cuerpo normativo únicamente regula de manera ambigua la promesa de compraventa en su artículo 1.451. Y ello ha motivado que la

ABSTRACT

PRECONTRACTUAL AGREEMENT

The precontractual agreement or preliminary contract is one of the most heavily used types of precontractual instruments, and it is utilised for all kinds of transactions. Despite its frequent use, the precontractual agreement is surrounded by a swarm of controversial aspects. One of the causes of this controversy is the Civil Code's failure to provide any general rules on precontractual agreements. All the Civil Code does is to give an ambiguous rule about «promises to sell» in article 1,451. Accordingly, doctrine

doctrina y la jurisprudencia se hayan cuestionado diversos aspectos regulados en tal precepto, como el contenido y los efectos del derecho a reclamarse recíprocamente el cumplimiento. En efecto, del tenor del citado artículo no queda claro si se refiere a otorgar el consentimiento, perfeccionando el contrato prometido, o si alude directamente a la ejecución del futuro contrato.

Esta falta de regulación, junto con la ausencia de unos antecedentes normativos que ofrezcan unos criterios claros y la disparidad de soluciones existentes en Derecho Comparado, ha provocado posturas encontradas en nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia sobre el concepto y los efectos del precontrato. En cualquier caso, siempre ha habido un aspecto sobre el que ha existido consenso: el precontrato es un contrato en sí mismo cuyo objeto es celebrar otro contrato.

La doctrina española ha seguido hasta seis teorías distintas del precontrato, siendo la imperante en la actualidad la del iter contractual. Sin embargo, ninguna de ellas parece que proporcione una respuesta satisfactoria a los problemas que plantea el precontrato. A su vez, la jurisprudencia es cambiante y casuística, lo que impide extraer una postura jurisprudencial clara en torno al precontrato.

De un análisis de los elementos del precontrato y de su finalidad, puede concluirse que el precontrato es un contrato autónomo cuya principal característica es suscribir otro contrato. En efecto, su objeto es la celebración de otro contrato. Su causa es el consentimiento de la otra parte para conseguir la perfección del contrato definitivo. Y su consentimiento es el otorgado en el precontrato, ya que si es necesario suscribir el contrato definitivo como establece el precontrato, entonces dicho contrato tendrá otro consentimiento. A su vez, su contenido no tiene porqué ser idéntico al del contrato

and case law have questioned several aspects regulated in article 1,451, such as the contents and effects of the right to reciprocally demand fulfilment. Indeed, it is unclear from the article's wording whether the article refers to the granting of consent, thus sealing the promised contract, or whether it alludes directly to the performance of the future contract.

This lack of regulation, plus the absence of legislative antecedents to offer clear criteria, plus the disparity of solutions to be found in comparative law have provided the grounds for conflicting postures in Spanish doctrine and Spanish case law concerning the concept and effects of the precontractual agreement. Even so, there has always been one aspect on which there has been consensus: The precontractual agreement is a contract in itself whose purpose is to conclude another contract.

Spanish doctrine has held up to six different theories on precontractual agreements. The ruling theory at present is that of the contractual process. However, none of the theories seems to provide a satisfactory response to the problems raised by the precontractual agreement. Case law is changing and casuistic and so makes it difficult to discern any clear jurisprudential posture on the precontractual agreement.

From an analysis of the elements of the precontractual agreement and its purpose, the precontractual agreement may be concluded to be an autonomous contract whose main feature is the signing of another contract. Indeed, its very object is the conclusion of another contract. Its cause is the consent of the other party in order to achieve the sealing of the definitive contract. And that consent is the consent given in the precontractual agreement, because if it is necessary to sign the definitive contract as the precontractual agreement stipulates, then said contract will have another consent. At the same time, the precontractual

definitivo, y no tienen porqué estar concretados minuciosamente los elementos del contrato definitivo, menos el tipo de contrato que se va a celebrar.

En correspondencia con el objeto citado, el precontrato obliga a la celebración del contrato futuro. Pero en caso de incumplimiento de la referida obligación parece que la postura acertada es otorgar simplemente un derecho a una indemnización por daños y perjuicios al amparo del art. 1.101 del CC. Y ello porque, con independencia de que el consentimiento sea sustituible judicialmente (que conforme al art. 708 de la LEC parece que no habría inconveniente alguno), es claro que la intención de las partes no era obligarse al cumplimiento del contrato definitivo, sino a otorgar el consentimiento.

agreement's content does not have to be identical to that of the definitive contract, and the elements of the definitive contract need not be painstakingly specified. Only the type of contract that is going to be made has to be stated.

As befits the purpose of the precontractual agreement, cited above, the precontractual agreement renders the making of the future contract obligatory. But if this obligation is not met, the correct posture would seem to be simply to grant a right to payment for damages under article 1,101 of the Civil Code. The reason is that, regardless of whether a substitute for consent can be given judicially (and pursuant to section 708 of the Act on Civil Procedure there appear to be no obstacles to such a solution), clearly the intention of the parties is not to force one another to perform the definitive contract, but to grant their consent.

(Trabajo recibido el 2-2-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)

El Registro de la Propiedad y el medio ambiente (*)

por

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil (UNED)

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.
- II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE.
- III. EL DERECHO DE ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL:
 1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL.
 2. LA NORMATIVA EUROPEA.
 3. LA NORMATIVA ESPAÑOLA.
 4. BREVES CONCLUSIONES A PROPÓSITO DE LA NORMATIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL.
- IV. EL REFLEJO DEL MEDIO AMBIENTE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD:
 1. EL ACCESO DE LOS SUELOS CONTAMINADOS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
 2. LA LIMITACIÓN DE DESTINO DE LOS TERRENOS FORESTALES INCENDIADOS Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.
 3. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO SOBRE *ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS* A FAVOR DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

(*) El presente trabajo tiene su origen en la ponencia que impartí por invitación el 31 de enero de 2008 en el Seminario de Derecho Registral (Sección científica 16.^a) de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El autor de este trabajo es miembro del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial», inscrito en el Registro de Grupos de Investigación reconocidos de la Universidad Autónoma de Madrid, que está dirigido por el profesor doctor Antonio Manuel Morales Moreno (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid).

V. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Aunque en un principio pueda parecer lo contrario, el Registro de la Propiedad y el medio ambiente están íntimamente relacionados (1). Ahora bien, no resulta fácil encontrar un enfoque adecuado para abordar esta materia, pues son muy diversos los supuestos en los que la temática del medio ambiente y del Registro de la Propiedad están interconectados (2).

Por otra parte, en los últimos años ha surgido una conciencia social que reclama la adopción de medidas encaminadas a construir un modelo de desarrollo sostenible (3), respetuoso con el medio ambiente. Lo que comenzó siendo una reclamación de determinados grupos de opinión y de algunas organizaciones no gubernamentales, se ha convertido en la actualidad en una preocupación de todos los partidos políticos, de todos los agentes sociales y también de todos los gobiernos. Es más, el tema del respeto y la protección del medio ambiente se configura, en la actualidad, como uno de los pilares de la política de la Unión Europea. No diré nada nuevo si afirmo que los gobiernos, para garantizar el respeto y la protección del medio ambiente, han adoptado, con mayor o menor acierto, innumerables medidas de muy diferen-

(1) GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, pág. 272, afirma que: «[h]oy en día es patente que el Registro de la Propiedad Inmobiliaria y el medio ambiente están directamente relacionados».

(2) Sobre esta materia pueden consultarse los siguientes trabajos: DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, y del mismo autor su artículo titulado «El Registro de la Propiedad como eficaz instrumento de protección del medio ambiente», en *RCDI*, 2007, núm. 703, págs. 2395 a 2399 (este mismo trabajo se ha publicado en el *Diario La Ley*, núm. 6.750, de 5 de julio de 2007 [<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>] (fecha de consulta: 6-4-2009)); y GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, págs. 268 a 282.

Asimismo debe tenerse en cuenta el interesante *Informe «El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad - "Expert's corner report"»*, realizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para la Agencia Europea del Medio Ambiente, Copenhague, 2002 [el texto completo del informe puede consultarse en: http://reports.eea.europa.eu/technical_report_2002_88/es/] (fecha de consulta: 6-4-2009)] y las conclusiones del *III Congreso Nacional de Registradores de España sobre Registro de la Propiedad y medio ambiente* celebrado en Granada del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2006 [pueden consultarse en <http://www.cadri.org/?p=855>] (fecha de consulta: 6-4-2009)].

(3) En relación con el concepto de desarrollo sostenible, véase, PIÑAR MAÑAS, José Luis, «El desarrollo sostenible como principio jurídico», en *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente* (director: José Luis Piñar Mañas), Madrid, 2002, págs. 23 a 48.

tes clases. En conclusión, en la actualidad la protección del medio ambiente se ha convertido en una exigencia de la sociedad que se refleja en una intensa actividad del legislador.

En el presente trabajo he optado por aproximarme, en primer lugar, al concepto de medio ambiente, determinar qué debe entenderse por medio ambiente y comprobar cómo la protección del medio ambiente tiene una importante presencia en las políticas públicas de los Estados que se materializa en la cada día más abundante y dispersa legislación sobre la materia. Posteriormente, me cuestiono si existe un derecho de los ciudadanos a la información medioambiental y cómo se articula este derecho en la legislación vigente. En tercer lugar, analizo diversos supuestos en los que el legislador prevé que determinadas situaciones medioambientales tengan reflejo en los libros del Registro de la Propiedad. Y, por último, realizo unas breves reflexiones sobre el papel que, a mi juicio, debe desempeñar el Registro de la Propiedad en la protección del medio ambiente.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE

Las referencias en la legislación española al medio ambiente han aumentado notablemente en los últimos años como consecuencia de la existencia de un interés creciente por conseguir un desarrollo sostenible a través de lo que se denomina comúnmente como buenas prácticas medioambientales (4). Pero, en nuestro Ordenamiento jurídico, ¿qué debe entenderse por medio ambiente?

El artículo 45 de la Constitución Española de 1978 reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, estableciendo a la vez el deber de conservarlo. Asimismo en dicho precepto se dispone que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva» y que la Ley establecerá las sanciones penales y administrativas aplicables cuando se ocasionen daños al medio ambiente, así como la obligación de reparar dichos daños (5).

(4) Así lo pone también de manifiesto MORO ALMARAZ, María Jesús, «Medio ambiente y función social de la propiedad», en *RCDI*, 1993, núm. 617, págs. 960 y 961.

(5) En relación con el sentido y el significado del artículo 45 de la Constitución Española de 1978, pueden consultarse los siguientes trabajos: DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando, *Los Espacios Naturales Protegidos*, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 21 a 23 (y también deben tenerse en cuenta las referencias bibliográficas citadas por este autor); PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, «Comentario del artículo 45 CE», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil), tomo IV, Madrid, 1996, págs. 235 a 276; y VELASCO CABALLERO, Francisco, «Comentario del artículo

Sin embargo, nuestro texto constitucional no nos ofrece un concepto de medio ambiente y tampoco existe en nuestro Ordenamiento jurídico una norma que nos ofrezca una definición única de medio ambiente como bien jurídico objeto de protección.

En la práctica, la mayoría de las aproximaciones al concepto de medio ambiente se han producido desde el ámbito del Derecho público, donde, en las últimas décadas, se ha producido una intensa labor legislativa (6). Ahora bien, estas aproximaciones al concepto de medio ambiente se caracterizan por su heterogeneidad, debido a que la protección medioambiental se está abordando desde muy diversas perspectivas (7).

lo 45 CE», en *Comentarios a la Constitución Española* (directores: María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Las Rozas (Madrid), 2008, págs. 1088 a 1095.

(6) El diario *El País*, en su edición del 25 de noviembre de 1996, publicó una interesante noticia titulada «La legislación sobre medio ambiente está repartida en un laberinto de 14.000 normas», en la que se denunciaba el incumplimiento constante de la normativa medioambiental. En la actualidad, casi trece años después, el panorama en cuanto al número de normas relacionadas con el medio ambiente, lejos de mejorar, claramente ha empeorado.

(7) En términos similares se pronuncian DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, pág. 9, así como YAGUAS MONTERO, Guillermina, *El daño no patrimonial en el Derecho del medio ambiente*, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 23.

En relación con el carácter heterogéneo de la legislación medioambiental resulta muy ilustrativo el Fundamento Jurídico quinto de la sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio (ponente: Excmo. Señor don Rafael de Mendizábal Allende) al exponer que: «[L]a expresión medio ambiente aparece por primera vez en el Reglamento (independiente) de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre). En la misma década son objeto de protección las poblaciones con altos niveles de contaminación atmosférica o de perturbaciones por ruidos o vibraciones (Decreto 2107/1968, de 16 de agosto), adoptándose medidas para evitar la producción por partículas sólidas en suspensión en los gases vertidos al exterior por fábricas de cemento (Decreto 2861/1968, de 7 de noviembre) y abordándose los problemas de la que tiene un origen industrial (OM de 17 de enero de 1969), sin olvidar el tema del saneamiento. La Ley 38/1972, de 22 de diciembre, incorpora ya a su título por primera vez la palabra «ambiente» en solitario, ambiente atmosférico (art. 1.1 y 2) y en la misma línea terminológica le sigue la Ley de Minas, 22/1973, de 21 de julio. Por su parte, la Ley 15/1975, de 15 de mayo, sobre espacios naturales protegidos, antecesora de su homónima, [...], no alude explícitamente al medio, al ambiente o al medio ambiente, pero proclama como finalidad suya «contribuir a la conservación de la naturaleza» (art. 1.1 y 4). A su vez, el urbanismo, por su propia esencia, que consiste en la ordenación del suelo, guarda desde siempre una relación muy estrecha con lo que se ha dado en llamar medio ambiente, como puso de manifiesto la segunda Ley del Suelo, sucesora de la promulgada en 1956 (texto refundido, Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril). En la construcción piramidal del planeamiento urbanístico, todos los Planes de Ordenación debían contener medidas para la protección del medio ambiente [arts. 7 y 12.1.d)].

Hasta aquí el grupo normativo anterior a la Constitución sobre la materia. Una vez promulgada (y como consecuencia de la incorporación de España a la Comunidad Europea) ya la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, prevé que en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones a su amparo se considerará la posible incidencia ecológica

Por otra parte, el análisis de la jurisprudencia (8) es, sin duda, un buen instrumento para delimitar el concepto de medio ambiente y a este respecto merecen destacarse tres resoluciones cuyo estudio aportará luz sobre la cuestión. Son las siguientes:

— *Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio* (9)

En el Fundamento Jurídico cuarto de esta sentencia, el Tribunal Constitucional señala, en relación con el concepto de medio ambiente, que «resulta más difícil de discernir con la exactitud y el rigor que exigen las categorías jurídicas, aun cuando esa dificultad no pueda eximirnos de intentarlo en la medida necesaria para encuadrar la Ley en tela de juicio y analizar luego individualmente los preceptos impugnados. Como principio no resulta ocioso insistir en el hecho inconcluso de que la Constitución Española, como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia. Este es el caso del medio ambiente que gramaticalmente comienza con una redundan-

desfavorable (art. 69). A su vez, la producción, gestión, almacenamiento, tratamiento, recuperación y eliminación de residuos tóxicos y peligrosos, sólidos, pastosos, líquidos o gaseosos son objeto de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, cuya regulación pretende garantizar la protección de la salud humana, la defensa del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales (arts. 1 y 2), algunos de ellos cuya enumeración no hace al caso aquí y ahora, exigiéndose para la autorización de industrias o actividades relacionadas con esta materia (arts. 1.1, 2, 3.2 y 4.1). A la evaluación de tal impacto se refiere el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con carácter básico, con el fin de adaptar nuestro ordenamiento al Derecho de las Comunidades Europeas, en cuya senda le siguen las Leyes valenciana y canaria de 1989 y 1990, la última de las cuales cambia lo ambiental por lo ecológico [...]. Por su parte, la Ley 20/1986, de 14 de mayo, establece el régimen básico necesario para que en la producción y gestión de residuos tóxicos y peligrosos se garantice la defensa del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales (art. 1.1). En el ámbito urbanístico, la nueva Ley reguladora (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio), nada innova en esta materia y recoge textualmente lo dicho en los preceptos pertinentes de la anterior, conocidos ya. Finalmente, no cabe omitir la dimensión represiva que, por exigencia constitucional (art. 45.3 CE), puede corresponder a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, algunos de cuyos aspectos regula esta Ley 4/1989, como habrá ocasión de ver más adelante y al *ius puniendi* del Estado, donde se refleja el máximo reproche social y, en consecuencia, la reacción es también más intensa. En el Código Penal han sido tipificados, [...], los delitos contra el medio ambiente».

A este respecto, véase lo señalado en la nota número 6.

(8) El término jurisprudencia se utiliza en sentido amplio, no con el significado del artículo 1.6 del Código Civil.

(9) Ponente: Excmo. Señor don Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE.

cia y que, en el lenguaje forense, ha de calificarse como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar (STC 64/1982). Una primera indagación semántica, según el sentido propio de las palabras utilizadas por la Constitución y los Estatutos, nos lleva al Diccionario de la Real Academia Española, donde algunas acepciones de la palabra «medio» lo definen como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano. Siendo tal el significado gramatical, no resulta sin embargo suficiente por sí mismo para perfilar el concepto jurídico que, por el momento, no comprende tantos elementos y excluye, en principio, el componente social.

A su vez, el «ambiente» comprende las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están. Como síntesis, el «medio ambiente» consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal. No obstante, en la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente («environment», «environnement», «Umwelt») es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aún lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción. El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí».

— *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª)*
de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992/4319) (10)

Nuestro Alto Tribunal, en la presente sentencia, señala que la mayoría de la doctrina considera que el artículo 45 de la Constitución Española de 1978 «ha optado por un concepto de medio am-

(10) Ponente: Excmo. Señor don Fernando DÍAZ PALOS.

biente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecua al “desarrollo de la persona” y se relaciona con la “calidad de vida” a través de la “utilización racional de todos los recursos naturales” y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente. Por otra parte, al abarcar la protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiere al agua, al aire y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema» (11).

— *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª)
de 2 de febrero de 2001 (RJ 2001/1003)* (12)

La Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con el concepto de medio ambiente afirma en esta sentencia que «[p]or ambiente, entorno o medio, se entiende la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momento determinados, la vida y el desarrollo de organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos. Un ambiente en condiciones aceptables de vida, no sólo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre».

Finalmente, en la búsqueda de un concepto de medio ambiente no puede olvidarse a la doctrina, cuyas aportaciones son sumamente valiosas. Sin embargo, el hecho de que en la práctica cada autor tenga su propio concepto de medio ambiente, hace inviable realizar un análisis de cada uno de ellos. Por esta razón, de todos los conceptos o definiciones de medio ambiente que ofrece la doctrina (13), sólo me voy a detener en los que, a mi juicio, son los más ilustrativos. Concretamente en los tres siguientes:

(11) En el mismo sentido se pronuncian las SSTS (Sala 2.ª) de 26 de septiembre de 1994 (*RJ* 1994/7194, ponente: Excmo. Señor Roberto HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ) y de 27 de enero de 1999 (*RJ* 1999/826, ponente: Excmo. Señor José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ), así como la SAP de Guadalajara, de 21 de mayo de 2001 (*ARP* 2001/609; ponente: Ilma. Señora María Ángeles MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ); la SAP de Sevilla, de 25 de febrero de 2004 (*ARP* 2004/156; ponente: Ilmo. Señor don José Manuel HOLGADO MERINO); la SAP de Badajoz, de 18 de mayo de 2007 (*ARP* 2007/488; ponente: Ilmo. Señor don Matías MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA) y la SAP de Barcelona, de 28 de mayo de 2007 (*ARP* 2008/249; ponente: Ilma. Señora Ana RODRÍGUEZ SANTAMARÍA).

(12) Ponente: Excmo. Señor don Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ.

(13) Para conocer las distintas definiciones de medio ambiente que nos ofrece la doctrina, pueden consultarse las obras de CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, 1996, págs. 19 a 28, y de YANGUAS MONTERO,

a) El concepto de medio ambiente del profesor Luis DíEZ-PICAZO:

«[U]n conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar. Se encuentran entre ellos el medio ambiente atmosférico, la vegetación o flora y los factores que, en un sentido muy amplio, habría que llamar ecológicos, las características paisajísticas y también otras que puedan contribuir al goce o disfrute de los bienes de la naturaleza, como pueden ser el silencio y la tranquilidad» (14).

b) El concepto de medio ambiente del profesor Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ:

Para este autor el medio ambiente se refiere básicamente «al entorno y, por ello, [...], puede definirse como el conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar, tales como el aire, el agua, el suelo, la flora, la fauna, el paisaje y otros que contribuyen al goce de los bienes de la naturaleza, como el silencio y la tranquilidad» (15).

c) El concepto de medio ambiente de Guillermina YAGUAS MONTERO:

Esta autora afirma que es difícil «englobar dentro de una definición las diversas realidades que configuran el medio ambiente» y que «el concepto de medio ambiente no puede ser excesivamente limitado o estático, pues determinaría la exclusión de ciertas realidades que, progresivamente, se han ido integrando en él», pero

Guillermina, *El daño no patrimonial en el Derecho del medio ambiente*, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 31 a 35.

Véanse también sobre esta cuestión los siguientes trabajos: ABEL FABRE, Jordi, *Ley del Suelo. Derecho urbanístico y medioambiental*, tomo 2, Barcelona, 2007, págs. 755 a 767; DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando, *Los Espacios Naturales Protegidos*, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 19 a 23; LUQUIN BERGARECHE, Raquel, *Mecanismos jurídicos y civiles de tutela ambiental*, Cizur Menor (Navarra), 2005, págs. 16 a 20; LÓPEZ MENUDO, Francisco, «Concepto constitucional de medio ambiente: el reparto competencial», en *Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la Administración Pública, Estudios de Derecho Judicial*, 2004, núm. 56, págs. 13 a 72; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «El concepto de medio ambiente», en *Lecciones de Derecho de medio ambiente* (coordinador: Luis Ortega Álvarez), Valladolid, 2002, págs. 43 a 83; y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*, Barcelona, 2007, págs. 205 a 243.

(14) DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo III, 5.^a edición, Cizur Menor (Navarra), 2008, pág. 232.

(15) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, 1996, pág. 26.

«[t]ampoco se puede acudir al empleo de fórmulas excesivamente ambiguas, que producen el indeseable efecto de la inseguridad jurídica y que lo convierten en una especie de cajón de sastre dentro del cual tiene cabida prácticamente todo». En su opinión, «desde un punto de vista estrictamente jurídico, por “medio ambiente” se puede entender el entorno que rodea al hombre y que está integrado por el agua, el aire, el suelo, la fauna, la flora y el paisaje, y cuya alteración influye en la vida y el desarrollo humano, ya que afecta no sólo a las condiciones favorables para la conservación de su salud sino también a su calidad de vida» (16).

III. EL DERECHO DE ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL

Una vez que se ha delimitado el concepto de medio ambiente, hay que preguntarse si los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información medioambiental que las autoridades públicas tengan en su poder y, en caso de que la respuesta sea afirmativa, qué medidas deben adoptar los poderes públicos para permitir a los ciudadanos un ejercicio efectivo de dicho derecho. Para encontrar una respuesta a dicho interrogante se debe analizar la normativa internacional, europea y estatal que existe sobre la materia. Veamos, a continuación, qué es lo que disponen las distintas normas relacionadas con esta cuestión.

1. LA NORMATIVA INTERNACIONAL

En lo concerniente a la normativa internacional referente al derecho de acceso de los ciudadanos a la información medioambiental, hay que tomar en consideración:

- a) Por una parte, el Principio 10 de la *Declaración de Río de Janeiro de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y el Desarrollo*, de 7 de mayo de 1992. El citado principio afirma que «el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las activida-

(16) YAGUAS MONTERO, Guillermina, *El daño no patrimonial en el Derecho del medio ambiente*, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 35 y 36.

des que ofrecen peligro en sus comunidades [...]. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes» (17).

- b) Y por otra, el *Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998* (ratificado por España el 15 de diciembre de 2004) (18), cuyo artículo 1 dispone que: «[a] fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente (19) [...]». Asimismo no debe olvidarse que el artículo 5.2 del citado *Convenio* establece, como desarrollo de la declaración de principios contenida en el mencionado

(17) Puede consultarse en <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/riodeclaration.htm> (fecha de consulta: 6-4-2009).

(18) El Instrumento de Ratificación del citado *Convenio* se publicó en el *BOE* de 16 de febrero de 2005 [el texto del *Convenio* puede consultarse en: http://www.mma.es/secciones/info_estadistica_ambiental/info_amb_iea/acceso_info/legislacion/pdf/convenio_aarhusboe.pdf (fecha de consulta: 6-4-2009)].

Para un análisis del citado *Convenio*, véase: RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio/RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 48 a 58, y la página web de la *Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa* [<http://www.unece.org/env/pp/>] (fecha de consulta: 6-4-2009)].

(19) El artículo 2.3 del *Convenio de Aarhus* señala que, a efectos del citado *Convenio*, se entenderá por información sobre el medio ambiente, «toda información, disponible en forma escrita, visual, oral o electrónica o en cualquier otro soporte material y que se refiera a:

a) El estado de los elementos del medio ambiente tales como el aire, la atmósfera, el agua, el suelo, las tierras, el paisaje y los parajes naturales, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre estos elementos.

b) Factores tales como las sustancias, la energía, el ruido y las radiaciones y las actividades o medidas, en particular las medidas administrativas, los acuerdos relativos al medio ambiente, las políticas, leyes, planes y programas que tengan o puedan tener efectos sobre los elementos del medio ambiente a que hace referencia el apartado 1 *supra* sobre el análisis de costos-beneficios y otros análisis e hipótesis económicos utilizados en la toma de decisiones en materia medioambiental.

c) El estado de la salud, la seguridad y las condiciones de vida de los seres humanos, así como el estado de los emplazamientos culturales y de las construcciones en la medida en que sean o puedan ser alterados por el estado de los elementos del medio ambiente o, a través de estos elementos, por los factores, actividades o medidas a que hace referencia la letra b) *supra*».

artículo 1, que: «[c]ada Parte procurará que, en el marco de la legislación nacional, las autoridades públicas pongan a disposición del público, de manera transparente, las informaciones sobre el medio ambiente y que esas informaciones sean efectivamente accesibles». Para lograr este objetivo, dicho *Convenio* recomienda a los Estados parte que elaboren listas, registros o ficheros accesibles al público y que den «acceso gratuitamente a las informaciones sobre el medio ambiente que figuran en las listas, registros o ficheros mencionados».

2. LA NORMATIVA EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea, debe recordarse, en primer lugar, que el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 1957*, en sus artículos 2, 3, 174, 175 y 176, prevé expresamente la elaboración y la puesta en práctica de una política comunitaria en materia de medio ambiente, con el objetivo de promover en la Unión Europea un crecimiento duradero respetuoso con el medio ambiente (20), que se ha materializado en la aprobación de numerosa legislación de la Unión en materia medioambiental (21). Precisamente con la finalidad de fomentar el desarrollo sostenible y ayudar a conseguir una mejora significativa y cuantificable del medio ambiente europeo existe desde 1990 una *Agencia Europea del Medio Ambiente* (22), cuya función es facilitar información fidedigna sobre el medio ambiente a las autoridades de la Unión Europea y a los Estados miembros, así como a los ciudadanos en general, en cooperación con la red europea de información y observación sobre el medio ambiente.

Por otra parte, hay que tener en cuenta, a los efectos que aquí interesan, que la Unión Europea aprueba el denominado *Convenio de Aarhus de 1998* mediante la *Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero*

(20) En relación con esta cuestión, véase la *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2001, sobre el Sexto programa de acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente «Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos»* [COM (2001) 31 final - no publicada en el Diario Oficial]. [Puede consultarse en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28027.htm> (fecha de consulta: 6-4-2009).]

(21) La legislación de la Unión Europea sobre medio ambiente puede consultarse en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/s15000.htm> (fecha de consulta: 6-4-2009).

Sobre esta cuestión, véase: GARCÍA BURGÚES, Julio, «Derecho europeo medioambiental. La protección del medio ambiente en la Unión Europea», en *Derecho europeo medioambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos, Estudios de Derecho Judicial*, 2008, núm. 134, Madrid, 2008, págs. 9 a 43. Asimismo, con carácter general, véase VV.AA., *Derecho Civil de la Unión Europea* (directora: M.ª Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ), 4.ª edición, Madrid, 2010, págs. 583 a 615.

(22) Creada en virtud del *Reglamento (CEE) núm. 1210/90 del Consejo, de 7 de mayo de 1990*. Toda la información sobre las actividades de la *Agencia Europea del Medio Ambiente* puede encontrarse en <http://www.eea.europa.eu/es> (fecha de consulta: 6-4-2009).

de 2005 (23), comprometiéndose a adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar una aplicación eficaz del mencionado *Convenio* y lograr los objetivos perseguidos por éste. Con este fin se han aprobado diversas normas en el ámbito de la Unión; en concreto, hasta la fecha se han aprobado dos Directivas (24) y un Reglamento (25).

De todas las normas de la Unión Europea sobre medio ambiente actualmente vigentes, en este trabajo interesa especialmente la *Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental* y por la que se deroga la *Directiva 90/313/CEE del Consejo* (26). Conforme a la citada *Directiva*, la difusión de la información medioambiental (27) contribuye a una mayor

(23) El texto íntegro de la citada *Decisión* puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:124:0001:0003:ES:PDF> (fecha de consulta: 6-4-2009).

(24) Se trata de la *Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo* [el texto completo y un resumen de la *Directiva* puede encontrarse en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28091.htm> (fecha de consulta: 6-4-2009)] y de la *Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo* [el texto completo de esta *Directiva* puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:156:0017:0024:ES:PDF> (fecha de consulta: 6-4-2009)].

(25) El *Reglamento (CE) núm. 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente* [el texto completo y una breve síntesis de este *Reglamento* puede consultarse en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28140.htm> (fecha de consulta: 6-4-2009)].

(26) El texto completo de la citada *Directiva* puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:041:0026:0032:ES:PDF> (fecha de consulta: 6-4-2009).

(27) El artículo 2 de la *Directiva 2003/4/CE* establece que a efectos de la citada *Directiva* se entenderá por información medioambiental: «toda información en forma escrita, visual, sonora, electrónica o en cualquier otra forma material sobre:

a) La situación de elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, los paisajes y espacios naturales, incluidos los humedales y las zonas marinas y costeras, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente, y la interacción entre estos elementos.

b) Factores como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente citados en la letra a).

c) Medidas (incluidas las medidas administrativas) como políticas, normas, planes, programas, acuerdos en materia de medio ambiente y actividades que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), así como las actividades o las medidas destinadas a proteger estos elementos.

concienciación en la materia, permitiendo una mayor participación del público en la toma de decisiones. En la mencionada *Directiva* se garantiza que toda persona física o jurídica que tenga derecho de acceso a la información medioambiental que obre en poder de las autoridades públicas, acceda a dicha información, sin que se vea obligada a declarar un interés determinado (art. 3), unificando la disparidad de disposiciones legales vigentes en los distintos Estados miembros. Por otra parte, se prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la existencia de registros o listas de información medioambiental, preferentemente «en bases de datos electrónicas de fácil acceso por los ciudadanos a través de redes públicas de telecomunicaciones» (art. 7).

3. LA NORMATIVA ESPAÑOLA

En el Ordenamiento jurídico español el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente se regula por primera vez (28) en la *Ley 38/1995, de 12 de diciembre* (29). Ahora bien, es preciso señalar que dicha norma está actualmente derogada como consecuencia de la aprobación de la *Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)* (30). Mediante esta *Ley*, como indica su título, se incorporan a nuestro Derecho los principios del Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea que se han expuesto en los epígrafes anteriores y se reconoce, entre otros, un derecho de acceso a la información medioambiental de contenido mucho más amplio que en la anterior normativa.

d) Informes sobre la ejecución de la legislación medioambiental.

e) Análisis de la relación coste-beneficio y otros análisis y supuestos de carácter económico utilizados en el marco de las medidas y actividades citadas en la letra c); y

f) el estado de la salud y seguridad de las personas, incluida, en su caso, la contaminación de la cadena alimentaria, condiciones de vida humana, emplazamientos culturales y construcciones, cuando se vean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o a través de esos elementos, por cualquiera de los extremos citados en las letras b) y c)».

(28) Si bien es cierto que los artículos 35 y 37 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (BOE de 27 de noviembre de 1992) ya reconocían a los ciudadanos el derecho de «acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en esta u otras Leyes».

(29) Publicada en el *BOE* de 13 de diciembre de 1995.

(30) Publicada en el *BOE* de 19 de julio de 2006.

Para un análisis en profundidad de esta Ley, véase RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio/ RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Cizur Menor (Navarra), 2007.

Concretamente, la *Ley 27/2006, de 18 de julio*, reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos a la información medioambiental (31) que obre en poder de las autoridades públicas (arts. 1 y 3) y a estos efectos considera autoridad pública, entre otros, a los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (art. 2.4). Este derecho de acceso a la información se reconoce sin que sea necesario declarar un interés determinado y con independencia de la nacionalidad, domicilio o sede del solicitante (art. 3).

Por otra parte, el artículo 4 de la *Ley 27/2006* instaura un deber de colaboración interadministrativa al ordenar expresamente que «[l]as Administraciones Públicas establecerán los mecanismos más eficaces para un efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en esta Ley. A tal efecto, ajustarán sus actuaciones a los principios de información mutua, cooperación y colaboración».

Asimismo esta *Ley* garantiza «la difusión y puesta a disposición del público de la información ambiental, de manera paulatina y con el grado de amplitud, de sistemática y de tecnología lo más amplia posible» (art. 1.2). Precisamente en este sentido, la *Ley 27/2006* establece que las Administraciones Públicas no sólo deben realizar actuaciones encaminadas a facilitar a los ciudadanos el ejercicio del derecho de acceso a la información medioambiental, sino que también deben adoptar medidas que fomenten la difusión de dicha información. A estos efectos se prevé la creación de registros o listas de información medioambiental que esté en poder de las autoridades públicas, «particularmente por medio de las tecnologías de la infor-

(31) El artículo 2 de la *Ley 27/2006, de 18 de julio*, señala que, a efectos de esta Ley, se entenderá por *información ambiental*: «toda información en forma escrita, visual, sonora, electrónica o en cualquier otra forma que verse sobre las siguientes cuestiones:

a) El estado de los elementos del medio ambiente, como el aire y la atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, los paisajes y espacios naturales, incluidos los humedales y las zonas marinas y costeras, la diversidad biológica y sus componentes, incluidos los organismos modificados genéticamente; y la interacción entre estos elementos.

b) Los factores, tales como sustancias, energía, ruido, radiaciones o residuos, incluidos los residuos radiactivos, emisiones, vertidos y otras liberaciones en el medio ambiente, que afecten o puedan afectar a los elementos del medio ambiente citados en la letra a).

c) Las medidas, incluidas las medidas administrativas, como políticas, normas, planes, programas, acuerdos en materia de medio ambiente y actividades que afecten o puedan afectar a los elementos y factores citados en las letras a) y b), así como las actividades o las medidas destinadas a proteger estos elementos.

d) Los informes sobre la ejecución de la legislación medioambiental.

e) Los análisis de la relación coste-beneficio y otros análisis y supuestos de carácter económico utilizados en la toma de decisiones relativas a las medidas y actividades citadas en la letra c), y

f) El estado de la salud y seguridad de las personas, incluida, en su caso, la contaminación de la cadena alimentaria, condiciones de vida humana, bienes del patrimonio histórico, cultural y artístico y construcciones, cuando se vean o puedan verse afectados por el estado de los elementos del medio ambiente citados en la letra a) o, a través de esos elementos, por cualquiera de los extremos citados en las letras b) y c)».

mación y las telecomunicaciones siempre que pueda disponerse de las mismas» (arts. 5 y 6).

4. BREVES CONCLUSIONES A PROPÓSITO DE LA NORMATIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL

Terminado el análisis de la normativa referente al reconocimiento y el régimen jurídico del derecho de acceso de los ciudadanos a la información medioambiental, parece conveniente, a modo de recapitulación, formular la siguiente pregunta: ¿cuáles son las conclusiones que se pueden extraer del contenido de todas estas normas? A mi juicio, básicamente dos: una de carácter general y otra de carácter más particular o si se prefiere, más cercana o más relacionada con el Registro de la Propiedad:

A) La *conclusión de carácter general* es que los poderes públicos (32) están obligados a instaurar sistemas o mecanismos que faciliten a los ciudadanos (a la sociedad en su conjunto) el acceso a la información medioambiental, fundamentalmente a través de las denominadas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) (33). Y esta es una tarea que, poco a poco, va materializándose y que se refleja en la abundante y dispersa legislación que se está aprobando en los últimos años.

Cuestión distinta es si las medidas que el legislador español está adoptando en esta materia son acertadas y cumplen su finalidad. Aunque no me voy a detener en esta cuestión porque excede del objeto de este trabajo, sí diré que, a mi juicio, para que las medidas que se adopten sean realmente eficaces es necesario que se realicen teniendo una visión global y no sectorial de la materia. Sólo entonces se podrá instaurar un sistema de información medioambiental integral que contribuya, de verdad, no sólo a la difusión de este tipo de información entre los ciudadanos, sino que también fomente la concienciación y educación medioambiental de la sociedad (34).

B) Y en lo concerniente a la *conclusión de carácter particular o relacionada con el Registro de la Propiedad*, cabe señalar, brevemente, que esta institución está llamada a desempeñar un importante papel en la materia, aunque, por razones obvias, no puede ser

(32) En la *Ley 27/2006, de 18 de julio*, se utiliza la expresión «autoridades públicas» (véase el art. 2.4).

(33) Por ejemplo, mediante la instauración de bases de datos electrónicas accesibles *on line*.

(34) En términos similares se pronuncia GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, pág. 274.

la única encargada de recopilar y difundir la información medioambiental a los ciudadanos. De hecho, en la actualidad, el Registro de la Propiedad ya está desempeñando esta función, aunque de una manera que podría calificarse como silenciosa y tímida (35). Sin embargo, lo deseable es que en el futuro dicha institución adquiriera un protagonismo visible en la loable tarea de la protección del medio ambiente (36). Al análisis de estas cuestiones se dedican los siguientes epígrafes del presente trabajo.

IV. EL REFLEJO DEL MEDIO AMBIENTE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Enlazando con lo que acaba de señalarse, a continuación se analizan algunos casos de situaciones medioambientales que, conforme a la legislación vigente, tienen reflejo en los libros del Registro de la Propiedad. Ciertamente en este trabajo no se va a realizar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los supuestos que existen en nuestro Ordenamiento en los que la temática del medio ambiente está relacionada con el Registro de la Propiedad, pues son innumerables y de muy diverso tipo (pueden citarse, entre otros, los siguientes: la protección del dominio público marítimo-terrestre, los espacios naturales, la flora y fauna, los montes, los suelos contaminados, los suelos forestales incendiados, las vías pecuarias y la contaminación acústica) (37). Además la dispersión normativa que existe en esta materia, con numerosas leyes sectoriales, dificulta la tarea de extraer alguna conclusión con carácter general (38). Por esta razón he optado por centrarme en el estudio de los tres supuestos que, a mi juicio, son los más representativos. Son los siguientes:

- a) En primer lugar, el acceso de los suelos contaminados al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 27 de la *Ley 10/1998, de 21*

(35) Sobre esta cuestión puede consultarse la obra de DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007 (especialmente págs. 9 a 145).

(36) A este respecto, véase el interesante *Informe «El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad - "Expert's corner report"»*, realizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para la Agencia Europea del Medio Ambiente, Copenhague, 2002 [el texto completo del informe puede consultarse en http://reports.eea.europa.eu/technical_report_2002_88/es/ (fecha de consulta: 6-4-2009)].

(37) Sobre la pluralidad de supuestos medioambientales y su relación con el Registro de la Propiedad, véase la monografía de DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007 (especialmente págs. 27 a 145).

(38) En términos similares se pronuncia DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, pág. 9.

de abril, de Residuos (39) y el artículo 8 del *Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los estándares para la declaración de suelos contaminados* (40).

- b) En segundo lugar, la limitación de destino de los terrenos forestales incendiados y su acceso a los libros del Registro de la Propiedad, conforme a la Disposición Adicional 6.^a del *Texto Refundido de la Ley del Suelo* (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) (41), en relación con el artículo 50 de la *Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes* (42).
- c) Y en tercer y último lugar, los derechos de tanteo y retracto sobre *espacios naturales protegidos* a favor de las Comunidades Autónomas, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la *Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad* (43).

1. EL ACCESO DE LOS SUELOS CONTAMINADOS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La declaración de un suelo como contaminado por la autoridad competente de la Comunidad Autónoma donde radique el suelo, conlleva que se tienen que realizar una serie de actuaciones encaminadas a la recuperación y descontaminación del suelo (44), conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la *Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos*, y en el artículo 7 del *Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los estándares para la declaración de suelos contaminados* (45).

(39) Publicada en el *BOE* de 22 de abril de 1998.

(40) Publicado en el *BOE* de 18 de enero de 2005.

(41) Publicado en el *BOE* de 26 de junio de 2008.

(42) Publicada en el *BOE* de 22 de noviembre de 2003.

Téngase en cuenta que la redacción del artículo 50 de la citada Ley ha sido modificada por la *Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes* (*BOE* de 29 de abril de 2006).

(43) Publicada en el *BOE* de 14 de diciembre de 2007.

(44) Véase, entre otros, lo expuesto sobre esta materia por ALONSO IBÁÑEZ, M.^a Rosario, *Suelos contaminados. Prevención y recuperación ambiental*, Madrid, 2002, págs. 166 a 168.

(45) Véase la *Guía Técnica de aplicación del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados*, realizada en mayo de 2007 por el Ministerio de Medio Ambiente (actualmente denominado Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino); en concreto, son de especial interés, a efectos del presente trabajo, las páginas 29 a 37 de la citada *Guía Técnica*, pues en ellas se realiza, por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el comentario del artículo 8 del *Real Decreto 9/2005* [el texto completo de la *Guía Técnica* puede

A este respecto, en nuestro Ordenamiento jurídico se establece que cuando un suelo es declarado como contaminado, dicha circunstancia debe constar en el Registro de la Propiedad (46). En concreto, tanto el artículo 27.3 de la *Ley 10/1998* como el artículo 8 del mencionado *Real Decreto 9/2005*, disponen que la declaración de un suelo como contaminado conste en el Registro de la Propiedad mediante una nota marginal, que se cancelará cuando la Comunidad Autónoma donde radique el suelo certifique que éste ya no está contaminado (47).

Además, en la citada normativa se establece expresamente que cuando el organismo competente de la Comunidad Autónoma inicie el procedimiento administrativo para declarar un suelo como contaminado, se debe solicitar al Registrador de la Propiedad una certificación de dominio y cargas de la finca cuya declaración como suelo contaminado se pretende y el Registrador debe anotar al margen de la última inscripción de dominio que se ha iniciado dicho procedimiento encaminado a la declaración como contaminado del suelo de la citada finca y que se ha expedido la certificación. Esta nota marginal tiene un plazo de caducidad de cinco años, pudiendo «ser cancelada a instancia de la Administración que haya ordenado su extensión» (art. 8.2 del *Real Decreto 9/2005*).

Por otra parte, cabe también la posibilidad de que un suelo no esté declarado oficialmente como contaminado, pero que en el mismo se hayan realizado actividades potencialmente contaminantes. ¿Qué ocurre en estos casos? ¿Existe alguna previsión legal para que este hecho relevante figure en el Registro de la Propiedad?

En relación con estas cuestiones debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el mencionado *Real Decreto 9/2005* incorpora una lista de actividades potencialmente contaminantes del suelo. Y en segundo lugar, que tanto el artículo 27.4 de la *Ley 10/1998* como el artículo 8.1 del *Real Decreto 9/2005*, establecen una serie de medidas encaminadas a facilitar el conocimiento de esta circunstancia por parte de terceras personas, con la finalidad de evitar la existencia de vicios ocultos en la finca e impedir la aparición de terceros de buena fe protegidos por el Registro de la Propiedad, que alegando

consultarse en: http://www.mma.es/secciones/calidad_contaminacion/suelos/otras_info_suelos/pdf/guia_tecnica_contaminantes_suelo_declaracion_suelos.pdf (fecha de consulta: 6-4-2009)].

(46) Véase, sobre esta cuestión, lo expuesto por GÓMEZ VALLE, Belén, «Publicidad registral de los suelos contaminados», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 617 a 632.

(47) En relación con el acceso de los suelos contaminados al Registro de la Propiedad, pueden consultarse los trabajos de ALONSO IBÁÑEZ, M.^a Rosario, *Suelos contaminados. Prevención y recuperación ambiental*, Madrid, 2002, págs. 168 a 173, y de GÓMEZ VALLE, Belén, «Publicidad registral de los suelos contaminados», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 617 a 632.

desconocimiento, no quieran ser responsables de la descontaminación del suelo (obligación que el art. 27.2 de la *Ley 10/1998*, impone, entre otros sujetos, a los propietarios de los suelos contaminados). Estas medidas son las siguientes:

- a) Se establece, por una parte, que los propietarios de las fincas en las que se hayan realizado algunas de las actividades potencialmente contaminantes están obligados a declarar dicha circunstancia en las escrituras públicas que documenten la transmisión de derechos sobre aquéllas (48).
- b) Se prevé asimismo que dicha declaración se haga constar en el Registro de la Propiedad, mediante una nota marginal en la inscripción a que tal transmisión dé lugar.

En lo concerniente a cuál es la sanción prevista para los casos en los que el propietario transmitente incumpla la obligación de declarar que en un determinado suelo se han realizado actividades potencialmente contaminantes, hay que advertir que nuestro Derecho guarda silencio sobre la cuestión. Ahora bien, en mi opinión, puede considerarse que dicha omisión (ocultación o falseamiento de datos exigidos por la normativa aplicable) constituye una infracción grave, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del *Real Decreto 9/2005* en relación con el artículo 34.3 c) de la *Ley 10/1998*, de 21 de abril, de Residuos, cuya consecuencia jurídica es una sanción económica [art. 35.1.b) de la *Ley 10/1998*], «sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden a que hubiera lugar» (49).

Por último, a modo de recapitulación de todo lo expuesto, cabe señalar que con la previsión legal de que se anote en el Registro de la Propiedad que un suelo está contaminado o que en el mismo se han realizado

(48) Téngase en cuenta que en la normativa aplicable a esta materia no se impone la obligación de informar cuando se transmitan derechos sobre suelos potencialmente contaminados mediante documentos públicos administrativos o judiciales. A mi juicio, esta diferencia de régimen jurídico es criticable, pues a través de esta vía podría llegar a burlarse la finalidad de la norma.

(49) En términos similares se pronuncia GÓMEZ VALLE, Belén, «Publicidad registral de los suelos contaminados», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, pág. 625.

Por su parte, la *Guía Técnica de aplicación del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados*, realizada en mayo de 2007 por el Ministerio de Medio Ambiente (actualmente denominado Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino) parece que también se inclina por la misma solución (véase la pág. 31 de dicha *Guía Técnica*) [el texto completo de la *Guía Técnica* puede consultarse en: http://www.mma.es/secciones/calidad_contaminacion/suelos/otras_info_suelos/pdf/guia_tecnica_contaminantes_suelo_declaracion_suelos.pdf (fecha de consulta: 6-4-2009)].

actividades potencialmente contaminantes (50), el legislador busca un loable objetivo: responsabilizar de la descontaminación no sólo al sujeto causante de la contaminación, sino también al dueño del suelo y a los sucesivos titulares del mismo, que no podrán alegar desconocimiento de la situación (51).

2. LA LIMITACIÓN DE DESTINO DE LOS TERRENOS FORESTALES INCENDIADOS Y SU ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En virtud de la remisión que la Disposición Adicional 6.^a del *Texto Refundido de la Ley del Suelo* (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) realiza al artículo 50 de la *Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes* (52), puede afirmarse que en nuestro Ordenamiento jurídico los terrenos forestales incendiados deben destinarse como mínimo durante treinta años a uso forestal y no pueden ser recalificados hasta que no transcurra ese periodo, manteniéndose mientras tanto su calificación de suelo rural (53), salvo en los casos excepcionales que están legalmente previstos (54).

(50) Debe tenerse en cuenta que todo lo que se ha señalado en relación con los suelos contaminados no resulta de aplicación a los suelos de titularidad pública en los que se ubiquen instalaciones militares o en los que se desarrollen actividades militares, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional única del *Real Decreto 9/2005*.

(51) Así lo pone también de manifiesto DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, págs. 123 a 129.

(52) Téngase en cuenta, como se ha señalado anteriormente, que la redacción del artículo 50 de la citada Ley ha sido modificada por la *Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes* (BOE de 29 de abril de 2006).

(53) Véase PAREJO ALFONSO, Luciano/ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo* (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), Madrid, 2009, págs. 528 a 531.

Asimismo en relación con la limitación de destino de los suelos forestales incendiados, puede consultarse el trabajo de GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentario a la Ley del Suelo*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2007, págs. 1419 a 1423.

(54) A este respecto, el artículo 50.1 de la *Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, dispone expresamente lo siguiente: «[...] Con carácter singular, las Comunidades Autónomas podrán acordar excepciones a estas prohibiciones siempre que, con anterioridad al incendio forestal, el cambio de uso estuviera previsto en:

1. Un instrumento de planeamiento previamente aprobado.
2. Un instrumento de planeamiento pendiente de aprobación, si ya hubiera sido objeto de evaluación ambiental favorable o, de no ser esta exigible, si ya hubiera sido sometido al trámite de información pública.
3. Una directriz de política agroforestal que contemple el uso agrario o ganadero extensivo de montes no arbolados con especies autóctonas incultos o en estado de abandono».

Se trata de una buena medida que trata de proteger el medio ambiente y que tiene un objetivo fundamental (55): intentar que disminuya el número de incendios forestales provocados, al impedirse legalmente una recalificación de esos terrenos forestales durante un plazo de treinta años, evitándose de esta manera un uso especulativo del suelo (56).

Pero la protección de los suelos forestales incendiados en nuestro Ordenamiento jurídico va más allá, pues la Disposición Adicional 6.^a del *Texto Refundido de la Ley del Suelo* dispone que la citada limitación de destino de los suelos forestales incendiados debe inscribirse en el Registro de la Propiedad (57). En concreto, se establece que la Administración Pública competente («la Administración forestal») debe comunicar al Registro de la Propiedad esta circunstancia (mediante una certificación en la que consten los datos catastrales identificadores de la finca y «un plano topográfico de los terrenos forestales incendiados, a escala apropiada», que se archivará conforme a lo previsto en el art. 51.4 RH) y el Registrador realizará en el folio de la finca una nota marginal cuya duración será de treinta años (plazo de tiempo pre-

(55) Ciertamente esta medida ya estaba prevista en la derogada *Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo* (BOE de 29 de mayo de 2007), que también se remitía a lo dispuesto en el artículo 50 de la citada *Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*.

(56) La Exposición de Motivos de la *Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes*, establece que: «el plazo de treinta años es el lapso de tiempo mínimo que en la mayoría de los casos puede permitir la regeneración de la vegetación forestal y, por extensión, evitar expectativas de recalificación futura de suelos no urbanizables, en particular la de los terrenos forestales, contrarias a los propósitos de regeneración del monte que demandan los principios de la gestión forestal sostenible» y que «[e]n el área mediterránea, países como Italia y Portugal, que padecen de manera similar a España las consecuencias nefastas derivadas de los incendios forestales, han optado por incorporar a su derecho, tanto a través del código penal, como por medio de la legislación sectorial, la imposibilidad de cambiar de uso los terrenos forestales que han sufrido incendios. En la misma línea, varias Comunidades Autónomas han implantado medidas legislativas de acuerdo con las cuales en ningún caso se podrán tramitar expedientes de cambio de uso de montes o terrenos forestales incendiados. En este contexto, resulta necesario y oportuno que el legislador nacional dé pasos en la misma dirección y adopte medidas análogas de protección, y complementé así en el ámbito administrativo las ya previstas por nuestra legislación penal».

En relación con esta materia, ténganse también en cuenta los artículos 352 a 355 del Código Penal. Los citados preceptos se ocupan de la tipificación como delito de los incendios forestales. En especial debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 355 del Código Penal, conforme al cual: «[e]n todos los casos previstos en esta sección, los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años. Igualmente podrán acordar que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio».

(57) Esta medida se incorporó por primera vez en nuestro Ordenamiento con la aprobación de la *Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo* (Disposición Adicional 6.^a); téngase en cuenta, como se ha señalado anteriormente, que en la actualidad dicha norma está derogada.

visto para la limitación de destino y durante el cual no se pueden recalificar los terrenos).

Se trata, sin duda, de una regulación de extraordinaria importancia, no sólo como instrumento de protección del medio ambiente, sino que además el acceso de la limitación de destino de los suelos forestales incendiados a los libros del Registro de la Propiedad, permitirá a los sujetos interesados en adquirir una determinada finca conocer no sólo la titularidad de la finca, sino también las características urbanísticas y medioambientales de la misma.

3. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO SOBRE *ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS* A FAVOR DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (58) prevé en su artículo 39 que la declaración de un *espacio natural protegido* (59), cuya definición se encuentra en el artículo 27 de la mencionada Ley (60), «lleva aparejada la facultad de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto respecto de los actos y negocios jurídicos de carácter oneroso y celebrados *intervivos* que comporten la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales que recaigan sobre bienes inmuebles situados en su interior» (61).

(58) Esta Ley, conforme a lo dispuesto en su artículo 1, «establece el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, establecido en el artículo 45.2 de la Constitución española de 1978».

(59) En relación con la evolución del concepto de *espacio natural protegido* y su protección, véase: ABEL FABRE, Jordi, *Ley del Suelo. Derecho urbanístico y medioambiental*, tomo 1, Barcelona, 2007, págs. 499 a 506; DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando, *Los Espacios Naturales Protegidos*, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 36 a 54; y CALVO CHARRO, María, *Escritos de Derecho ambiental*, Valencia, 2004, págs. 133 a 152.

(60) Dicho precepto establece que: «[t]endrán la consideración de espacios naturales protegidos aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales y las aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional, incluidas la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que cumplan al menos uno de los requisitos siguientes y sean declarados como tales:

a) Contener sistemas o elementos naturales representativos, singulares, frágiles, amenazados o de especial interés ecológico, científico, paisajístico, geológico o educativo.

b) Estar dedicados especialmente a la protección y el mantenimiento de la diversidad biológica, de la geodiversidad y de los recursos naturales y culturales asociados».

(61) DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, págs. 52 y 53, afirma, en relación con el fundamento de la existencia de estos derechos de tanteo y retracto, que el legislador «trata de facilitar la adquisición de su titularidad por el sector público, [...], pues estima que la Administración será más eficaz que los particulares en la conservación y protección de los intereses medioambientales en juego y en la explotación sostenida y respetuosa de los recursos naturales, ya sea mediante la gestión directa, o mediante el otorgamiento de concesiones o autorizaciones administrativas».

Con la finalidad de facilitar el ejercicio de estos derechos, el apartado segundo del artículo 39 de la citada Ley obliga al transmitente a notificar fehacientemente a la Comunidad Autónoma donde radique el *espacio natural protegido*, el precio y las condiciones esenciales de la transmisión y, en su caso, a remitir una copia fehaciente de la escritura pública donde se instruye dicha transmisión.

Asimismo, con objeto de garantizar el cumplimiento de lo previsto en esta materia y asegurar la posibilidad de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por parte de la Comunidad Autónoma respectiva, el párrafo tercero del artículo 39.2 de la *Ley 42/2007* establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán documento alguno por el que se transmita cualquier derecho real sobre los bienes calificados como *espacio natural protegido* sin que se acredite haber cumplido con los requisitos exigidos en dicho precepto.

Ciertamente la existencia de estos derechos de adquisición preferente respecto de fincas ubicadas en el ámbito geográfico de *espacios naturales protegidos* no constituye una novedad en nuestro Ordenamiento, pues ya estaban previstos en el artículo 10 de la derogada *Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres* (62).

Ahora bien, la nueva regulación contenida en la vigente *Ley 42/2007*, a diferencia de la normativa anterior, no establece los plazos para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, sino que se limita a señalar que los plazos «serán lo suficientemente amplios» para permitir que puedan ejercitarse los citados derechos y se remite a la legislación que dicte sobre la materia cada Comunidad Autónoma (art. 39.2 *in fine*). A mi juicio, la indeterminación de la nueva normativa en esta materia es criticable y genera inseguridad jurídica, pues existen dudas razonables sobre lo que debe entenderse por un plazo suficientemente amplio. En relación con esta cuestión debe recordarse que la normativa anterior establecía un plazo de tres meses para el ejercicio del derecho de tanteo y de un año para el ejercicio del derecho de retracto.

Por último, en relación con los derechos de adquisición preferente en el ámbito de los *espacios naturales protegidos*, y ante la ausencia de previsión legal expresa, cabe formular el siguiente interrogante: ¿cómo conoce el Registrador de la Propiedad que una zona está declarada *espacio natural protegido* y que, por tanto, existe un derecho de tanteo y retracto a favor de la Comunidad Autónoma sobre las fincas que lo integran?

En mi opinión, la respuesta a dicho interrogante se encuentra en la aplicación por analogía de los artículos 83 a 86 del *Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro*

(62) Publicada en el *BOE* de 28 de marzo de 1989.

de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (63). Dichos preceptos contienen normas referentes a la comunicación a los Registradores de la Propiedad de la delimitación de las áreas sometidas a derechos de tanteo y retracto de carácter urbanístico (64), así como de los requisitos que tienen que cumplir las transmisiones onerosas de las fincas incluidas en esas áreas. Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que los Registradores de la Propiedad pueden tener conocimiento de que una determinada zona está declarada como *espacio natural protegido* por medio de las bases gráficas registrales (65), conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1 de la *Ley Hipotecaria* (66). La existencia de las citadas bases gráficas se enmarca en el

(63) Publicado en el *BOE* de 23 de julio de 1997.

(64) A este respecto debe tomarse en consideración el artículo 83 del citado *Real Decreto 1093/1997*, conforme al cual: «[c]uando en el planeamiento general municipal, o en expediente tramitado especialmente a tal efecto, se hubieren delimitado áreas comprensivas de terrenos o de viviendas que hayan de quedar sujetas a derecho de tanteo o de retracto conforme a lo dispuesto en la legislación urbanística, el Ayuntamiento remitirá a los Registradores de la Propiedad, a cuyo distrito hipotecario corresponda total o parcialmente dicha área, copia certificada del Acuerdo de delimitación de la misma y de los planos que reflejen dicha delimitación, así como relación detallada de las calles o sectores comprendidos en aquellas áreas y de los propietarios y bienes concretos afectados, en cuanto tales datos obren en poder del Ayuntamiento y el registrador lo hará constar por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas».

DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, pág. 21, señala, como argumento a favor de la aplicación analógica de las normas del *Real Decreto 1093/1997*, que «tanto las cuestiones urbanísticas como las medioambientales no son sino dos aspectos concretos de una misma realidad y preocupación, como es, en sentido amplio, la ordenación del territorio y de los recursos naturales y de las actuaciones humanas relacionadas con ellos».

(65) En relación con esta materia, debe tenerse en cuenta la *Directiva 2007/2/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire)*, en virtud de la cual se establece un marco jurídico para la armonización de los sistemas de información geográfica y medioambiental en el ámbito de la Unión Europea [un resumen de la Directiva puede encontrarse en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l28195.htm> (fecha de consulta: 6-4-2009)].

En España se ha creado la *Infraestructura de Datos Espaciales de España (IDEE)*, dependiente orgánicamente del Ministerio de Fomento, que tiene como objetivo «integrar a través de Internet los datos, metadatos, servicios e información de tipo geográfico que se producen en España, a nivel nacional, regional y local, facilitando a todos los usuarios potenciales la localización, identificación, selección y acceso a tales recursos, a través de [un] geoportal» [toda la información sobre este proyecto puede encontrarse en <http://www.idee.es> (fecha de consulta: 6-4-2009)]. A este respecto cabe señalar que el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, en su condición de proveedor de información de carácter jurídico sobre el territorio, es miembro de la *Infraestructura de Datos Espaciales de España (IDEE)*.

(66) El artículo 9.1 de la Ley Hipotecaria establece, en relación con la descripción de las fincas en el Registro de la Propiedad, que la identificación de la finca podrá completarse «[...] mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.

denominado Proyecto Geo-Base y permite suministrar a los ciudadanos interesados información territorial que sin estar inscrita en el Registro de la Propiedad (no es información estrictamente registral) se encuentra asociada a la base gráfica registral de una finca determinada (67).

En todo caso, a mi juicio, sería deseable que el legislador estableciera expresamente la obligación de realizar una nota marginal en el folio de cada una de las fincas que forman parte del *espacio natural protegido* (al igual que sucede, como se ha visto anteriormente, en los casos de los suelos contaminados o de los suelos forestales incendiados). Con la adopción de esta medida no sólo aumentaría la seguridad jurídica, sino que también se lograría una mayor información y transparencia medioambiental.

V. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Una vez que se han analizado diversos supuestos en los que una incidencia o situación medioambiental accede, de una u otra forma, a los libros del Registro de la Propiedad, la última parte de este trabajo se dedica a reflexionar sobre el papel que, a mi entender, debe desempeñar el Registro de la Propiedad en la protección del medio ambiente.

La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará constar referencia suficiente a la finca correspondiente. Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica.

Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente».

(67) En relación con el proyecto Geo-Base y la descripción de las fincas en el Registro de la Propiedad, pueden consultarse las obras de DELGADO RAMOS, Joaquín, «Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *Diario La Ley*, núm. 6861, 12 de enero de 2008 [<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx>] (fecha de consulta: 6-4-2009)]; GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004; MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Publicidad registral y datos de hecho*, Madrid, 2000; y REQUEJO LIBERAL, Jorge, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Valladolid, 2007.

Véase también sobre esta materia las conclusiones cuarta y quinta del *III Congreso Nacional de Registradores de España sobre Registro de la Propiedad y medio ambiente*, celebrado en Granada del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2006 [dichas Conclusiones pueden consultarse en <http://www.cadri.org/?p=855> (fecha de consulta: 6-4-2009)].

Es conocido que el Registro de la Propiedad es una institución creada para otorgar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario mediante la publicidad de la titularidad del dominio de los inmuebles y de los derechos reales que recaen sobre los mismos, pero no debe olvidarse que también es un instrumento indispensable en el desarrollo y ejecución de determinadas políticas sectoriales en ámbitos como el urbanístico o el medioambiental. Razón por la cual, cada vez con mayor frecuencia, a través del Registro de la Propiedad se da publicidad a diversas situaciones de contenido jurídico-económico, administrativo, urbanístico o medioambiental que afectan a los inmuebles inscritos. A este respecto, cabe destacar que una de las características más relevantes del sistema registral español es su capacidad para adaptarse a las nuevas necesidades sociales (68).

El Registro de la Propiedad, hasta la fecha, ha desempeñado un papel secundario, pero no por ello menos importante, en la protección del medio ambiente. En mi opinión, sería deseable que el Registro de la Propiedad adquiriera en el futuro un mayor protagonismo en esta materia, pues constituye un instrumento idóneo para dar información veraz, actualizada, ordenada y sistemática de las limitaciones medioambientales sobre el territorio (69). El legislador debe tomar conciencia de ello y adoptar las medidas necesarias para que las situaciones medioambientales que afectan a los inmuebles inscritos accedan a los libros del Registro de la Propiedad (70). Con esta medida no pretendo, en absoluto, que el Registro de la Propiedad se convierta en un recipiente donde cualquier dato tenga cabida, sino que en el mismo tengan reflejo únicamente aquellos datos o circunstancias relevantes de carácter medioambiental que recaen directamente sobre la finca y que interesan a los ciudadanos (posibles adquirentes de la finca) porque limitan o modulan el

(68) Así lo pone de manifiesto, entre otros, LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Consecuencias registrales de las medidas medioambientales en materia de suelos potencialmente contaminados y sus implicaciones en los procesos urbanísticos de equidistribución», en *RCDI*, 2007, núm. 703, pág. 2359.

(69) En términos similares se pronuncia DELGADO RAMOS, Joaquín, «El Registro de la Propiedad como eficaz instrumento de protección del medio ambiente», en *RCDI*, 2007, núm. 703, pág. 2395; GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, pág. 272; y PALACIOS CRIADO, Francisco de Asís, «Registro de la Propiedad y medio ambiente: Orden y progreso», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, pág. 755.

(70) En parecidos términos se pronuncia GÓMEZ VALLE, Belén, «Publicidad registral de los suelos contaminados», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 629 a 632.

Por su parte, la *conclusión tercera* del *III Congreso Nacional de Registradores de España sobre Registro de la Propiedad y medio ambiente*, celebrado en Granada del 30 de octubre al 1 de noviembre de 2006, también defiende que en el folio de cada finca exista constancia registral de las limitaciones del dominio u obligaciones que se impongan por razones medioambientales [dichas *Conclusiones* pueden consultarse en <http://www.cadri.org/?p=855> (fecha de consulta: 6-4-2009)].

contenido del derecho de propiedad e implican un aumento o disminución del valor del inmueble en el mercado. Así, por ejemplo, deberían tener acceso al Registro de la Propiedad:

- a) Las limitaciones, vinculaciones o servidumbres legales que afecten al dominio por causas medioambientales (71).
- b) Las medidas cautelares o correctoras que adopte la Administración en materia medioambiental en relación con determinadas fincas.
- c) Las sanciones pecuniarias por infracciones medioambientales con la finalidad de garantizar su ejecución.
- d) Y, por último, también debería acceder al Registro de la Propiedad, la especial protección de la que gozan determinadas fincas por su ubicación, por su interés histórico-artístico o por su flora o fauna (72).

La adopción por el legislador de esta tesis significaría que en los libros del Registro de la Propiedad tendrían reflejo todos los datos medioambientales relevantes que recaen sobre las fincas inscritas. Lo cual, sin duda, generaría mayor transparencia en el mercado inmobiliario, aumentaría la seguridad jurídica y garantizaría un mejor cumplimiento de los derechos y deberes medioambientales (y los terceros adquirentes de las fincas quedarían obligados a cumplirlos) (73).

(71) En relación con las cada día más numerosas limitaciones del dominio impuestas por la Ley por motivos urbanísticos o medioambientales sobre los inmuebles, merece ser objeto de crítica la creencia del legislador de que la publicidad que da la ley, que deriva de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en los Boletines oficiales de cada Comunidad Autónoma, es suficiente y que, por tanto, no resulta necesario acudir a la publicidad que dan otras instituciones como, por ejemplo, el Registro de la Propiedad.

A mi juicio, esta creencia no es válida en la actualidad; pudo serlo hace varias décadas, pero no hoy en día. Es cierto que estas cargas o limitaciones legales del dominio se publican en el *Boletín Oficial del Estado* o en los Boletines oficiales de cada Comunidad Autónoma y que el artículo 6.1 del Código Civil establece que: «[l]a ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», pero no es menos cierto que las cargas o limitaciones legales de naturaleza medioambiental no son conocidas por todos; no pueden ser conocidas por un ciudadano medio (diría yo que ni siquiera por un jurista), teniendo en cuenta la proliferación de normas especiales que imponen estas cargas o limitaciones.

Para evitar la inseguridad jurídica que esta situación genera en el tráfico inmobiliario, lo más adecuado sería que las cargas o limitaciones legales del dominio se publicasen también en el Registro de la Propiedad, pues, en la actualidad, la publicidad que emana del *Boletín Oficial del Estado* o de los Boletines oficiales de cada Comunidad Autónoma, no es suficiente.

En parecidos términos se pronuncia GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, págs. 274 y 275.

(72) Véase lo expuesto en la nota núm. 71.

(73) En términos similares se pronuncian, entre otros, DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, pág. 27; GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, pág. 278; LLODRÀ GRIMALT, Francesca, *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*, Palma de Mallorca, 2008,

Por otra parte, el acceso de los datos medioambientales al Registro de la Propiedad significaría un perfeccionamiento de nuestro sistema registral, pues de esta manera el Registro de la Propiedad publicaría la información jurídica global de cada una de las fincas inscritas y se daría un paso más hacia la conversión del Registro de la Propiedad, sin perder sus rasgos característicos, en un centro de información integral de la situación jurídica, urbanística y medioambiental de las fincas inscritas (74).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABEL FABRE, Jordi: *Ley del Suelo. Derecho Urbanístico y Medioambiental*, tomos 1 y 2, Barcelona, 2007.
- ALONSO IBÁÑEZ, M.^a Rosario: *Suelos contaminados. Prevención y recuperación ambiental*, Madrid, 2002.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, 1996.
- CALVO CHARRO, María: *Escritos de Derecho ambiental*, Valencia, 2004.
- DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando: *Los Espacios Naturales Protegidos*, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007.
- «El Registro de la Propiedad como eficaz instrumento de protección del medio ambiente», en *RCDI*, 2007, núm. 703, págs. 2395 a 2399.

págs. 140 y 141; y REQUEJO LIBERAL, Jorge, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Valladolid, 2007, págs. 115 a 117.

También mantiene esta tesis el Informe «El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad - “Expert’s corner report”», realizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para la Agencia Europea del Medio Ambiente, Copenhague, 2002, págs. 9 y 21 [el texto completo del informe puede consultarse en http://reports.eea.europa.eu/technical_report_2002_88/es/ (fecha de consulta: 6-4-2009)].

(74) Defiende una idea similar, PALACIOS CRIADO, Francisco de Asís, «Registro de la Propiedad y medio ambiente: Orden y progreso», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 757 y 758, cuando afirma que: «hoy más que nunca se hace necesario, a través de la[s] correspondientes modificaciones legislativas, ofrecer al consumidor un alto nivel de información sobre la situación física y jurídica de la finca que pretende adquirir, pues sería una irresponsabilidad admitirlas en el tráfico jurídico inmobiliario sin un conocimiento exacto de su situación medio-ambiental. La información registral debe ampliar su ámbito al «ESTADO DE SALUD» de la finca».

En términos similares se pronuncian DELGADO RAMOS, Joaquín, *La protección registral del medio ambiente*, Madrid, 2007, págs. 15 a 20; GÓMEZ PERALS, Miguel, *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, págs. 277 a 279; así como el Informe «El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad - “Expert’s corner report”», realizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para la Agencia Europea del Medio Ambiente, Copenhague, 2002, pág. 13 (nota 1) [el texto completo del informe puede consultarse en http://reports.eea.europa.eu/technical_report_2002_88/es/ (fecha de consulta: 6-4-2009)].

- «El Registro de la Propiedad como eficaz instrumento de protección del medio ambiente», en *Diario La Ley*, núm. 6750, 5 de julio de 2007 [<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> (fecha de consulta: 6-4-2009)].
- «Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *Diario La Ley*, núm. 6861, 12 de enero de 2008 [<http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> (fecha de consulta: 6-4-2009)].
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo III, 5.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- GARCÍA BURGUÉS, Julio: «Derecho europeo medioambiental. La protección del medio ambiente en la Unión Europea», en *Derecho europeo medioambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos, Estudios de Derecho Judicial*, 2008, núm. 134, Madrid, 2008, págs. 9 a 43.
- GÓMEZ PERALS, Miguel: *Los datos de hecho y el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004.
- GÓMEZ VALLE, Belén: «Publicidad registral de los suelos contaminados», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 617 a 632.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Comentario a la Ley del Suelo*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- LASO MARTÍNEZ, José Luis: «Consecuencias registrales de las medidas medioambientales en materia de suelos potencialmente contaminados y sus implicaciones en los procesos urbanísticos de equidistribución», en *RCDI*, 2007, núm. 703, págs. 2359 a 2367.
- LLODRÀ GRIMALT, Francesca: *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*, Palma de Mallorca, 2008.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco: «Concepto constitucional de medio ambiente: el reparto competencial», en *Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la Administración Pública, Estudios de Derecho Judicial*, 2004, núm. 56, págs. 13 a 72.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: *Mecanismos Jurídicos Civiles de Tutela Ambiental*, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Publicidad registral y datos de hecho*, Madrid, 2000.
- MORO ALMARAZ, María Jesús: «Medio ambiente y función social de la propiedad», en *RCDI*, 1993, núm. 617, págs. 943 a 1020.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: «El concepto de medio ambiente», en *Lecciones de Derecho de medio ambiente* (coordinador: Luis Ortega Álvarez), Valladolid, 2002, págs. 43 a 83.
- PALACIOS CRIADO, Francisco de Asís: «Registro de la Propiedad y medio ambiente: Orden y progreso», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al XV Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 2007, págs. 751 a 769.
- PAREJO ALFONSO, Luciano/ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo: *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio)*, Madrid, 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: «Comentario del artículo 45 CE», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil), tomo IV, Madrid, 1996, págs. 235 a 276.

- PIÑAR MAÑAS, José Luis: «El desarrollo sostenible como principio jurídico», en *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente* (director: José Luis Piñar Mañas), Madrid, 2002, págs. 21 a 48.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, José Antonio/RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel: *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- REQUEJO LIBERAL, Jorge: *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Valladolid, 2007.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro: *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal*, Barcelona, 2007.
- VELASCO CABALLERO, Francisco: «Comentario del artículo 45 CE», en *Comentarios a la Constitución Española* (directores: María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), Las Rozas (Madrid), 2008, págs. 1088 a 1095.
- VV.AA.: *Informe «El Registro de la Propiedad y Mercantil como instrumento al servicio de la sostenibilidad - "Expert's corner report"»*, realizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España para la Agencia Europea del Medio Ambiente, Copenhague, 2002 [http://reports.eea.europa.eu/technical_report_2002_88/es/] (fecha de consulta: 6-4-2009)].
- *Derecho Civil de la Unión Europea* (directora: M.^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají), 4.^a edición, Madrid, 2010.
- *Guía Técnica de aplicación del Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados*, realizada por el Ministerio de Medio Ambiente (actualmente denominado Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino), mayo de 2007.
- YANGUAS MONTERO, Guillermina: *El daño no patrimonial en el Derecho del medio ambiente*, Cizur Menor (Navarra), 2006.

RESUMEN

MEDIO AMBIENTE REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El presente trabajo tiene, principalmente, dos objetivos: en primer lugar, poner de manifiesto que el Registro de la Propiedad y el medio ambiente están íntimamente relacionados, y, en segundo lugar, que el Registro de la Propiedad es un importante instrumento al servicio de la protección del medio ambiente. Para lograr ambos objetivos se realiza una aproximación al concepto de medio ambiente, se analiza la normativa internacional, europea y estatal sobre el derecho de acceso a la información medio-

ABSTRACT

ENVIRONMENT PROPERTY REGISTRY

This paper has a twofold objective: first of all, to highlight that the Property Registry and the environment are closely linked and, secondly, that the Property Registry represents an important tool for the protection of environment. To achieve both objectives, an approach to the concept of environment has been prepared, the international, european and state regulations on the right to access environmental information have been analyzed and different assumptions of environmental situations that are reflected

ambiental y se examinan diversos supuestos de situaciones medioambientales que tienen su reflejo en el Registro de la Propiedad (suelos contaminados, suelos forestales incendiados y derechos de adquisición preferente en los espacios naturales protegidos).

En la parte final del trabajo el autor reflexiona sobre el papel que en el futuro debe desempeñar el Registro de la Propiedad en la protección del medio ambiente.

in the Property Registry have been examined (polluted soils, burnt forest areas and preferential acquisition rights on natural protected areas).

At the end of the paper, the author thinks about the role to be played in future by the Property Registry within the scope of the protection of environment.

(Trabajo recibido el 13-4-09 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)

La proporcionalidad entre votos y capital en la Sociedad Anónima. Reflexiones en torno a la mayoría económica en la Junta de Accionistas

por

MARIO SÁNCHEZ LINDE
Doctor en Derecho. Abogado

SUMARIO

- I. IDEAS PREVIAS.
- II. PRINCIPIO *VIRIL* VERSUS PRINCIPIO *REAL*.
- III. EL PRINCIPIO *INTUITUS PECUNIAE* EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR MAYORÍA EN LA JUNTA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. SIGNIFICACIÓN Y EFECTOS SOCIETARIOS.
- IV. PRECEPTOS DE LA LEY QUE IMPONEN LA MAYORÍA *INTUITUS PECUNIAE*. LA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL VOTO Y EL CAPITAL SOCIAL POSEÍDO:
 1. PRECEPTOS BÁSICOS.
 2. LA OPCIÓN POR EL CAPITAL SUSCRITO.
 3. LA PROHIBICIÓN DE ROMPER LA PROPORCIONALIDAD. INVALIDEZ DE LAS ACCIONES DE VOTO PLURAL.
 4. LAS POSIBLES EXCEPCIONES LEGALES A LA PROPORCIONALIDAD:
 - 4.1. *El artículo 105 LSA.*
 - 4.2. *Acciones sin voto y acciones pertenecientes a socios morosos.*
 - 4.3. *La existencia de diferentes series de acciones.*
- V. LA FÁCTICA «MAYORÍA DE VOTOS» CORRESPONDIENTES AL CAPITAL DENTRO DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA.

I. IDEAS PREVIAS

Como en varias ocasiones ha señalado la doctrina especializada, el contenido del artículo 93.1 del Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en adelante LSA) podría hacer dudar si el principio de mayoría que el mismo precepto impone para la Junta de Accionistas ha de computarse en base *personal* (número de socios) o en base *real* (capital perteneciente a dichos socios). Efectivamente, tal precepto establece literalmente que: «Los accionistas, constituidos en Junta General, debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta» (1).

No obstante, existen diferentes preceptos en el articulado de la LSA que permiten afirmar sin duda que en sede de sociedades anónimas y para los acuerdos de la Junta de socios, las mayorías son de capital y no de personas. Ciertamente, es indudable que para la adopción de acuerdos dentro de la Asamblea de socios, los accionistas podrán sumar a la mayoría —o dejar de sumar—, en mayor o menor medida, dependiendo de su cuota de participación económica en la sociedad. Todo ello se deriva, en esta sede, de una severa imposición legal de proporcionalidad entre el capital —o la cantidad de capital social— poseído por cada accionista y el número de votos que este último podrá emitir en la votación, a efectos de conformar la mayoría para la adopción de acuerdos.

Mayoría «de intereses» o «mayoría económica» denomina a la situación descrita PALA BERDEJO, refiriendo dicha diferenciación (*viril* o *real*) de una manera global a la «base de cálculo de la mayoría» (2). Los mismos términos utiliza SENA («mayoría económica o de intereses»), aunque con referencia al «criterio», distinguiendo el autor esta última categoría del «aspecto cuantitativo» en donde aparecen las conocidas clases de mayoría simple, absoluta o reforzada (3).

(1) Artículo 93 LSA: «1. Los accionistas, constituidos en Junta General debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta.

2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General».

(2) Así, considera el autor que: «con relación a la expresada base de cálculo, la mayoría puede ser numérica o de personas, si está integrada por un número de individuos (v. gr., accionistas concurrentes a la Junta), y económica o de intereses, si está constituida por el valor o entidad de los intereses (cuotas, créditos, acciones, etc.) que aquéllos representan» (PALA BERDEJO, «El cómputo de la mayoría en la Junta General de Accionistas», en *RdM*, Madrid, 1965, pág. 42). Igualmente CHULIÁ se refiere al elemento *real* como la «base de cálculo», expresando así que: «la base de cálculo de esta mayoría absoluta puede ser la de socios o capital presente o representado» (VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Ed. JM Bosch, Barcelona, 1991, pág. 590).

(3) Afirma de esta forma el autor italiano: «En otras palabras, en la deliberación de la asamblea [...] opera el principio de la *mayoría económica o de intereses*, que se distin-

Así pues, y aunque el artículo 93 LSA obvie toda referencia a la cuestión (4) —y el 103 LSA se refiera al asunto sólo en ciertos supuestos—, sí aparecen otros preceptos dentro de la LSA que implican que la mayoría en la Asamblea de socios se configura como una votación *intuitus pecuniae*, o lo que es lo mismo, que la mayoría a la que se refiere el artículo 93 LSA se estructura, diseña y computa (tanto en su medida como en su contenido) atendiendo al *capital social* y a la participación económica de los socios en el mismo (referida al número de acciones poseídas).

De esta forma, será la cantidad de capital poseído por los socios (y no el número de *éstos*) el criterio básico que atribuya y delimite el alcance que tendrá su intervención en la formación de la voluntad social (*acuerdo mayoritario*), a través de la ponderación de más o menos cuotas de voto dentro de la votación en la Junta General. Ello puede provocar que los socios más pudientes económicamente sean los auténticos dominadores de la sociedad (aun siendo inferiores en número), con el consabido daño y desprotección de los socios minoritarios o poseedores de menor cantidad de capital. De lo dicho hasta ahora puede inferirse que la cifra de capital social, o mejor dicho, la participación más o menos amplia de cada socio en el mismo, puede convertirse a un nivel general en una medida de mesura (o atribución) de poder político a ejercitar en la Asamblea, traducida en votos que coadyuvarán más o menos en el acuerdo social mayoritario (5).

Siguiendo la misma orientación de la LSA española, la generalidad de los sistemas legales europeos también optan por el principio real o la «mayoría de capitales» en la adopción de acuerdos de la Asamblea de accionis-

gue de la mayoría numérica o de personas. La primera cuando se contempla la entidad de los intereses, la cuota de participación, etc., representante de cada sujeto; la segunda cuando la mayoría está fundada sobre el número de votantes» (SENA, *Il voto nella Assemblée della società per azioni*, Ed. Università degli studi di Milano, Milán, 1961, pág. 62). Vid. también, SENNA, *ibidem*, nota 35. Parecidas expresiones son utilizadas, otra vez, por PALA BERDEJO (*op. cit.*, págs. 42, 43 y 49), aunque criticadas por MADINA por considerar estos términos como «no enteramente convincentes» (MADINA, *La adopción de acuerdos en la Sociedad Anónima. Quórum de constitución y mayorías*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 256).

(4) Pese a la indeterminación del artículo 93 LSA, quien solamente expresa que «los accionistas, constituidos en Junta General debidamente convocada, decidirán por mayoría en los asuntos propios de la competencia de la junta», la mayor parte de la Doctrina española opina que tal precepto se refiere a la mayoría absoluta, o «mitad más uno» del capital social presente o representado en la Junta. Así pues y en general, se sitúan en favor de la mayoría absoluta: PALA BERDEJO, «El cómputo de la mayoría...», *op. cit.*, *passim*; SÁNCHEZ CALERO, «Las Juntas Generales en las Sociedades Anónimas», en *Pretor*, num. 102, Madrid, 1978, págs. 61 y 62, y el mismo autor en *Instituciones de Derecho Mercantil*, 16.^a ed., Madrid, 1992, pág. 235; VICENT CHULIÁ, «Compendio crítico...», *op. cit.*, pág. 593 y sigs.; URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, «La Junta General de Accionistas», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA [Dirs.], *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, T. V, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 26.

(5) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1.952, págs. 63 y 178.

tas (6), con lo que dentro del derecho continental se reproducirán, en mayor o menor medida, las características o efectos de principio real antes reseñados. Efectivamente, es también norma básica en Derecho europeo que las mayorías que llegan a conformar la voluntad del órgano soberano de la sociedad se computen conforme al capital social poseído por los participantes en el mismo, como así se reconoce en la *AktG* alemana (arts. 134.1 y 134.2 y 112, entre otros), el *Codice Civile* italiano (arts. 2.368 [esp. párrafo 2.º] y 2.369 [esp. párrafos 3.º y 4.º]) y el Código de Obligaciones suizo (arts. 703 y 704 [esp. punto 1.º]). Más confusa es, por contra, la posición del Código de Sociedades Comerciales portugués, cuando en su artículo 386.1 se dice que «la Asamblea general decide por mayoría de los votos emitidos, sea cual fuere el porcentaje del capital representado en la misma, salvo disposición contraria de la Ley o de los estatutos». Esta remisión a los «votos emitidos, sea cual fuera el porcentaje representado en la misma» también podría suponer, dentro de una interpretación amplia de la ley, una mayoría *viril*. Sin embargo, nótese que el mismo Código portugués también estipula previamente (art. 384.1) que «a falta de diferente cláusula estatutaria, a cada acción le corresponde un voto».

Destaca igualmente el Código de Comercio francés, imponiendo el principio *real* de manera general en su artículo 225-122, y de manera particular en los artículos 225-98 (para la Asamblea de Accionistas Ordinaria) y 225-96 (para la Asamblea Extraordinaria) (7). En el mismo sentido e introduciendo el criterio *intuitus pecuniae*, aparece el texto del artículo 33 del Proyecto de V Directiva Comunitaria.

II. PRINCIPIO *VIRIL* VERSUS PRINCIPIO *REAL*

A un nivel general y como es bien sabido, existen dos principios básicos referentes al grado de poder político y administrativo que puede otorgarse al socio dentro de las sociedades comerciales, a la hora de conformar la mayoría de criterios y aprobar, por tanto, los acuerdos de la sociedad. Ellos son el principio *viril* y el principio *real* (8). Conforme al principio *viril*, el voto que conforma la mayoría será otorgado en la misma medida a cada socio por su mera condición de miembro, sin atender al número de títulos de las que es

(6) Como explica ALBORCH BATALLER, *El derecho de voto del accionista*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 173.

(7) Ambos preceptos se enmarcan dentro del Libro I del Código de Comercio francés, Título II, sobre las «disposiciones particulares relativas a las diversas sociedades mercantiles».

(8) Vid., por todos, URÍA, «El derecho de voto del accionista», en *RCDI*, año XIX, num. 177, 1943, pág. 65 y sigs.

propietario, y no importando, de esta forma, la cantidad por la cual contribuye al capital social ni la proporción en la que asume los posibles riesgos de la actividad económica de la empresa (9).

Tempranamente el principio viril basado en la votación por cabezas (o «un socio-un voto») cayó en desuso, reservándose generalmente para las sociedades *personalistas*, sucesión lógica en cuanto las cuales se configuran básicamente conforme a la idea de equiparación patrimonial (o de aportación de trabajo) de los miembros participantes en la misma (10).

De esta forma, en las sociedades de capital y para la formación de la mayoría que aprueba los acuerdos sociales, el principio viril o *intuitus personae* ha sido relegado y sustituido por el criterio fundado en la proporcionalidad entre *potencialidad de voto* y cantidad de *capital poseído*, esto es, un principio que para adoptar acuerdos mayoritarios *sí* tenga en cuenta la cantidad de capital aportado a la sociedad —y por tanto la extensión de riesgo que asume cada socio en la sociedad—, cual es el principio *real* (11). Así, el principio real o principio *intuitus pecuniae* defiende que, por representar cada título una parte alícuota del capital social, debe irrogarse a su titular una cuota de decisión en el acuerdo mayoritario de una forma *proporcional* a la cantidad de aquellas partes que el accionista originariamente aportó (y proporcional también, como se dice, a la medida de las cantidades monetarias que arriesga en el negocio).

En general, puede decirse que el elemento personal o *viril* está totalmente ignorado en la actual y vigente Ley de Sociedades Anónimas; sin embargo, ha de recordarse que la antigua LSA de 1951 sí se inclinaba por considerar en cierta medida el elemento viril para cuestiones de *quórum*, en referencia

(9) De esta forma, hipotéticamente el principio viril dentro de la Sociedad Anónima se basaría en la práctica de otorgar un solo voto a cada uno de los socios, independientemente de la cantidad de acciones de las que fuesen poseedores. Deriva por tanto este principio de ideas como el criterio general de *igualdad* entre los miembros, el sistema de sufragio *viril* o el voto por cabezas, donde se defiende que todos los socios —sin tomar en consideración la cuantía económica de su aportación— pueden contribuir en la misma proporción en la formación colectiva de la voluntad social. Este sistema, basado en el criterio personal, tuvo su paradigma legal en el Código de Comercio napoleónico, que pese a su «modernidad» y liberalismo general, rigió las sociedades comerciales de dicho país con este principio hasta la reforma realizada por la Ley de Sociedades de 24 de julio de 1867.

(10) Aunque también debe mencionarse que el criterio *intuitus personae* reinante en las sociedades personalistas no siempre significa la igualdad de tratamiento de todos los socios dentro de las mismas, ya que igualmente la toma en consideración de ciertas cualidades personales de los miembros (ya fueran a nivel social o corporativo) podrá constituir un criterio discriminador en la atribución de derechos políticos, o en el grado de decisión (vid. ALBORCH BATALLER, «El derecho de voto...», *op. cit.*, pág. 174).

(11) Véase, sin embargo, el concepto de «Mehrheit nach Köpfen», aparecido en Alemania en el primer tercio del siglo XX y que pretendía conceder el derecho de voto al accionista por razón de su intervención personal y como miembro.

también a la Asamblea de socios (12). De esta manera, el artículo 51 LSA de 1951 exigía que para que la Junta General quedara válidamente constituida en primera convocatoria, se había de lograr la concurrencia «de la mayoría de los socios, o cualquiera que sea el número de éstos, si los concurrentes representan por lo menos, la mitad del capital desembolsado». Consecuentemente, se requería en este precepto de manera *mixta* la mayoría numérica de *personas presentes* o la mayoría de capital social consistente en el 50 por 100 del capital desembolsado (una u otra), para poder conformarse la Junta. En el mismo sentido, el artículo 58 LSA de 1951 establecía similar técnica, pero al regular este precepto acuerdos de gran importancia a decidirse en Junta (emisión de obligaciones, aumento o disminución del capital, transformación, fusión o disolución de la sociedad, y en general cualquier modificación de los estatutos sociales), se requería en esta ocasión las dos terceras partes del número de *socios presentes* (y del capital desembolsado) si las acciones de la sociedad eran nominativas (13).

Así pues y bajo el imperio de la anterior ley, esta atención al elemento *personal* —que se ponía en el mismo nivel que el patrimonial para dictaminar cuándo se constituía la Junta— fue quizá un elemento incluso coadyuvante de mayor confusión en la interpretación del artículo 48 LSA de 1951 (14), lo que a su vez llevó a algunos autores a opinar que según el tenor literal de la ley, más bien podría darse a entender que era el principio personal el elegido para conformar las mayorías de decisión dentro de la Junta (15).

En cualquier caso, el abandono del principio viril en la composición de las mayorías de la sociedad anónima y la adopción del criterio de atribución de poder político *intuitus pecuniae*, responde en gran medida a cuestiones de carácter práctico (16), ello porque una estricta, esto es, la atribución so-

(12) Destaca igualmente y en la actualidad cierta tendencia en Derecho germánico, en relación a la Sociedad Limitada, a aceptar la sustitución progresiva del principio de mayoría plutocrática por el voto viril. Ello se materializaría en la denominada «SRL personalista», la cual puede funcionar el principio del voto por cabezas conforme a un peculiar sistema de votación, con lo que en la práctica se asistiría a un tipo social cercano a una sociedad comanditaria por acciones (vid. SCHOLZ, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, [art. 47], Colonia, 1995, págs. 2092 y 2093).

(13) Si la sociedad había emitido sus acciones al portador, el artículo 58 LSA de 1951 *in fine* exigía «la representación de la mitad del capital desembolsado».

(14) Precepto equivalente al actual artículo 93 LSA.

(15) Destaca de nuevo, en este sentido, GIRÓN TENA, opinando que al hablar expresamente este precepto de la ley de «accionistas», más bien la redacción se orienta al principio viril para la formación de las mayorías de decisión, aunque también el autor matiza que a pesar de la deficiente redacción legal, «el carácter capitalístico de la SA y los principios sobre el voto evidencian que ha de ser el primero [—principio real—] el a seguir en el cómputo, debiéndose, en consecuencia, tener en cuenta el capital representado por la acción» [*sic*] (GIRÓN TENA, *op. cit.*, pág. 303).

(16) Abandono que se ha dado en la práctica totalidad de las sociedades de capital; vid. URÍA («El derecho de voto del accionista...», *op. cit.*, *passim*). Véase también GIRÓN TENA, *op. cit.*, pág. 207 y sigs.

lamente un voto a cada socio haría prácticamente imposible la creación y fundación de una sociedad anónima, ya que los grandes o medianos inversores no se arriesgarían a participar en una sociedad donde no se les asegurara *ex lege* un poder político similar al monto económico que han depositado en dicho ente.

Nótese de cualquier forma, sin embargo, que pueden existir supuestos en la práctica donde sociedades anónimas funcionen con base en el principio viril, debido a la idiosincrasia y características propias de la sociedad en concreto. Piénsese así en una sociedad anónima compuesta de diez accionistas, cada uno de ellos poseedores de una acción del mismo valor nominal y atribuyéndose a cada título un derecho de voto; sin duda estaríamos aquí ante un supuesto funcional de «voto por cabezas», que en este caso dicha votación proviene, como se ha dicho, de la propia estructura de la sociedad y de la similar aportación económica de los socios, con lo que no parece censurable tal situación sin dejar de ser un supuesto frecuente en las sociedades anónimas cerradas (17).

III. EL PRINCIPIO *INTUITUS PECUNIAE* EN LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS POR MAYORÍA EN LA JUNTA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA. SIGNIFICACIÓN Y EFECTOS SOCIETARIOS

Como se viene diciendo, para la adopción de acuerdos de la Asamblea de socios, el principio mayoritario dentro del seno de la Junta se configurará como «una mayoría de capitales», y no como una «mayoría de socios». De esta forma, se llegará a conformar la mayoría en las votaciones con base en la participación de los accionistas que posean una mayor parte del capital, siendo así un supuesto habitual que el voto de un solo socio —o de un número escaso de los mismos— poseedores del mayor porcentaje del capital social, se imponga en la votación sobre la generalidad o mayor número del resto de los accionistas, propietarios por contra de una más reducida cuota de capital (18). Así, la Junta de Accionistas acuerda con base en el princi-

(17) Vid., por todos, GALÁN CORONA, «La Junta General», en BONARDELLI LENZANO/MEGÍAS GÓMEZ/NIETO CAROL [coords.], *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994, pág. 493 y sigs. Es igualmente de interés observar el contenido de la STS de 29 de marzo de 1960 (R. 1254), la cual se refiere a la «mitad más uno de los votantes» en una sociedad de estas características, aunque probablemente quiso decirse *mitad más uno de los votos*.

(18) Véase, entre otros, MIQUEL RODRÍGUEZ. Comenta este autor que «la mayoría a que se refiere la ley es una mayoría de acciones y no de personas, pues el derecho de voto se concede a los socios en razón del número de acciones que corresponde a cada uno de

pio de la mayoría, el cual combinado con el principio capitalista y como conocidamente expresan URÍA, MENÉNDEZ, y MUÑOZ PLANAS: *transforma la democracia en plutocracia*, formándose la voluntad social mediante participaciones de capital y no de personas (19).

Observando por tanto tal realidad, y conviene de nuevo decirlo, en la sociedad anónima asistimos a la consecución del conocido fenómeno consistente en que un pequeño grupo de accionistas puede controlar de manera fáctica la sociedad por el hecho de poseer la mayor parte del capital, aunque dichos socios sean cuantitativamente inferiores en su número, e incluso a veces en la posesión del propio capital por la desorganización, desinterés o apatía del resto de los accionistas.

En términos generales, puede prudentemente afirmarse la dejación en un segundo plano del criterio democrático en lo que respecta a la aplicación del principio de mayoría en la sociedad anónima, lo que se atestigua con esta concepción en cuanto a la fáctica emisión del voto en relación directa a la cantidad de capital poseído, pudiendo los socios emitir mayor número de votos y por tanto contribuir *desigualmente* en la conformación del acuerdo mayoritario. Así pues, se llega a alcanzar un criterio decisorio (e incluso una posición jurídica del socio) diferente a lo que sucede en la generalidad de las asociaciones, uniones o comunidades de personas, donde se suele participar en el acuerdo colectivo conforme a la condición o situación personal en tanto que miembro. Dicho de otra forma, la mayoría «real» o mayoría de capitales puede suponer un alejamiento casi definitivo del denominado «ideal democrático» al que deben aspirar los fenómenos asociativos genéricos, cambiándose otra vez y en esta sede (Sociedad Anónima) por el principio «plutocrático» (20). Ideal democrático que quizá queda totalmente denostado cuando se dé la situación de que, aplicándose en la Junta de Accionistas la mayoría real o de capitales, exista un *único* accionista que acapare la toma de decisio-

ellos. Salvo una exigencia estatutaria de mayoría reforzada, un accionista que tenga el 51 por 100 del capital social puede imponer su voluntad a, por ejemplo, otros tres accionistas, titulares del 49 por 100» (MIQUEL RODRÍGUEZ, «De la Junta General», en ARROYO y EMBID [coords.], *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, V. II, Madrid, 2001, pág. 952).

(19) Por todos, URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, pág. 26.

(20) En el mismo sentido, GALGANO expresa que en el desarrollo de las asambleas de carácter político (asociaciones, cooperativas, consorcios, etc.) donde rige el criterio de voto personal, el principio mayoritario responde a un ideal de democracia. Por el contrario, en la Sociedad Anónima, donde impera la mera mayoría económico-numérica, el principio de mayoría responde a una realidad *plutocrática*. Añade el autor que esta realidad corporativa no es más que el reflejo del imperante sistema capitalista en la actualidad mundial, en virtud del cual, el poder económico, es decir, el poder de la riqueza depende de la simple propiedad de la misma (GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, pág. 67). De plutocracia también habla RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* [2.^a ed.], París, 1951, pág. 101.

nes por poseer suficientes acciones o cuota de intereses a su favor, ello ante la impotencia del resto de socios (21).

Una exacerbación en el entendimiento del principio «real», por parte de cierta doctrina italiana, ha propiciado incluso un cuestionamiento de figuras como los sindicatos de voto para la sociedad de capitales, debido a la causa de que la existencia de los mismos y su operativa dentro de la Junta de Accionistas puede alterar la proporción entre capital poseído y poder de decisión de los socios (materializado y manifestado en suma a través de su derecho de voto), lo cual no deja de ser, sin embargo, una exageración o desviación en la aplicación del principio *intuitus pecuniae* dentro de la Asamblea (22).

A un nivel general y como ha llegado a opinar cierta doctrina, la participación del socio en el capital social de la sociedad anónima llega a dejar atrás su naturaleza económica, para pasar a ser más bien una *medida de atribución de poder político*. Tal como opina GIRÓN, así como otros títulos incorporan derechos de crédito o derechos reales, si en realidad la acción funciona como título que incorpora la condición jurídica de miembro (*Mitgliedspapire*), es en cierta medida lógico que el valor de la acción atribuya la cantidad de derechos de miembro de que gozará el adquirente, ya que la sociedad anónima presenta *ab origine* una clara finalidad económica y la acción mide la parte alícuota del capital que se deposita para lograr esa finalidad (23). Consecuentemente, si bien es *el valor económico del título* el criterio a tener en cuenta para otorgar al socio *la cantidad de votos que pueda emitir en el acto de la votación* en Junta —participando así en la conformación de la mayoría de decisión— (24), aún hay más, pues la canti-

(21) Véase, en este sentido, SENA, quien ante la evidencia del argumento establece: «No me parece que sea cuestión de insistir más sobre este concepto, porque aparte de ser ya evidente, por lo demás es pacífico que la asamblea, a causa de la aplicación de tal principio, puede ser regularmente constituida con la presencia de un solo socio, cuando éste represente una cuota suficiente (según el tipo de asamblea) del capital social» (SENA, «Il voto nella Assemblée...», *op. cit.*, pág. 62). Añade el autor que por la misma razón, la mayoría puede ser constituida por un solo socio cuando éste represente «una certa aliquota del capitale (o del capitale presente, o del capitale complessivo, secondo il tipo di deliberazione)» (SENA, *ibidem*).

(22) En Francia incluso se han dado precedentes legales que reprobaban la existencia de los Sindicatos de voto en la Asamblea, como sucedía en el Real Decreto francés de 31 de agosto de 1937 (art. 10).

(23) GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, págs. 212, 213. Y añade el mismo autor que «esa cifra [—capital social—] estatutaria cumple una serie de funciones en la SA, condicionando gran parte de la regulación de ésta. Todas ellas se pueden reconducir a las que corresponden a una unidad de medida; viene a ser el módulo para la solución de todos los problemas que requieren medir dentro de la estructura social» (GIRÓN TENA, *ibidem*, pág. 51).

(24) Más que una atribución mayor o menor de derechos de voto, GIRÓN especifica que lo que se produce es una consecuencia lógica de la multiplicación de las posiciones de

dad de capital poseída va ser, en general, la *medida* del poder político-administrativo del accionista en la sociedad (25).

Esta significación del capital como medida básica ha llevado a cierta doctrina, de nuevo, a opinar que en la sociedad anónima se produce en la práctica una «desmaterialización» del concepto de capital social, dejando ésta de ser una cifra meramente económica para pasar a ser una medida de organización corporativa. Así pues, lo que era el monto de participación económica derivado de las aportaciones de los socios (capital social), dada ahora la configuración estructural de la sociedad anónima y de la propia existencia del capital, puede pasar a ser una unidad de medida que regula, esquematiza y vincula todas las relaciones políticas entre los socios (26). De esta manera, de nuevo GIRÓN expresa que la idea del capital social como simple cantidad de dinero o bienes económicos de cualquier naturaleza (destinada a la realización del fin negocial de la empresa) es incompleta, pues según el mismo autor, realmente dicha cifra de capital pasa a ser un elemento esencial de la propia estructura y naturaleza de la sociedad, independiente de cualquier clase de materialización simple y pasando a configurar las relaciones internas (concretamente, relaciones políticas internas) de los socios entre sí (27). De

socio que implica la participación diferente de cada accionista en el capital social, posición que, cada una en sí misma, conlleva el derecho de emitir voto. En palabras del autor: «Cuando a una misma persona se atribuyen varios votos por la tenencia de varias acciones, no hay que tratar de construir, artificiosamente, tantas manifestaciones de voluntad como votos, si se ha votado unitariamente; basta la explicación legal del carácter capitalista de la SA para atribuir a la única manifestación la influencia multiplicada que al número de acciones corresponda» (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, pág. 310). En el mismo sentido SENA: «E sarebbe, ripeto, un errore ritenere, per esempio, che il socio titolare di cento azioni esprima cento dichiarazioni di voto: il voto, como dichiarazione di volontà, è uno solo» (SENA, «Il voto nella Assemblea...», *op. cit.*, pág. 63).

(25) En este sentido también GARRIGUES, quien matiza la idea opinando que la cuantía de la participación del socio en el capital social de la empresa se convierte no sólo en una medida del poder político de éste en la misma (manifestada en la práctica en la cantidad de votos que le corresponden), sino también —en una extensión más o menos amplia— en medida del *interés* del accionista en la sociedad. De esta forma, lo que en la práctica sucede, según este autor, es que «existe un desnivel en los intereses de los distintos socios, desnivel que no debe compensarse a costa de los grandes aportantes» (todo ello, con base en el carácter meramente económico [y no personal] de la sociedad anónima) (GARRIGUES, «La protección de las minorías en el Derecho español», en *RdM*, Madrid, 1959, pág. 249 y sigs.).

(26) Ello parece observarse más claramente con la existencia de «acciones de cuota» dentro de algunos ordenamientos europeos. Vid. GALÁN LÓPEZ, «Las “acciones sin mención del valor nominal” y su reconocimiento en el Derecho europeo de sociedades», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, V. I (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y otros...), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 611.

(27) Otra vez en palabras del autor: «la acción, como elemento de la configuración tipológica de la sociedad, no vale nada; el valor en sentido económico carece de relevancia. La cifra no mide valor económico alguno; mide otra magnitud: la del número de posiciones de socio» (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*,

esta forma, ciertamente debe aceptarse que, si bien el elemento capital es el elemento en torno al cual se conforman las mayorías de decisión dentro del foro de la Sociedad Anónima, ésta es sólo una de sus funciones, puesto que realmente y en la práctica, el capital aportado por los accionistas se configura como una unidad de medida formal y organizativa para con los propios socios, y entre éstos con la sociedad (28).

Así pues y si bien lo deseable sería, en una interpretación lógica de la LSA y en connivencia con principios básicos insertos en la misma (principalmente el interés social), que la aplicación de la mayoría económica igualmente respetase las necesarias cotas de licitud e indemnidad de los intereses legítimos de todos los accionistas, sin embargo el establecimiento del principio mayoritario *real* (en menoscabo del principio *viril*) parece redundar de una manera estructural en una situación de debilidad de los derechos de los accionistas menos poderosos económicamente, lo que nos lleva de nuevo al clásico problema de la protección de las minorías en la sociedad anónima, ello máxime cuando la situación de poder de los accionistas más pudientes se perpetúa; en este último caso, normalmente incluso las relaciones políticas y societarias acaban siendo aceptadas de manera tácita por el resto de los socios (29), confirmando su subyugación económico-política a tal grupo y que como mucho se sustituye por la supremacía de otro accionista igual de poderoso durante la vida de la sociedad (30); situación ésta de nuevo muy alejada del ideal del funcionamiento democrático de la Asamblea de Accionistas (31).

pág. 65). En este sentido probablemente también BERGAMO, cuando opina que en realidad «el signo capital tiene, no obstante, valor enunciativo» [BERGAMO, *Sociedades Anónimas (Las Acciones)*, V. II, Madrid, 1970, pág. 435].

(28) En general, el principio *intuitus rei*, o *intuitus pecuniae* (esto es, el poder de influencia del socio en la gestión de la sociedad conforme a su aportación económica) determina y mediatiza todas las relaciones de los accionistas en la sociedad, de forma incluso que el entendimiento de los deberes de lealtad o fidelidad, o de conceptos jurídicos indeterminados como «interés social» o incluso «buena fe», se verán moldeados en su interpretación según la estructura o el reparto económico de títulos existente en cada empresa. En este sentido, véase LUTTER, «Theorie der Mitgliedschaft —Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts—», en *AcP*, 1980, pág. 96. Entre nosotros, PAZ-ARES, «Comentario al artículo 1.665 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil* (PAZ-ARES/DÍEZ-PICAZO/BERCOVITZ/SALVADOR, coords.), V. II, Madrid, 1991, pág. 1326 y sigs.

(29) Vid., por todos, HENN, «Die Gleichbehandlung der Aktionäre in Theorie und Praxis», en *AG*, 1985.

(30) Véase, en este sentido, WIEDEMANN, quien considera que en estos supuestos ya no se «decide» dentro de la Junta, sino que se «ordena» por parte de los socios de control. Afirma así el autor que: «en los casos de mayorías estables permanece sólo la forma de acuerdo o contrato, el contenido es un acto de voluntad unilateral» (WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Munich, 1980, pág. 406).

(31) Así también DUQUE, quien textualmente señala: «Esto en definitiva, significa acoger en la reglamentación de las relaciones internas de las sociedades el hecho obser-

Consciente de la dinámica planteada, la propia ley pretende establecer (a efectos de compensar los probables desajustes de poder entre los accionistas más o menos poderosos) mecanismos que modulan una aplicación directa y estricta del principio mayoritario-capitalístico, como son las posibles limitaciones estatutarias a la emisión de un número máximo de votos (arts. 105.2 LSA), o los derechos de *minoría cualificada* (32). Sin embargo, como se dice y como admite la generalidad de la doctrina, dada la propia configuración y concepción de la sociedad anónima (y vigente el principio mayoritario en combinación con el capitalístico en el voto), probablemente el accionista menos pudiente económicamente siempre tenderá a encontrarse en una situación intrínseca de debilidad, pese a los mecanismos legales implantados para su defensa (33).

IV. PRECEPTOS DE LA LEY QUE IMPONEN LA MAYORÍA *INTUITUS PECUNIAE*. LA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL VOTO Y EL CAPITAL SOCIAL POSEÍDO

1. PRECEPTOS BÁSICOS

La mayoría real con base en el principio *intuitus pecuniae* es la solución adoptada por la ley española para la adopción de acuerdos mayoritarios en la Junta General de Accionistas de la sociedad anónima, pues de nuevo hay que decir que aunque el artículo 93 LSA no es claro al respecto, son numerosos los preceptos de la LSA que implican la necesidad del voto proporcional del socio con respecto a la cuota de capital social poseída. Efectivamente, el acogimiento de la ley española del principio real (*Realprinzip*) es algo incuestionable para la doctrina, y aunque no exista una expresión concreta del mismo en el artículo 93 LSA o precepto de la ley que positivamente promulgue que «a cada acción le corresponde un voto» (como en otros derechos europeos), ello se deriva de un examen general de la estructura de la LSA y de sus artículos.

vado de que, aunque el control cambie de titulares, el grupo controlante no desaparece, contrariando así el funcionamiento del principio democrático en que se funda la organización mayoritaria de la Sociedad Anónima, que supone no sólo el dominio por la mayoría, sino la normal renovación y sustitución en el ejercicio del poder» (DUQUE, *Tutela de la minoría. Impugnación de acuerdos lesivos* (art. 67 LSA), Valladolid, 1957, pág. 40).

(32) Derechos de minoría concebidos en principio y de manera estructural como instrumentos de defensa del socio minoritario. Vid., por todos, JUSTE MENCIA, *Los derechos de minoría en la Sociedad Anónima*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, *passim*.

(33) En este sentido, véase, entre otros, ALONSO LEDESMA, «El papel de la Junta General en el Gobierno corporativo», en *El gobierno de las sociedades cotizadas*. AA.VV., [ESTEBAN VELASCO, coord.], Ed. Garrigues-Andersen, Madrid, 1999, pág. 630 y sigs.

Efectivamente, no hay dentro de la LSA ningún precepto explícito y en sentido positivo que establezca la proporcionalidad directa entre voto y capital poseído, aunque sí argumentaciones en sentido *negativo*, como sucede en el artículo 50 de la ley y en donde se establece que «no es válida la creación de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación, ni la de aquéllas que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente». Igualmente, se encuentran otras expresiones en distintos artículos que llevan a confirmar la anterior aseveración, como es el artículo 158 LSA (regulador del derecho de suscripción preferente), precepto donde se establece explícitamente que en las ampliaciones de capital los antiguos dueños conservan el poder de adquirir preferentemente un número *proporcional* a la cantidad de capital social anteriormente poseído (manifestado en el valor nominal de sus acciones), todo ello en aras de no perder poder político. Por su parte, el artículo 27 LSA, para la adopción de acuerdos de la Junta Constituyente [fundada por el procedimiento de fundación sucesiva] expresa que «cada suscriptor tendrá derecho a los votos que le correspondan con arreglo a su aportación», frases que, aunque se refieran a la peculiar figura de la Junta Constituyente, quizá hubieran de haberse repetido en el texto del artículo 93 LSA para la regulación de la Junta General de Accionistas.

Cabe también decir, en el mismo sentido, que si la ley se ha ocupado en supuestos puntuales de limitar o variar en cierta medida el supuesto del voto proporcional al número de acciones poseídas (como sucede en los supuestos del art. 105.2 LSA), es que la ley *parte de la base* de aquel principio para el funcionamiento habitual o común de la Asamblea (34). Así pues y como es bien sabido, en el artículo 105 LSA se permite que los Estatutos establezcan un número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo (así como la posesión mínima de un número de acciones para votar en Junta), cuestión que se analizará más profundamente en el siguiente punto y que sin duda parece implicar que, *a priori*, el principio general y habitual de atribución de voto es el proporcional en sentido estricto (35).

(34) En palabras de GIRÓN: «Si, por vía de excepción, ha necesitado consignar la Ley que se puede exigir un número de acciones para tener derecho de voto, y que se puede limitar el número de votos correspondientes a un mismo accionista es porque ha partido del principio contrario: proporcionalidad de votos y acciones» (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, pág. 207).

(35) Nótese, sin embargo, que el artículo 111.1 LSA exige que en la Lista de Asistentes haya de expresarse (al final de la misma) «el número de accionistas presentes o representados», lo que podría implicar, en principio, un componente viril; pero nótese igualmente que el mismo precepto exige también la constancia del «importe del capital del que sean titulares» dichos accionistas, así como «el número de acciones propias o ajenas con que concurren», circunstancias estas que no sería necesario reseñar si la ley hubiera

2. LA OPCIÓN POR EL CAPITAL SUSCRITO

No acaban con la lectura de los preceptos básicos de la ley los problemas interpretativos en cuanto a la mayoría «real» o mayoría de capitales, pues de nuevo ante la indeterminación del texto legal pueden surgir dudas en cuanto a dictaminar cuál es el contenido exacto de la *participación* del socio en el capital social o el «valor de la acción» (expresión que usa el art. 50 LSA), todo ello a efectos de conformar igualmente la mayoría. Efectivamente y a falta de manifestación positiva de la ley, se puede discutir qué *parámetro* concreto de la participación del socio en el capital redundará en la formación de la mayoría en Junta, dudando si la atribución del voto al socio —y por tanto, la conformación de dicha mayoría— se realiza en función del capital *nominal* de la acción, o bien se basa en la cantidad económica *efectivamente* aportada por aquél (36). Por lo tanto y más específicamente, el problema interpretativo se plantea en el sentido de entender técnicamente por participación social —o capital social poseído— a este respecto, el *valor nominal* de la acción (o *valor suscrito*), o bien decantarse por la aportación patrimonial-económica del accionista, esto es, el *valor aportado* o *deseMBOLSADO*.

En lo que a la LSA española se refiere, hemos de optar por la atribución proporcional del voto del accionista en referencia al valor *suscrito* o *nominal* de la acción, todo ello en detrimento del valor *deseMBOLSADO*. En general, puede argumentarse que si la propia ley no recoge expresamente el criterio del capital *deseMBOLSADO* como el determinante para calcular la proporcionalidad entre voto y posesión de capital, el intérprete debe decantarse por el criterio más favorable para el accionista, cual es el criterio del capital *suscrito* (37). Efectivamente, el cálculo del capital social suscrito permite —en todo caso y a todos los socios— emitir más cantidad o mayor número de votos para la formación de la mayoría, conformándose así como el criterio más beneficioso para el socio. Igualmente y a efectos de decantar la disyuntiva en favor del capital suscrito, nótese que el artículo 48.c) de la misma LSA (precepto que recoge los derechos mínimos del accionista dentro de la sociedad) concibe el derecho de voto como derecho esencial del socio —sin diferenciar entre acciones total o parcialmente desembolsadas—, con lo que volveríamos así otra vez a la aplicación del mismo principio más favorable, como es el capital suscrito (38).

optado por el voto en base *viril*, a no ser por cuestiones de *quórum*. Vid., en este mismo sentido, el artículo 64 de la LSA de 1951.

(36) Vid., por todos, ALBORCH BATALLER, «El derecho de voto del accionista...», *op. cit.*, pág. 176 y sigs.

(37) De nuevo y entre otros, ALBORCH BATALLER, *ibídem*, págs. 178 y 179.

(38) En este sentido, SENÉN DE LA FUENTE, *La disolución de la Sociedad Anónima por paralización de los órganos sociales*, Ed. Sociedad Estudios y Publicaciones, Madrid, 1965, pág. 147 y sigs.

En el mismo orden de ideas, merece también ser mencionado el primer punto del artículo 44 LSA, el cual impone la sanción de privación del derecho de voto al socio o accionista que no desembolse en el plazo debido los dividendos pasivos (39). Ciertamente y concebida tal demora como una sanción, ello *a sensu contrario* debe significar que el criterio *común* de la ley para la atribución del voto es la aportación económica completa o íntegra del socio, cual es el *capital suscrito* o el valor nominal de las acciones en propiedad (40).

Aparte de lo dicho hasta ahora y como idea secundaria, ha de tenerse en cuenta además que la LSA establece expresamente el criterio de capital *suscrito* (esto es, el valor nominal) para la exigencia de *quorums* en la convocatoria de la Junta (arts. 102.1 y 103.1 y 2 LSA), y aunque esto no implica de nuevo una analogía con el régimen de mayorías para la adopción de acuerdos, sí es lógico pensar que en consonancia con un entendimiento sistemático, debe comprenderse ese mismo criterio para la emisión del voto que conforma la mayoría. Todo ello además por considerar que es el *importe nominal* de la acción el valor más lógico en cuanto a la extensión de la medida del derecho de voto del accionista, si se concibe éste conforme a un criterio estrictamente proporcional con respecto a la cifra de capital social (al constituirse aquella cifra como parte alícuota de este último) (41). Así pues, para la composición de la mayoría real o la mayoría de capitales en la Junta de Accionistas, hemos de elegir el valor *suscrito* o valor *nominal* de la acción como base o parámetro del cómputo, tanto de la *tasa porcentual* como para el *término de referencia* (no importando así si el accionista ha desembolsado los dividendos pasivos o no) (42).

(39) El plazo máximo para desembolsar los dividendos pasivos (o porción de capital aun sin desembolsar), sin incurrir en mora, será la fecha marcada en los Estatutos, o en defecto de regulación estatutaria el momento que decidan los administradores (arts. 42 y 43 LSA). Ello con la excepción de que los dividendos pasivos sean aportaciones no dinerarias, cuyo plazo máximo de pago será cinco años desde la constitución de la sociedad conforme al artículo 40.2 LSA *in fine* (vid. RDGRN de 15 de noviembre y 7 de diciembre de 1993).

(40) Además y como sugiere GIRÓN, ello fomenta la observación de la paridad de trato para la exigencia social de los dividendos pasivos, pues de no ser así afectaría al principio de igualdad que no todas las acciones se encontrarán en la misma situación (respecto de las aportaciones) para ejercitar su poder político, esto es, el voto (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, pág. 207).

(41) Artículo 47.1 LSA *ab initio*.

(42) A toda esta idea coadyuva la tajante negativa de la ley española a la posibilidad de emitir acciones sin valor nominal (arts. 47.1 y 2 LSA). No obstante debe nombrarse aquí la existencia de precedentes legales en este sentido, como la promulgación en Alemania de la «Ley de acciones sin valor nominal» (*Stückaktengesetz*) de 1998 [BGBl. I, 1998]. Dicha normativa permitía la posibilidad de crear acciones sin un valor económico anexo, aunque sabiendo la circunstancia de que la propia existencia de aquellas —las acciones— viniera referida a un capital social fijo e inamovible, parece que más bien se asiste a la presencia de una «falsa acción sin valor nominal», pues para la misma se podría calcular en cualquier momento un equivalente matemático a dicho valor (SCHMIDT, K.,

En general, debe remarcarse la dejación definitiva que la LSA actual propone en cuanto a la antigua diferenciación, en ciertos aspectos, que la anterior norma recogía entre capital social *suscrito* y capital social *deseMBOLSADO*, ello no sólo a efectos de *quórum*, sino también para derechos económicos e incluso políticos del socio (vid. arts. 56, 63, 65, 108, 109 y 151 de la LSA de 1951). Y aunque es cierto que la LSA de 1989 mantiene tal distinción en lo que a algunos derechos económicos se refiere (43), debemos elegir para la adopción de acuerdos por mayoría (real) en la Asamblea de socios el capital social *deseMBOLSADO*, lo que incluso se deriva de la interpretación *literal* de la prohibición recogida en el artículo 50 LSA, antes vista.

En términos globales, la orientación de la actual Ley en favor del parámetro del capital suscrito —y no desembolsado— para la adopción de acuerdos es generalmente bien vista por parte de la doctrina (44). Ciertamente es que ello puede suponer un *agravio comparativo* para los socios que diligentemente han aportado sus dividendos pasivos en tiempo y forma (45), aunque tal concepción también parece aportar seguridad y coherencia en cuanto al entendimiento del articulado general de la LSA, y al ejercicio de los derechos políticos del socio (46).

«La reforma alemana: las KonTraG y la TransPuG de 1998 y 2002, y el Código Crome» [versión corregida de CHAMORRO DOMÍNGUEZ, conferencia de 26-11-2003)], en *RdS*, núm. 22, 2004, pág. 28).

(43) Véase así el artículo 215.1 de la LSA de 1989 —relativo al derecho al patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad—, cuando expresa que: «La distribución de dividendos a los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado». Igualmente destaca el artículo 277.2 de la misma ley, quien adopta como medida de liquidez del activo resultante el valor *nominal* de las acciones, pero solamente «en defecto» de otra regulación de los Estatutos al respecto, lo que parece implicar la posibilidad de implantar otros valores.

(44) Así CHULIÁ, quien incluso califica, quizá exageradamente, el parámetro del capital social *deseMBOLSADO* como principio básico de configuración de la Sociedad Anónima (inserto así en la concepción del art. 10 LSA), al derivarse tal opción legal de la Segunda Directiva Comunitaria (VICENT CHULIÁ, «Compendio crítico...», *op. cit.*, pág. 486).

(45) Por esta circunstancia critica tal visión POLO, aunque el autor se refiere sobre todo al trámite parlamentario que suprimió este requisito (desembolso de los dividendos pasivos) para la renuncia o transacción acordada por la Junta dentro de la acción social de responsabilidad (POLO SÁNCHEZ, «Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, T. VI, Ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 338).

(46) Véase también la DGRN de 26 de septiembre de 1991, la cual afirma que «no puede darse igual tratamiento al accionista que esté en mora en el pago de los dividendos pasivos (al que la ley priva de ciertos derechos, pero no, por cierto, el de información ni el de obtener auditor) que al que, cumpliendo las previsiones sobre desembolsos sucesivos no ha realizado aún la suma íntegra correspondiente a sus acciones, lo que, además, aunque hubiese querido hacerlo, la sociedad no estaba obligada a admitir». Aunque reconoce la misma Resolución que la Ley atribuye la condición de socio (y consecuentemente todos los derechos propios de la misma, como es el voto) sin más distinción y a todo aquél que sea propietario de un título.

La Jurisprudencia también se ha ocupado de la cuestión, optando siempre (incluso bajo el imperio de la LSA 1951) por el valor *nominal* de la acción o capital *suscrito* en la conformación de la mayoría. Destaca así de la sentencia de 27 de diciembre de 1973 (R. 591), para el caso de la elección por la Junta de un censor perteneciente al Instituto de Censores Jurados de cuentas. Atendiendo concretamente al desarrollo de la elección, la nombrada sentencia establece que si la ley no distingue entre valor desembolsado y valor suscrito de la acción, tampoco debe hacerlo el intérprete de la misma, por lo que resultaría nombrado censor «...el que obtuviera la mayoría de votos, que siguiendo la norma general, pues que la Ley no distingue, lo será el de una acción un voto, sin distinguir entre capital suscrito y desembolsado».

3. LA PROHIBICIÓN DE ROMPER LA PROPORCIONALIDAD. INVALIDEZ DE LAS ACCIONES DE VOTO PLURAL

Dada la imperatividad de los preceptos hasta ahora analizados, la proporcionalidad entre *capital suscrito* y *número de votos* atribuidos al accionista antes reseñada no puede quebrantarse, ni siquiera a través de hipotéticas cláusulas estatutarias. Y ello aunque dichas cláusulas pretendieran imponer, precisamente, la atribución del voto en proporción al capital social desembolsado, en vez del suscrito (47). De la misma forma, esta estricta proporcionalidad entre lo *aportado* por el socio y su participación en la composición de la mayoría debe ser también proscrita «por exceso», esto es, debe impedirse severamente que los Estatutos o cualquier otra operativa permitan a algún socio emitir «más votos» que los proporcionales a su participación, todo ello a efectos de nuevo de conformar la mayoría. Otra vez el artículo 50 LSA parece cerrar la polémica en dicho sentido al establecer de forma amplia la consabida prohibición de crear acciones «...con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación, ni la de aquéllas que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente». No obstante, esto no ha sido siempre así en la realidad societaria española, pues históricamente se han dado clases de títulos que rompían el principio de atribución real entre votos y capital poseído, como eran las acciones de *voto plural*.

Efectivamente, la existencia de acciones de voto plural ha sido algo relativamente frecuente en derecho europeo, y podrían conceptuarse tales acciones

(47) Sin embargo, la DGRN ha sido a veces titubeante en este sentido, pues la Resolución de 10 de octubre de 1984 (cierto que dentro del marco de la antigua LSA de 1951) admitía que los Estatutos estableciesen la proporción del voto del accionista en relación con el desembolso «efectivo»; por contra, tal práctica se excluía expresamente en la RDGRN de 1 de julio de 1993.

como los títulos que *per se*, atribuyen al accionista un número de votos *superior* al que normalmente le conferirían otras acciones de la misma sociedad de *igual valor nominal*; o dicho de otra forma, títulos que conceden mayor número de votos al accionista que el que debería corresponderles con base a una estricta proporcionalidad entre capital poseído y votos concedidos. Pese a ser, como se ha dicho, la existencia de acciones de voto plural algo habitual dentro del derecho continental, en derecho español la creación de acciones de voto plural se prohibió ya expresamente en el artículo 38 de la LSA de 1951, siendo solamente válidas bajo el imperio de aquella ley las creadas con anterioridad a la promulgación de la misma (48), tendencia prohibitiva que se perpetúa en la Ley actual con el texto del artículo 50.2 LSA (49). Sobre decir, por tanto y en la actualidad, que bajo el imperio de la LSA de 1989 la negativa *expresa* e imperativa de dicho precepto provoca que las acciones de voto plural no sean más que un recuerdo histórico en nuestro ordenamiento de sociedades anónimas, siguiendo la línea del derecho europeo (50).

(48) En virtud de la Disposición Transitoria 7.^a de la LSA de 1951 se suprimían, efectivamente, tales títulos accionariales, estableciéndose así que «las sociedades que al entrar en vigor la presente ley tuvieran válidamente emitidas acciones de voto plural o cualesquiera otras que supongan una derogación del principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto, podrán conservar dichas acciones, no obstante lo dispuesto en el artículo treinta y ocho». Precisamente, el artículo 38 de la LSA de 1951 era el precepto que prohibía de manera expresa las acciones de voto plural, con la siguiente redacción: «Para la creación de acciones que confieran algún privilegio frente a las ordinarias, habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de los estatutos sociales. En ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural. Los estatutos podrán exigir con carácter general a todas las acciones, cualquiera que fuese su clase o serie, la posesión de un número mínimo de títulos para asistir a la Junta General y ejercitar en ella el derecho de voto; e igualmente podrán fijar el número máximo de votos que un mismo accionista puede emitir. Para ejercitar el derecho de voto será lícita la agrupación de acciones».

(49) En general, parece denotarse un diferente tono en la prohibición de las acciones de voto plural que hacía la LSA de 1951 (art. 38) y el artículo 50.2 de la LSA actual. Así lo reconoce EMBID, quien expresa que: «en aquella, el artículo 38 indicaba escuetamente que: “en ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural»; el artículo 50.2 del vigente texto refundido, por su parte, utiliza una frase más genérica que recuerda, paradójicamente, a la empleada en el anteproyecto de ley de 1947. En este último texto se indicaba que: “en ningún caso podrá quebrantarse el principio de la proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto”». Comenta el autor que no prosperó la dicción del anteproyecto (más parecido a la actual LSA), por causa de incluir la posibilidad de las limitaciones estatutarias al número máximo de votos a emitir por un mismo socio, tarea que al final acometió el artículo 38 LSA de 1951 (EMBID IRUJO, «El voto plural en la Sociedad Anónima», en *La Ley*, Madrid, 1991, pág. 693).

(50) Vid. ALBORCH BATALLER, «El derecho de voto del accionista...», *op. cit.*, pág. 202 y sigs. Ciertamente las acciones de voto plural existieron con relativa frecuencia en Europa en épocas pasadas, aunque las diferentes legislaciones conforme el avance del devenir del siglo XX fueron suprimiéndolas. En este sentido, el Código Civil italiano de 1942 indica en su artículo 2.351 que: «ogni azione attribuisce il diritto di voto» (párrafo 1.º) y posteriormente se prohíbe de forma expresa emitir acciones de voto plural («Non possono emettersi

En términos generales, quizá hubiera sido conveniente que la vigente Ley de Sociedades Anónimas recogiera en su articulado una mención que estableciese textualmente que «cada acción concede a su titular el derecho a emitir un voto» (51); ciertamente, la LSA no presenta ningún precepto en este sentido, pues el artículo 48 LSA —al plantear los derechos básicos del accionista— en su apartado *c*) sólo indica que el socio tiene derecho «de asistir y votar en las Juntas Generales y el de impugnar los acuerdos sociales», sin atender a ninguna otra consideración ni mencionar cuántos votos corresponden por acción. Además el artículo 93 LSA, como ya se ha mencionado, obvia toda consideración a este respecto. Sin embargo, sí que aparece una mención de este estilo en el artículo 53.4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, donde se señala que «salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto». Redacción que si bien es merecedora de crítica favorable en ese aspecto, también da cabida a la creación, por parte de los Estatutos, de títulos que quebranten el principio de proporcionalidad entre capital poseído y votos a emitir por parte del socio.

Efectivamente, se hace destacar el contraste entre la estricta prohibición de la rotura de la proporcionalidad entre voto y capital dentro de la Sociedad Anónima con la aparente liberalidad en la Sociedad Limitada, donde

azioni a voto plurimo» [párrafo 4.º]), aunque este mismo precepto permite la creación estatutaria de acciones «de voto limitado» o subordinado al cumplimiento de determinadas condiciones estatutarias. En el Derecho Societario francés, por su parte, aparece el artículo L. 225-122 del Código de Comercio [traslación del art. 174, *Loi de 66-537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales*], el cual establece que el «derecho de voto vinculado a las acciones de capital o bonos de disfrute será *proporcional a la porción de capital que representen*», aunque ello sin perjuicio de los artículos L. 225-10, L. 225-123, L. 225-124, L. 225-125 y L. 225-126, y sabiendo además que «cada acción dará derecho al menos a un voto»; se prohíbe, en suma, bajo el Derecho francés, el voto plural, pero se reconoce el derecho de *voto doble* para algunas acciones y en algunos supuestos. Más tardíamente se ha incorporado esta tendencia al ordenamiento societario alemán, el cual ya limitaba considerablemente la creación de acciones de voto plural en la reforma de la *AktG* de 1965, pero aún las mantenía en ciertos supuestos residuales. Finalmente en el país teutónico se derogó totalmente la vigencia de las acciones de voto plural a través de la *KonTraG* de 1998 («Ley alemana para el control y la transparencia en el ámbito empresarial», Ley 27 de abril de 1998 [BGBl, I, núm. 24, de 30 de abril de 1998]), modificando el artículo 12 de la *AktG* y expresando textualmente el Gobierno alemán (en el fundamento al art. 1.3.º de la propia *KonTraG*) que estas cláusulas «se contradicen con la idea de que en la Sociedad Anónima el poder de voto debe orientarse esencialmente por la cantidad de acciones que se posean con derecho a voto». Así pues y en la actualidad, el artículo 12.2 *AktG* señala taxativamente que «no se permiten acciones de voto plural».

(51) De la ausencia de un precepto legal que exponga claramente que «a cada acción le corresponde un voto» también se queja SENA, para el Derecho italiano, dentro del *Codice Civile* y en lo que a sociedades por acciones se refiere. Considera el autor que el artículo 2.351 del *Codice Civile* no deja clara la cuestión con su expresión relativa a que «cada acción atribuye el derecho de voto» («Ogni azione attribuisce il diritto di voto»), y que, en suma, la interpretación debería ser tendente a considerar que a cada título le corresponde un voto, y no «el derecho» (SENA, «Il voto nella Assemblea...», *op. cit.*, pág. 63).

está aceptado doctrinalmente que con base en el artículo 53.4 LSRL puede alterarse la proporcionalidad entre voto y capital poseído por el socio, creando así en los Estatutos participaciones que en la práctica otorguen *votos plurales* a algunos socios. Ciertamente conforme a la amplia redacción que presenta el artículo 53.4 LSRL («salvo disposición contraria de los estatutos, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto»), se infiere que en sede de Sociedad Limitada puede romperse el principio paritario entre voto y capital, surgiendo estatutariamente participaciones de voto plural o incluso de voto múltiple (52), y quebrándose así la proporcionalidad que sí se exige legalmente en sede de Sociedades Anónimas. Recuérdese otra vez que el artículo 50.2 LSA prohíbe *expresamente* y de modo genérico la creación (ya fuera estatutaria o no) de acciones que alteren (de forma indirecta o directa) la proporcionalidad entre el voto y el valor de la acción (53).

Efectivamente, dentro del trámite parlamentario en el Congreso —relativo a la LSRL de 1995— se suprimió, para el texto definitivo de la ley, el artículo 56.4 del Proyecto planteado en el Consejo de Ministros de 22 de diciembre de 1993, el cual proponía, al igual que para las sociedades anónimas, la estricta proporcionalidad entre voto de los socios y cuota de capital poseída por los mismos (dejación final que no dejó de provocar cierto aplauso doctrinal) (54). Ahora bien, si esta orientación del legislador puede ser beneficiosa para un tipo social como la sociedad limitada —como ha apuntado igualmente la doctrina (55)—, dudosamente puede ser aplicada para la socie-

(52) Véase ECHEBARRÍA SÁENZ, «Participaciones con voto privilegiado y principio de mayoría en la SRL», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, V. I, Valladolid, 1998, *passim*. De «salto revolucionario» califica CABANAS TREJO la posibilidad consistente en romper la proporcionalidad entre el derecho de voto y la posesión de capital, ya que con la regulación de la Sociedad Limitada se abandona la igualdad sustantiva entre el principio real, la proporcionalidad entre el capital invertido y el grado de participación política del socio (CABANAS TREJO, «Comentario al artículo 53 LSRL», en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, T. I, Ed. Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, pág. 302 y sigs.).

(53) Nótese, otra vez, que en Alemania, hasta épocas recientes se seguía manteniendo la figura de las acciones de voto plural para ciertas entidades estatales. Ello fue así hasta 1998, cuando la *KonTraG* eliminó definitivamente las acciones de voto plural, volviendo al tradicional concepto de un voto por acción (*Stammaktien*).

(54) Véanse las Enmiendas del Grupo Socialista, números 165 y 181 (BOCG de 7 de mayo de 1994, núm. 48-9). Efectivamente, la exclusión del artículo 56.4 del Proyecto de LSRL —que en la práctica planteaba para la Sociedad de Responsabilidad Limitada el mismo régimen estricto de proporcionalidad que en la Sociedad Anónima— fue bien recibida por cierta doctrina, que solicitaba la necesaria rotura de esta severa proporcionalidad como uno de los ingredientes necesarios para minorar el excesivo tenor capitalista que había tomado la Sociedad Limitada en el Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros, previo al trámite parlamentario (ESTEBAN VELASCO, «Estructura orgánica de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *RdS*, número extraordinario, 1994, pág. 402 y sigs.).

(55) De nuevo ESTEBAN VELASCO aplaude la dinámica impuesta por el legislador para la Sociedad Limitada (consistente en permitir que los Estatutos puedan romper la pro-

dad anónima, tipo social de mayores dimensiones y mucho más impersonal en la relación entre los socios. Además, esta posibilidad sin duda redundaría de nuevo en excesos y malos usos societarios por parte de los grandes accionistas, maximizando así aun más la desprotección y posición de debilidad de los socios con menos recursos económicos (56). De esta forma y para la Sociedad Limitada, quizá el sentido lógico de la legislación impone y justifica la referencia literal del artículo 53.1 LSRL —precepto básico en cuanto a la adopción mayoritaria de acuerdos en Junta—, y consistente en que la mayoría se compone «de los votos validamente emitidos [...] *correspondientes* a las participaciones sociales en que se divida el capital social».

En cualquier caso, la doctrina es coincidente en considerar (si no se especifica nada en contra) que en sede de Sociedades Anónimas debe entenderse, en lo tocante a la votación que ha de conformar el acuerdo mayoritario, que a cada acción le corresponde un voto (57). Igualmente conviene mencionar que en la práctica societaria nacional, la gran mayoría de los Estatutos de las sociedades anónimas españolas suelen recoger también de forma explícita la atribución de un voto por cada acción (58).

porcionalidad entre voto y capital), ya que, según el autor, es necesaria para esta tipología de empresa «una regulación flexible y personalizada del derecho de voto» (ESTEBAN VELASCO, «Algunos aspectos relevantes de la regulación de la Junta General de los socios en la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, V. I, Valladolid, 1998, pág. 244).

(56) Vicios o subterfugios que también podrían darse, de hecho, en la Sociedad Limitada, tal y como apunta Rojo. Señala el autor que «el número de votos atribuidos a una sola participación no puede ser tan elevado que impida a los demás formar la mayoría social. Los Estatutos sociales pueden atribuir a una o varias participaciones un determinado número de votos, pero no pueden utilizar esta posibilidad para vaciar el principio mayoritario que constituye uno de los pocos “principios configuradores” de la sociedad de responsabilidad limitada (art. 122.2 LSRL). Si una sola participación atribuyera un número de votos igual o superior al de todas las demás participaciones, no existiría, en rigor, mayoría, sino que el titular de esa participación decidiría, siempre y en todo caso, la vida social» (Rojo, «El aumento del capital de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *Tratando de la Sociedad Limitada* (PAZ-ARES, coord.), Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pág. 824).

(57) Así parece opinar otra vez GIRÓN, quien establece que cuando una misma persona posee varias acciones, como ya se dijo, lo que técnicamente sucede es que se presenta una única declaración de voluntad multiplicada por el número de acciones que se posea (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, pág. 310). Igualmente BERGAMO, quien manifiesta que «la propiedad de una acción atribuye, normalmente, un puesto de socio. A cada puesto de socio corresponde, por regla general, un voto» (BERGAMO, *op. cit.*, pág. 414). En Alemania, al igual que en nuestro Derecho y a falta de tal precepto, las aseveraciones expresas de los artículos 2 y 134 de la *AktG* llevan a pensar inexorablemente, según BEZZENBERG, en el principio «one share-one vote» (BEZZENBERG, *Vorzugsaktien ohne Stimmrecht*, Colonia, 1991, *passim*). Vid. también ZÖLLNER/NOACK, «One share-one vote?», en *AG*, 1991, pág. 118 y sigs.

(58) Entre otros, Estatutos de ACERINOX, artículo 15; ACS, artículo 26; CORPORACIÓN MAPFRE, artículo 11; GAMESA, artículo 14; INDRA, artículo 19; BANCO

4. LAS POSIBLES EXCEPCIONES LEGALES A LA PROPORCIONALIDAD

Es necesario afirmar que los artículos de la LSA analizados presentan un carácter imperativo en la atribución proporcional del voto al capital poseído, con lo que la votación *intuitus pecuniae* adquiere una fuerza vinculante que no podrá ser quebrantada por los Estatutos de la sociedad, aunque también aparecen excepciones presentadas por la propia ley, a través de preceptos expresamente establecidos para ello. Ciertamente, y pese a que la aplicación en la ley española del principio *real* o *intuitus pecuniae* se interpreta de una forma severa, la propia ley pasa a moldear y limitar en distintas situaciones la atribución entre votos y capital poseído en algunos preceptos legales, ello con el fin de la ordenación y defensa de los diversos intereses en juego que concurren en las sociedades de capitales.

4.1. El artículo 105 LSA

Conforme a lo anteriormente expresado, se encuentra en el texto de la ley el ya nombrado artículo 105 LSA, donde se establece la posibilidad de que los Estatutos de la sociedad exijan la obligación de poseer una cierta cantidad de acciones para poder asistir y votar en las Juntas de Accionistas (art. 105.1 LSA). Igualmente y como ya se ha apuntado, el segundo apartado de ese mismo precepto (art. 105.2 LSA) permite imponer estatutariamente un número máximo de votos que pueda emitir un solo accionista, independientemente de la cantidad de capital social que posea. Ciertamente la implantación legal de este tipo de cláusulas ha sido frecuente en Derecho europeo (59), y

POPULAR, artículo 15; TELEFÓNICA, artículo 21.2; NH HOTELES, artículo 15; BBVA, artículo 31; BANKINTER, artículo 16; IBERDROLA, artículo 29.1, etc.

(59) Similar limitación al derecho de asistencia se encontraba en el antiguo artículo 165 de la Ley de Sociedades francesa de 1966 (Loi 66-537 du 24 juillet 1966), el cual establecía que «les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Plusieurs actionnaires peuvent se réunir pour atteindre le minimum prévu par les statuts et se faire représenter par l'un d'eux ou par le conjoint de l'un d'eux». En el Derecho alemán destaca el artículo 134.1 *AktG*, en relación al establecimiento de la emisión máxima de votos por parte de un mismo socio, posibilidad que la *KonTraG* derogó para las Sociedades Anónimas que no coticen en mercado de valores (vid. SCHNEIDER, «Gesetzliches Verbot für Stimmrechtsbeschränkungen bei der Aktiengesellschaft?», en *AG*, 1990, pág. 56 y sigs.). En general, el legislador alemán considera que tal medida no tiene sentido en la sociedad cotizada, configurándose dentro de la misma sólo como un instrumento y arma de defensa ante las tomas de control externas, con lo que procede por ello su derogación; ello además de para evitar cotizaciones dispares e ilusorias de los títulos en bolsa (vid., en este sentido, ADAMS/BAUMS, «Kontrolle und Transparenz in Großunternehmen. Stellungnahme für den Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages», en *AG*, 1997, págs. 21 y sigs.).

con ellas se pretende, por un lado, la agilización del funcionamiento de la Junta (que podría ser inviable si asistieran todos los accionistas de la sociedad) (60), y por otro, que los grandes accionistas acaparen todos los derechos de voto al poseer la mayor parte del capital social.

Si bien es cierto que la imposición de cláusulas limitativas del derecho de voto en los Estatutos de las Sociedades Anónimas es relativamente frecuente, esta práctica no ha dejado de recibir críticas por parte de la doctrina (61). Se critica, por un lado, la necesidad fáctica de agruparse que imponen a los pequeños socios las limitaciones del artículo 105.1 LSA (con el consabido gasto y coste anexo a tal circunstancia), amén de que el socio absentista ya lo es por definición sin necesidad de recurrir a tal selección por parte de la ley (62). Por otra parte, se argumenta que la limitación del artículo 105.2, en relación a prohibir el voto máximo de un mismo accionista —o sociedades pertenecientes a un mismo grupo—, no cumplen su objetivo ya que fácilmente pueden burlarse con la actuación de testaferros, configurándose por tanto y realmente tales cláusulas como un medio de evitar los grupos de control la toma del poder por parte de inversores externos (lejos de proteger al pequeño accionista como sería su función original), o una evitación discrecional de la asistencia a la Junta de los socios individuales, propensos a la impugnación (63).

(60) Así opinan, entre otros, URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (*op. cit.*, pág. 184). Vid., también, STS de 25 de septiembre de 1996 (R. 6441).

(61) Efectivamente, no parece muy afortunado, por parte del legislador, establecer la posibilidad de exigir un mínimo de acciones para asistir a la Junta, pues si lo que se quiere es evitar aglomeraciones en la Asamblea con accionistas poco interesados, el absentismo actual en las grandes sociedades ya se encarga por sí solo de ello. Generalmente un accionista desinteresado es absentista por sí mismo (como la experiencia ha demostrado), con lo que este precepto puede estar fomentando aún más la no asistencia y desidia del pequeño socio. En este sentido parece alinearse el derecho comunitario proyectado, dado que la Propuesta de la V Directiva no admite la posibilidad de subordinar la asistencia en Junta a la posesión de un número mínimo de acciones [art. 26], con lo que de mantenerse ese precepto y entrar en vigor tal norma en un futuro, nuestro ordenamiento debería modificarse en ese sentido (vid., por todos, ESTEBAN VELASCO, «La estructura de las Sociedades Anónimas en el Derecho Comunitario (El proyecto modificado de Quinta Directiva)», en *CDC*, núm. 5, Madrid, 1989, pág. 231 y sigs.).

(62) Vid., por todos, JUSTE MENCIA, quien señala que cierta doctrina ha considerado a estas cláusulas como la atribución legal de un voto por cuotas, dada la necesidad fáctica de agruparse (sigue el autor aquí a SÁNCHEZ ANDRÉS, «La acción y los derechos del accionista», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, T. IV, vol. 1, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 153). No obstante, el propio JUSTE indica que tal circunstancia —voto por cuotas— tampoco afectaría a la proporcionalidad prescrita por la ley, sin dejar de ser cierto que la imposición de estas cláusulas exigen mayor inversión para poder votar y más gastos al ser necesario proceder a la agrupación (JUSTE MENCIA, «Los derechos de minoría...», *op. cit.*, págs. 173, 175 y 177).

(63) En la práctica societaria —sobre todo en las Sociedades Anónimas abiertas—, efectivamente se utilizan adulteradamente estas cláusulas como un medio de protección de los grandes grupos (normalmente minoritarios con respecto al resto del accionariado), para

En lo que respecta técnicamente a la exigencia —estatutaria— de un número mínimo de acciones para emitir el voto (art. 105.1 LSA), hay que señalar que la doctrina tiende a opinar que la alteración que esta situación supone en la proporcionalidad —entre el capital y el voto— es una circunstancia más bien coyuntural, y la importancia radica en que esa modificación no altere la *igualdad de trato* entre los socios, siempre que, *de facto*, se exija la limitación para todas las acciones «cualquiera que sea su clase o serie», tal y como expresa la ley (64). En este sentido, hay que recordar que legalmente se contempla para a los socios que no posean suficiente capital la posibilidad de agruparse, ello parte de que en ningún caso, el número exigido por la ley puede ser superior al uno por mil del capital social (65). Por contra y en lo que respecta al artículo 105.2 (limitación máxima del número de votos pertenecientes a un mismo socio), sí podría constituirse este supuesto como una alteración directa de la proporcionalidad entre voto y capital social poseído, además de una alteración de la paridad de trato, pues no existe aquí el recurso a la agrupación.

Realmente y en un nivel general, las limitaciones al voto planteadas, conforme al texto del artículo 105 LSA, sí parecen constituir *matemáticamente* una alteración del principio de proporcionalidad (66), por lo que quizá hubiera sido más deseable una redacción legal del actual artículo 50.2 LSA parecida a la que se recogía en el artículo 38 LSA de 1951, en donde se especificaba que lo prohibido técnicamente era la *creación de acciones de voto*

la toma de control de inversores o grupos ajenos (vid., entre otros, SÁNCHEZ ANDRÉS, «Las cláusulas de blindaje societario, con especial referencia a las sociedades cotizadas», en *AAMN*, XXXIII, 1994, págs. 46 y 47; y RECALDE CASTELLS, «Limitaciones máximas al derecho de voto de un accionista», en *RDBB*, 1993, pág. 887 y sigs.). A efectos de luchar contra esta práctica, se promulgó en Derecho Comunitario la Directiva de 21 de abril de 2004 (DUE de 30 de abril de 2004), la cual deja sin efecto el contenido de tales cláusulas en los casos de presentaciones válidas de OPA.

(64) Es interesante aquí mencionar el argumento de ECHEBARRÍA en torno al distinto valor de los títulos, aunque en referencia a la sociedad limitada; expresa el autor que: «la desigualdad nominal o sustantiva de las participaciones abre ciertamente el camino a la ruptura de la igualdad formal (Gleichtheit), pero en modo alguno a la desigualdad de trato conforme a las reglas contractuales libremente asumidas por las partes (Gleichbehandlung)» (ECHEBARRÍA SÁENZ, «Participaciones con voto privilegiado...», *op. cit.*, pág. 195).

(65) En este sentido parecen URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS (*op. cit.*, pág. 187). Sin embargo GIRÓN expresa que la existencia de estas facultades estatutarias son auténticamente una rotura del principio de proporcionalidad entre voto y fracción de capital poseída, aunque reconoce el autor que no por ello deben afectar al derecho de los accionistas a agruparse, y en general a una posible derogación del derecho de voto. Señala así el mismo autor que: «el accionista tiene derecho a influir en los acuerdos, agrupándose; es decir, se limita la manera de influir pero no el derecho mismo de influir, queda así claro que los artículos mencionados rompen con la proporcionalidad entre voto y acción, pero no con el carácter inderogable del derecho de voto» (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, pág. 206).

(66) Ver de nuevo GIRÓN, que califica directamente a los supuestos del artículo 105 LSA como «excepciones» a la proporcionalidad general de la ley (GIRÓN TENA, *ibidem*, pág. 208).

plural, o dicho de otra forma, la prohibición concreta de poseer *más votos que acciones* para un mismo socio —y sus títulos—, refiriéndose y contemplándose además (en el mismo precepto) la permisividad en la fijación estatutaria de un número máximo de votos a emitir por el mismo socio, o la posesión mínima de una cantidad de acciones para asistir a la Junta y votar en ella. Por ello y en la situación actual, es preocupante que la prohibición del nombrado artículo 50.2 LSA (quizá demasiado amplia en su ámbito de aplicación) pudiera llevar incluso a concebir, en una interpretación estricta, la incompatibilidad de aquel artículo con el 105 LSA, siendo aconsejable de *lege ferenda* un cambio de redacción de aquel precepto.

Ciertamente se debería especificar más técnicamente en el actual artículo 50 LSA (bajo un tenor similar al art. 38 de la anterior Ley) que lo prohibido son las acciones de *voto plural* o títulos que otorguen más votos que la proporción al capital poseído, y no otros supuestos como la posibilidad de establecer limitaciones estatutarias al voto (67).

En general, las facultades estatutarias basadas en el artículo 105 LSA deberían considerarse lícitas y válidas, siempre que no se utilizasen como subterfugios para acometer una violación directa y dolosa del principio *intuitus pecuniae*, planteando en la práctica situaciones como el funcionamiento fáctico del principio *viril* en detrimento del *real*. Así sucedería, por ejemplo, si con base en el artículo 105.2 se implantara, de hecho, un voto «por cabezas» imponiendo, por ejemplo, la limitación a todos los accionistas de la sociedad de emitir, como máximo, un voto (68). Igualmente sería ilícito establecer, con base en el mismo precepto, un voto «decreciente» en proporción a la cifra de capital social poseído por cada socio, maniobras quizá concebi-

(67) Así opina EMBID, quien insinúa que los artículos 50.2 LSA y 105 LSA en una interpretación rigurosa de la ley quizá pudieran ser incompatibles, con lo que sería deseable, según el autor, «matizar la fórmula utilizada en el artículo 50.2, indicando que la infracción de la proporcionalidad entre capital y voto en ella prohibida es la que conduce a obtener más votos que acciones. Esta frase traduce, con sencillez, lo que constituye la esencia del voto plural, supuesto estrictamente prohibido en nuestro Derecho; no lo están, en cambio, la supresión plena del derecho de voto (acciones sin voto) o su limitación por debajo del número teórico que proporcionaría el capital poseído por el accionista», todo ello por tanto, acercándose así a la redacción más adecuada de la LSA de 1951 en su artículo 38 (EMBID IRUJO, «El voto plural...», *op. cit.*, pág. 693). Véase otra vez la Disposición Transitoria 7.^a de la LSA de 1951, que calificaba como acción de voto plural a la que «derogase» el principio de proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto.

(68) Véase aquí GIRÓN, quien afirma, en lo referente a la posible limitación estatutaria de un número máximo de votos que pueda emitir cada socio, que cualquier limitación debe considerarse lícita, aunque parece más bien referirse el autor a la autorización gubernativa que la sociedad anónima alemana necesitaba para implantar tal cláusula en los Estatutos (*Durchführungsverordnung*), en virtud de la obligación prescrita en el artículo 114.1 de la *AktG* de 1937. Sin embargo, matiza también el mismo autor que esta liberalidad no debe servir para hacer mutar el principio real en principio personal (esto es, voto por cabezas), pues una maniobra de este tipo «deformaría la estructura de la SA» (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, págs. 208 y 209).

bles por algunas sociedades, observando, otra vez, el texto relativamente genérico e indeterminado del artículo 105. 2 LSA (69).

Así pues y en cuanto al posible advenimiento de operativas de ese estilo (votos decrecientes o por escala), pese a lo indeterminado de la redacción del artículo 105.2 LSA (y pese a existir también precedentes en Derecho europeo) (70), deben considerarse en todo caso proscritas en nuestro Derecho las cláusulas estatutarias que acojan tales técnicas, configurándose posiblemente tales supuestos como fraude de ley (71).

4.2. *Acciones sin voto y acciones pertenecientes a socios morosos*

Es preciso ahora analizar, en la misma sede, si la existencia de títulos privados del derecho de voto, como las acciones sin voto o las acciones pertenecientes a socios morosos, pueden suponer una alteración de la proporcionalidad general recogida en la LSA.

En términos societarios, las acciones sin voto tienen su origen y fundamento en la existencia de una peculiar clase de accionistas en la realidad de la empresa, esto es, en la participación de socios simplemente inversores, que no están interesados en la gestión y marcha de la sociedad y que sólo preten-

(69) Ciertamente, ni la LSA ni el RRM indican cómo debe procederse técnicamente dentro de la regulación estatutaria en el planteamiento de las cláusulas *ex* artículo 105 LSA, circunstancia de la que se percata CHULIÁ. Dice así el autor que: «La ley no dice de qué modo puede fijarse el número máximo de votos que pueden emitirse. Puede hacerse: a) Fijando un solo voto a un cierto número de acciones (el CS portugués, que exige que se imponga con carácter general y reconociendo un voto al menos por cada 20.000 escudos (de capital); b) fijando un número máximo de votos por encima del cual no serán computados más votos a un accionista o sociedades de un mismo grupo; c) fijando un porcentaje máximo de votos del capital presente y representado que podrán emitirse en la concreta junta [...]; d) fijando un voto decreciente, en relación con el porcentaje de participación en el capital social» (VICENT CHULIÁ, «Compendio crítico...», *op. cit.*, pág. 514).

(70) Véase así el artículo 2.351, párrafo 3.º, del *Codice Civile* italiano, el cual permite que los Estatutos planteen un sistema de «voto scalare» para las sociedades no cotizadas, consistente en imponer un voto proporcional y decreciente por tramos aplicable a cada accionista que posea más de un derecho de voto. Expresa así dicho precepto que «lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere che, in relazione alla quantità di azioni possedute da uno stesso soggetto, il diritto di voto sia limitato ad una misura massima o disporre scaglionamenti». Véase, para el voto «scalare» en Derecho italiano, MADINA, mencionando doctrina de aquel país (MADINA, *op. cit.*, pág. 285, nota 121).

(71) De nuevo véase GIRÓN, quien pone ejemplos de deformaciones ilícitas del contenido de las hipotéticas limitaciones estatutarias de este tenor, como serían las posibles combinaciones de los Estatutos que exigiesen un número mínimo de acciones que, una vez satisfecho, haga renacer el voto por cada acción, otorgando, por el contrario y en cambio, para las acciones agrupadas un voto por cada grupo (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, pág. 208). Vid., igualmente, STSS de 5 de noviembre de 1990 y de 30 de abril de 1999.

den una revalorización rápida de su título (así como la percepción periódica de dividendos) (72). Las acciones sin voto, evidentemente, no conceden al socio la posibilidad de emitir los votos que le corresponderían —en virtud de su cuota de capital social— en la Junta General de Accionistas, compensándose al mismo por esa circunstancia con ventajas económicas. Amplios y variados estudios doctrinales existen sobre esta clase de títulos, por lo que simplemente aquí expresaremos que en realidad, más que plantearse en este supuesto una alteración entre capital poseído y derecho de voto, en este tipo de títulos se produce más bien una *supresión* del mismo (73). Así pues, la existencia de las acciones sin voto globalmente considerada, sí puede suponer una alteración de la proporcionalidad general o *genérica* entre derecho de voto y capital poseído, pero no en una rotura en sentido *técnico*, en cuanto a que (debido a su no participación y carencia del derecho de voto) no participan ni en la tasa porcentual ni en el montante de referencia para el cómputo de la mayoría en las votaciones.

La misma situación descrita sucederá en otros casos similares de suspensión del derecho de voto, como la bien conocida prohibición legal de emitir voto a los socios cuyas acciones se hallen en mora en el pago de los dividendos pasivos, conforme a lo prescrito en el artículo 44.1 LSA.

Nótese sin embargo que las acciones sin voto recuperan legalmente este derecho en el supuesto recogido en el artículo 91.2 *in fine* de la LSA, esto es, cuando una reducción de capital social por pérdidas se hubieran amortizado todas las acciones ordinarias, todo ello durante el tiempo que medie «hasta que se restablezca la proporción prevista legalmente con las acciones ordinarias» (74). Igualmente hemos de percatarnos de que los socios morosos recuperarán su derecho de voto cuando depositen los dividendos pasivos pendientes (75), por lo que en dichos supuestos de recuperación del voto, lógicamente también participarán estos títulos tanto en la tasa porcentual como en

(72) Vid., por todos, PORFIRIO CARPIO, *Las acciones sin voto en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1991.

(73) Tal y como expresa ALBORCH BATALLER, «estas acciones suponen fundamentalmente la derogación del carácter esencial del derecho de voto» (ALBORCH BATALLER, «El derecho de voto del accionista...», *op. cit.*, pág. 176). Así también, EMBID, quien habla para este caso de «supresión plena» (EMBID IRUJO, «El voto plural...», *op. cit.*, pág. 693).

(74) Lo mismo sucede en Alemania con «las acciones preferentes», que pueden obtener derecho de voto en ciertas ocasiones, como sucede en el artículo 140 de la *AktG*. Dicho artículo reconoce el derecho a emitir votos para estos títulos cuando no se hubiera pagado *dividendos* a sus propietarios por parte de la Junta en dos años consecutivos. Vid., entre otros, GÓMEZ MENDOZA, «Derechos patrimoniales del accionista sin voto», en *CDC*, núm. 7, Madrid, 1990, pág. 27 y sigs.; igualmente MENÉNDEZ y BELTRÁN, «Las acciones sin voto», en *RdM*, Madrid, 1989, pág. 38 y sigs.

(75) Destaca aquí el contenido del artículo 134.2 de la *AktG* alemana, que plantea la misma suspensión del derecho de voto para los socios morosos, pero permite que los estatutos admitan un voto proporcional —y aumentativo— en el tiempo, a la par que se vaya depositando la parte debida de los dividendos pasivos.

el montante de referencia; en este último caso las acciones pertenecientes a socios morosos no serán motivo u objeto de alteración de la proporcionalidad —en el cómputo de la mayoría—, ni siquiera en sentido genérico.

4.3. *La existencia de diferentes series de acciones*

Debe igualmente decirse que no rompe la proporcionalidad entre voto y capital (a la hora de conformar la mayoría para la aprobación de acuerdos) la creación de distintas *series* de acciones de distinto valor nominal, siempre que la ley respete la proporcionalidad entre dicho valor nominal y la atribución de voto *entre las acciones pertenecientes a la misma serie* (como efectivamente sucede en la LSA española). Así parece deducirse del texto del artículo 49.2 LSA, el cual establece que: «cuando dentro de una clase se constituyan varias series de acciones, todas las que integren una serie deberán tener igual valor nominal». En este caso, la doctrina normalmente opina que técnicamente no se está violando el principio proporcional, pues ésta se sigue respetando en *cómputo global* (76).

Efectivamente, aun con la existencia de acciones de distintas series, cuando éstas sean diferentes en valor nominal con respecto a otras pero iguales dentro de su propia serie, se puede seguir respetando *matemáticamente* la proporción dentro de la votación en la Asamblea. Nótese así que de manera expresa se requiere en la LSA que la Lista de Asistentes exprese el carácter o representación de cada uno de los accionistas, y «el número de acciones propias o ajenas con que concurren» (art. 111.1 LSA); circunstancia que unida a lo prescrito en el artículo 111.2 (donde se exige que al final de la propia lista conste «el importe del capital [—global y conjunto—] del que sean titulares, especificando el que corresponde a los accionistas con derecho de voto»), parece implicar un cálculo proporcional entre el valor —nominal— y los votos de los accionistas a la hora de conformar la mayoría, en *cómputo global*.

Igualmente y ante la existencia de distintas series, si no se distingue legalmente en el escrutinio entre acciones de un valor nominal u otro (o de una clase u otra), como parece suceder en la LSA española —que carece de mención al respecto—, la igualdad de trato entre los accionistas tampoco debería verse afectada (77).

(76) GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas», *op. cit.*, pág. 207.

(77) Véase así GIRÓN, quien opinaba que conforme al dictado de la Ley (hablando de la antigua LSA de 1951), en lo que a acciones pertenecientes a distintas series se refiere y en concordancia con el Anteproyecto, se «mantiene el criterio de la acción como parte de capital para hacer la discriminación», y además se respeta la proporción en la votación conforme al capital social en las nuevas cantidades, pues si se hubiera llegado a equiparar

V. LA FÁCTICA «MAYORÍA DE VOTOS» CORRESPONDIENTES AL CAPITAL DENTRO DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expresado y en lo que a estos efectos más interesa, las excepciones legales vistas entre capital y atribución proporcional de voto (consentidas o prescritas en casos específicos por la propia ley) nos llevan a promulgar que la mayoría para la adopción de acuerdos en la Junta General de Accionistas de la Sociedad Anónima no es *estrictamente* una *mayoría real* o *mayoría de capitales*, sino que asistimos más bien a una «mayoría de votos» (78).

Efectivamente, no puede decirse con propiedad que exista en la Sociedad Anónima una mayoría de capitales, ni siquiera una «mayoría de acciones», pues aunque la propuesta de acuerdo —del Orden del Día— no hubiera acaparado *numéricamente* la mayor cantidad de acciones o títulos en su favor, de nuevo las posibles cláusulas estatutarias, *ex* artículo 105 LSA, pueden propiciar que la misma propuesta obtuviera más votos, y convertirse en acuerdo social (79).

De esta forma, la mayoría no se conforma estrictamente procediendo de la cantidad de capital poseído por cada socio, sino con base a los votos que

el mismo poder de voto para acciones de distinto valor económico (esto es, distinto valor nominal) se estaría atentando contra el principio de igualdad de trato, cosa que no sucede. Señala así el autor que: «[...] uniendo a este dato que la ruptura es sólo excepcional y una nueva excepción sería equiparar en el voto de acciones de distinto valor nominal, hay que concluir que, entre ellas, ha de atribuirse el voto en proporción a la relación que guardan entre sí» (GIRÓN TENA, «Derecho de Sociedades Anónimas...», *op. cit.*, pág. 207). Con la expresión «entre sí» se refiere de otra vez el mismo autor a la atribución proporcional de votos dentro de la misma serie y no entre distintas series.

(78) Vid., por todos y de nuevo PALA, quien afirma que: «el Derecho español, por lo que se refiere a la Junta de Accionistas, adopta como norma general la mayoría de intereses, de acuerdo con el principio de la proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto; pero de ahí no se sigue que pueda en cualquier caso considerarse integrado el término de referencia por el valor o el número de las acciones, porque cuando se limita el número de votos que pueden corresponder a un mismo accionista, o se determina que a cada cierto número de acciones corresponde un voto (suponiendo que tal restricción estatutaria sea válida) la mayoría legal puede no coincidir con la mayoría de acciones o intereses» (PALA BERDEJO, «El cómputo de la mayoría...», *op. cit.*, pág. 43).

(79) Así POLO SÁNCHEZ, quien expresa, en relación a la LSA de 1951, que «la mitad más una de las acciones sólo coincidirá con la mitad más uno de los votos en los casos en que cada acción atribuya a su titular un voto, pero no en los cada vez más frecuentes supuestos en que, conforme con lo previsto en los artículos 38 y 39 de la LSA, se haya dispuesto en los Estatutos que para ejercitar el derecho de voto será precisa la posesión de un número mínimo determinado de acciones» (POLO SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre el régimen de *quorums* y mayorías en los órganos colegiados de la Sociedad Anónima», en *RdM*, 1973, pág. 216). Vid. también PALA, quien en relación otra vez a los preceptos de la LSA de 1951 que mencionaban a la «mayoría de acciones» (art. 85 y art. 100), señala que más bien «se trata, exactamente, de los votos correspondientes a las mismas» (PALA BERDEJO, «El cómputo de la mayoría...», *op. cit.*, pág. 57).

aquel capital les otorga —conforme a los diferentes preceptos de la ley—. Dicho en otras palabras, en la Sociedad Anónima la mayoría que establece el artículo 93 LSA pasa a convertirse de una *mayoría de capitales* a una *mayoría de votos*, correspondientes estos últimos sólo en parte de manera estrictamente proporcional al capital poseído por cada socio, ello debido a ciertas excepciones que impone la propia ley en algunos artículos (80). Esta circunstancia ha propiciado que la doctrina dude en calificar a la «mayoría de capitales» como uno de los principios configuradores de la Sociedad Anónima (inserto en el art. 10 LSA) (81).

Es por ello que probablemente legislaciones de nuestro entorno han hecho mención expresa a la «mayoría de votos» dentro de los preceptos relativos al cómputo de la mayoría. Destaca así el artículo 225-98 del Código de Comercio francés, expresando este artículo que la Asamblea General Ordinaria toma sus decisiones «por mayoría de los votos [*à la majorité des voix*] de que dispongan los accionistas presentes o representados» (82). No obstante y en esta tesitura, ciertamente hay que decir que el *Code du Commerce* también permite la posibilidad de crear acciones de voto doble (83). Casi aún más lograda,

(80) A la conclusión de que estamos ante una «mayoría de votos» también parecen llegar URÍA, MENÉNDEZ y MUÑOZ PLANAS, pues expresan estos autores de forma aseverativa que «las decisiones de las juntas con más de un socio se toman por *mayoría de votos*» (URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS, *op. cit.*, pág. 26). Añaden además estos autores que «a nuestro juicio, ha de entenderse que será suficiente la mitad más uno de los *votos correspondientes a las acciones* presentes en la junta para que ésta pueda tomar acuerdo válido» [las cursivas son nuestras] (URÍA, MENÉNDEZ, MUÑOZ PLANAS, *ibidem*).

(81) Véase, otra vez, EMBID, quien opina que «la correlación estricta entre titularidad de acciones y número de derechos de voto para el accionista, sufre, en nuestro siglo, diferentes matizaciones que hacen dudar de que constituya, en lo esencial, una característica fundamental de la Sociedad Anónima» (EMBID IRUJO, «El voto plural...», *op. cit.*, pág. 691). Nótese que otros ordenamientos europeos sí han llegado a establecer aseveraciones de la mayoría de capitales cercanas a su consideración como principio básico. Así, la ley francesa de 1933 consideraba la regla de la proporcionalidad entre votos y acciones suscritas como de *orden público*, reafirmando posteriormente esta idea el artículo 174 de la Ley de Sociedades Comerciales de 1966.

(82) La expresión de *à la majorité des voix* ya era utilizada por el ordenamiento societario francés en el artículo 155 de la Ley sobre las Sociedades Comerciales de 24 de julio de 1966, e incluso en el artículo 28 de la Ley francesa de Sociedades de 24 de julio de 1867.

(83) Efectivamente, el artículo 225-123 del *Code du Commerce* permite crear acciones de voto doble —por medio de los Estatutos o una Asamblea extraordinaria ulterior— a todas las acciones totalmente desembolsadas para las que se presente una inscripción nominativa de al menos dos años de antigüedad a nombre del mismo accionista. En el mismo sentido, el precepto señalado permite además, en caso de ampliación de capital por incorporación de reservas, beneficios o primas de emisión, atribuir un derecho de voto doble —desde su emisión— a las acciones nominativas adjudicadas gratuitamente a un accionista en razón a acciones antiguas que se hubieran beneficiado de este derecho. Por último, el artículo matiza que tal beneficio (voto doble) podrá reservarse sólo a los accionistas de nacionalidad francesa, ciudadanos de la UE, o de un Estado que hubiera suscrito el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo.

en el sentido antedicho, es la redacción del Código de las Obligaciones suizo, en cuanto se que requiere expresamente para la adopción de acuerdos de la Asamblea de socios un tipo concreto de mayoría —mayoría absoluta—, que será además mayoría *de votos y atribuidos* a las acciones pertenecientes a los socios. Así, se establece en el artículo 703 del Código Federal de las Obligaciones que: «la Junta General adoptará sus decisiones y elecciones salvo que la ley o los estatutos dispongan otra cosa, por mayoría absoluta de los *votos atribuidos* a las acciones representadas» (84).

Así pues, valga como corolario decir que para la adopción de acuerdos en la Junta de Accionistas de la Sociedad Anónima, la LSA española propone una mayoría *real* —y no viril—, basada en la posesión económica de cada accionista de parte del capital social; mayoría real que en la práctica se traduce en una «mayoría de votos», pues ciertos preceptos legales excepcionan la atribución directa entre cuota de capital social poseído y cantidad de votos que el socio puede emitir, lo cual, lógicamente, repercute a efectos de conformar la mayoría. Siendo por tanto la proporción no exacta o idéntica, de nuevo, puede decirse que en esta sede la mayoría real o de capitales pasa a ser una «mayoría de votos», eso sí, *correspondientes* al capital social poseído (85); expresión esta última que, como se ha visto, también utilizaba la LSRL en su artículo 53 (86).

(84) En Italia, el artículo 2.368 del *Codice Civile* no habla de «mayoría de votos atribuidos» para los asuntos de la Asamblea Ordinaria (en primera convocatoria), pero para los acuerdos de la Asamblea Extraordinaria el mismo Código usa la siguiente expresión: «L'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di tanti soci *che rappresentino più della metà del capitale sociale...*», de manera que acordar «con el voto favorable de socios que representen...» puede significar también una *mayoría de votos* atribuidos al capital en la práctica. En el artículo 2.369 el *Codice Civile* vuelve a usar la expresión «voto favorable», pero ahora «...de al menos los dos tercios el capital *representado* en la Asamblea», ello para la Asamblea Extraordinaria (aunque en segunda convocatoria) con un tenor parecido al Código de las Obligaciones suizo.

(85) Vid., de nuevo, PALA BERDEJO («El cómputo de la mayoría...», *op. cit.*, pág. 72), y STS de 1 de julio de 1961.

(86) Vid. ROJO, en referencia al supuesto del acuerdo mayoritario de la Junta de la SL que modifique los Estatutos. Señala este autor que el texto final del artículo 53.1 de la Ley sustituyó la mención «al capital social» que hacía el Anteproyecto por la referencia a «votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social», que efectivamente realizan tanto el artículo 53.1 como el 53.2 (en sus dos apartados) de la misma ley. Ello, según el autor, debido a «la voladura controlada» del antiguo principio de proporcionalidad e igualdad de las participaciones sociales. Expresa así, de nuevo el mismo autor, que «al eliminar el carácter absoluto del principio “una participación, un voto”, permitiendo que las participaciones puedan atribuir más de uno, la adopción del acuerdo de aumento se desvincula del parámetro del capital social para vincularse al parámetro del número de votos, cualquiera que sea el porcentaje que representen» (ROJO, «El aumento del capital...», *op. cit.*, pág. 823).

RESUMEN

SOCIEDAD ANÓNIMA
JUNTA DE ACCIONISTAS.
MAYORÍA

Pese a la indeterminación del artículo 93 de la Ley de Sociedades Anónimas (Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) existen diferentes preceptos en el articulado de la ley que permiten afirmar que en sede de Sociedades Anónimas y para los acuerdos de la Junta de Accionistas, las mayorías son de capital y no de personas. Efectivamente, para la adopción de acuerdos dentro de la Asamblea de socios, los accionistas podrán sumar a la mayoría, en mayor o menor medida, dependiendo de su cuota de participación económica en la sociedad. Todo ello se deriva de una severa imposición legal de proporcionalidad entre el capital —o la cantidad de capital social— poseído por cada socio y el número de votos que este último podrá emitir en la votación, a efectos de conformar la mayoría para la adopción de acuerdos.

La doctrina suele denominar a esta coyuntura «mayoría económica», «mayoría real», o mayoría «de capitales», en contra de la mayoría formada por personas o socios, es decir, la denominada mayoría «viril». No obstante y en el caso concreto de la LSA española, tal situación se ve mediatizada por la existencia de algunos eventos societarios que podrían moderar o matizar la estricta proporcionalidad entre número de votos a emitir en Junta y cantidad de capital social poseído. Aparecen así las prohibiciones estatutarias relativas a emitir un número máximo de votos para el mismo accionista en ciertos casos —derivadas del art. 105 LSA—, la existencia de diferentes series de acciones, o la habitual imposibilidad de emitir voto por parte de algunos títulos (acciones sin voto, o acciones pertenecientes a socios morosos).

ABSTRACT

CORPORATIONS
SHAREHOLDERS' MEETING.
MAJORITY

Despite the fuzziness of section 93 of the Corporations Act (Legislative Decree 1564/1989 of 22 December), there are different portions of the act that support the affirmation that in corporations and for shareholders' resolutions, «majority» means a majority of capital, not of persons. Indeed, for resolutions made at a shareholders' meeting, the weight that a shareholder lends to or withholds from the majority depends on that shareholder's economic interest in the company. These things all stem from a severe legal imposition whereby the capital (or the quantity of share capital) held by each shareholder must be proportional to the number of votes the shareholder may give to or withhold from the majority in the resolution process.

Doctrine usually terms this circumstance the «economic majority», the «real majority» or the «majority of capital», as opposed to the majority made up of persons or shareholders, i.e., the «majority of men». Nevertheless, in the particular case of Spain's Corporations Act, the majority is affected by the existence of certain events that may shift or colour the strict proportionality between the number of votes given at the shareholders' meetings and the amount of share capital held. Prohibitions of this sort appear in company by-laws, placing a ceiling on the number of votes a single shareholder has in certain cases (under the Corporations Act, section 105), creating different series of shares or, as is customary, denying voting rights to certain types of shares (non-voting stock or shares belonging to delinquent shareholders).

De esta forma y en puridad, para la adopción de acuerdos en la Junta de Accionistas de la Sociedad Anónima, la LSA española propone una mayoría real —y no viril—, basada en la posesión económica de cada accionista de parte del capital social; mayoría real que en la práctica se traduce en una «mayoría de votos», pues ciertos preceptos legales excepcionan la atribución directa entre cuota de capital social poseído y cantidad de votos que el socio puede emitir, lo cual, lógicamente, repercute a efectos de conformar la mayoría. Siendo, por tanto, la proporción no exacta o idéntica, debe decirse con propiedad que en esta sede la mayoría real o de capitales pasa a ser una «mayoría de votos», correspondientes sólo en parte al capital social poseído por los socios.

In this fashion and in all purity, in order for resolutions to be made by shareholders in a corporation, the Spanish Corporations Act proposes a real majority, not a majority of men, but a majority based on each shareholder's economic possession of part of the share capital. In practice this real majority is the same as a majority of votes, as certain laws exclude the direct correlation between share capital held and the number of votes a shareholder may give, which logically has a repercussion in terms of counting the majority. As therefore the proportion is not exact or identical, it must be said for accuracy's sake that in a corporation the real or capital majority becomes a «majority of votes» corresponding only in part to the share capital held by the shareholders.

La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad

por

INMACULADA VIVAS TESÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. NOTA INTRODUCTORIA.
- II. EXIGENCIA DE FORMA SOLEMNE EN UN SISTEMA TENDENCIALMENTE CONSENSUALISTA:
 1. EL PRINCIPIO *SOLUS CONSENSUS OBLIGAT*.
 2. LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE JURÍDICAMENTE A TÍTULO GRATUITO.
 3. DE RELACIÓN DE CORTESÍA A DONACIÓN JURÍDICAMENTE EXIGIBLE.
 4. LA FORMA *AD SOLEMNITATEM* COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA DONACIÓN.
 5. LA PROMESA DE DONACIÓN REALIZADA EN CONVENIO REGULADOR HOMOLOGADO JUDICIALMENTE.
- III. LA FORMA SOLEMNE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO:
 1. LA APORTACIÓN (ORIGINARIA Y SUCESIVA) AL PATRIMONIO PROTEGIDO ES UN ACTO SOLEMNE.
 2. UNA DESEABLE ATENUACIÓN DEL RIGOR FORMAL.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Si existe un sector de la población (alrededor de un 8,5 por 100, es decir, más de 3,8 millones de personas residentes en hogares españoles) (1) que

(1) Datos extraídos de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia —EDAD— del Instituto Nacional de Estadística, publicada en noviembre de 2008. Interesante es, asimismo, la consulta de JIMÉNEZ LARA, A./HUETE GARCÍA,

sufre y necesita de la ayuda y apoyo de todos, éste es, sin lugar a dudas, el de las personas con discapacidad (menores, medianas y, muy especialmente, mayores, teniéndose en cuenta el progresivo envejecimiento demográfico de nuestro país) (2) y, no se olvide, el de sus familiares (cifra esta absolutamente desconocida), quienes viven con enorme angustia y preocupación el presente y futuro de sus seres queridos.

Partiendo de esta indiscutible premisa, hasta hace poco tiempo, el legislador civil sólo contemplaba como medidas jurídicas protectoras de las personas con discapacidad, de un lado, la incapacitación judicial (3) de la persona y el consiguiente sometimiento a un régimen de guarda como único instrumento jurídico tuitivo de la persona y/o de su patrimonio, pero dicha institución, como ha quedado largamente demostrado, no se ajusta plenamente a todas y cada una de las situaciones en las cuales puede encontrarse una persona con discapacidad, no siendo el mejor modo de dotarla de protección legal; de otro, la impugnación de la validez de los actos jurídicos celebrados por una persona vulnerable jurídicamente, esto es, una protección no preventiva, sino *a posteriori*.

Afortunadamente, el legislador se ha dado cuenta de todo ello (*¿no siempre sucede!*) de ahí que, en los últimos años, desde 2003 (declarado *Año Europeo de las personas con discapacidad*, por Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001) (4), nos haya obsequiado, en cumplimiento del deber

A., *Los discapacitados en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003.

(2) Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.), *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Dilex, Barcelona, 2002; ALONSO PÉREZ, M./MARTÍNEZ GALLEGU, E. M.^a/REGUERO CELADA, J. (coords.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, y LASARTE ÁLVAREZ, C./MORETÓN SANZ, M.^a F./LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.

(3) Preferimos ver la incapacitación en términos positivos como una forma de *capacitación*, expresión muy gráfica utilizada, con gran acierto, en ÁLVAREZ LATA, N./SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, A Coruña, 1999, pág. 141. En este sentido es preciso destacar que la reciente Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre 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, establece, en su Disposición Final 1.^a, que: «*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley —la cual ha tenido una vacatio legis de tres meses desde su publicación—, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*». En estos momentos nos encontramos a la espera.

(4) DOCE, Serie L, núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.

de los poderes públicos, de amparar los derechos fundamentales y las libertades públicas de estos ciudadanos en situación de vulnerabilidad social que impone el artículo 49 de la Constitución de 1978 (5), con una profusa normativa con el fin de garantizar una mayor y mejor calidad de vida a las personas con discapacidad a través de medidas jurídicas que permitan brindarles autonomía y bienestar económicos.

La reciente ratificación (6), por parte de España, de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y de su Protocolo Facultativo) (7) confirma su sólido compromiso por promover la plena integración de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad, garantizando plenamente sus derechos.

Dicho Tratado Internacional constituye, sin lugar a dudas, un hito legislativo (y, añadiríamos, sociocultural) de enorme repercusión que, a nuestro juicio, supone un punto de inflexión al marcar un antes y un después, pues viene a cambiar radicalmente el panorama jurídico en esta materia, no por establecer nuevos derechos, que no los establece, sino por introducir un nuevo concepto de discapacidad y contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva (8). Se trata, sin más y sobre todo, de una nueva manera de pensar y afrontar la discapacidad (9).

(5) Para un estudio detallado de los antecedentes y significado del citado precepto constitucional, vid. TORRES DEL MORAL, A./VILLARRUBIA GONZÁLEZ, M.^a L., «La constitucionalización de los derechos del minusválido», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número extra 2, 1979, págs. 51-94, y DE LORENZO, R./PALACIOS, A., «Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 63-79.

(6) *BOE* núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

(7) Vid., entre otros, CABRA DE LUNA, M. A./BARIFFI, F./PALACIOS, A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Colección La Llave, Madrid, 2007, y RUBIO TORRANO, E., «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Aranzadi Civil*, 2008, núm. 14, págs. 11-13.

(8) En este sentido, MÁRQUEZ CARRASCO, C., *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Deusto (Bilbao), 2008, pág. 60.

(9) La Convención, que ha pasado a formar parte de nuestro Ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil, supone innegablemente un decisivo impulso a la necesaria adecuación de nuestra legislación al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, muy especialmente, el de la igualdad, lo que conlleva una íntegra revisión legislativa que logre que nuestro Derecho interno se corresponda exactamente con los principios, valores y mandatos proclamados en el Tratado internacional, cuestión esta que ya ha provocado el primer pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo en relación al concreto alcance e impacto de la Convención sobre el Derecho vigente, la sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 29 de abril de 2009 (*JUR* 2009/218033), en la que se planteaba la cuestión de si, como conse-

Pues bien, dentro del espectacular avance legislativo experimentado en la materia, destaca, especialmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (10) y de modi-

cuencia de la entrada en vigor de la Norma Internacional, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. Al respecto, el Tribunal Supremo, a través de una rica ilustración del panorama legislativo en materia de discapacidad, tanto propio (citando, incluso, la Ley 1/2009, publicada en el *BOE* tan sólo tres días antes de la sentencia) como comparado, y realizando una lectura conjunta de la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 del Texto Constitucional, considera que *«no es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad»* (FJ 5.º).

Conforme a dicho proceso de revisión del Derecho interno español con el fin de acoger los principios, valores y mandatos proclamados en el Tratado internacional, el pasado 10 de julio de 2009, el Consejo de Ministros aprobó la creación de un grupo de trabajo interministerial (con el asesoramiento de CERMI) para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención.

(10) El uso de una terminología precisa a la hora de hablar o escribir sobre discapacidad reviste una especial trascendencia, pues, a través de la palabra, construimos pensamiento y cultura, superando viejos prejuicios y estereotipos. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas, en su Preámbulo, reconoce que: *«e) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Nuestro legislador, quien, naturalmente, ha experimentado una evolución terminológica (a título de ejemplo, el legislador constituyente utilizó en el artículo 49 la palabra *disminuidos* y en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos —conocida como LISMI— se inclinó por *minusválidos*), se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la LPPD lleva por rúbrica: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad* (no *discapacitadas*), y en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en su Disposición Adicional 8.ª, establece que las referencias contenidas en los textos normativos a los *minusválidos* y a las *personas con minusvalía*, se entenderán realizadas a *personas con discapacidad*, y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas. De manera gráfica, es como si, en nuestro procesador de textos, le diéramos a la opción «Buscar» término *minusválidos* y *personas con minusvalía* y en «Reemplazar con» escribiésemos *personas con discapacidad*.

De este modo, en un proceso de adecuación terminológica y conceptual de las normas reguladoras de la discapacidad, conforme al mandato de la citada Disposición Adicional 8.ª y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el reciente Real Decreto

ficación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria (en adelante, LPPD) (11), que entró en vigor al día siguiente de su publicación (12), la cual se ha ocupado de la tutela económica de la persona con discapacidad en su vertiente jurídico-privada (por tanto, al margen de que el Estado despliegue la necesaria función asistencial cuando proceda a través de prestaciones sociales, subvenciones, ayudas, etc.), operando, en nuestro Ordenamiento jurídico, significativas modificaciones en instituciones clásicas y creando *ex novo* instrumentos negociales de indudable calado jurídico (13).

1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE, núm. 311, de 26 de diciembre), sustituye el término *minusvalía* por el de *discapacidad*, y las referencias que en el Real Decreto 1971/1999 se realizaban hasta ahora a *grado de discapacidad* se sustituyen por *grado de las limitaciones en la actividad*. Por consiguiente, debemos desterrar, por completo, de nuestro lenguaje el término peyorativo *minusvalía*.

Recuérdese (vid. *supra* nota 3) que, bajo esta misma óptica revisora de la terminología, el legislador ha asumido el compromiso de reformar, próximamente, los procedimientos de incapacitación judicial, los cuales pasarán a denominarse *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*.

(11) Es obligado hacer aquí un apunte legislativo. La Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la LPPD establece que: *la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.ª de la Constitución Española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil*. Lo así dispuesto podría pasar desapercibido si no fuera por lo que después en el articulado de la LPPD, en concreto, el artículo 1, apartado 2.º, se preceptúa: «*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 regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil*». Surge, de inmediato, una pregunta: ¿a qué se refiere la Ley cuando habla de *aplicación preferente* de esta norma sobre la regulación de la incapacitación?; ¿en qué lugar quedan los Derechos civiles autonómicos que hayan regulado o regulen la cuestión (la EM habla, inexplicablemente, en pasado, excluyendo aquellas normas que, tras la entrada en vigor de la LPPD, pudieran ser aprobadas sobre la materia)? Con el fin de clarificar adecuadamente tales dudas, el Parlamento de Cataluña promovió un recurso de inconstitucionalidad contra el citado artículo 1, apartado 2.º de la LPPD, recurso de inconstitucionalidad número 1004/2004 que, siendo admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante Providencia de 13 de abril de 2004 (BOE, núm. 102, de 27 de abril de 2005), está, hoy, pendiente de resolución.

(12) BOE núm. 277, de 19 de noviembre.

(13) A tales mecanismos previstos en la LPPD se añaden otros, como la hipoteca inversa, figura jurídica importada del Derecho anglosajón creada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre).

De este modo, la LPPD ofrece la posibilidad de prever y planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por prestaciones públicas de diversa índole (14) y, por consiguiente, permitirle vivir mejor su vida adulta.

Junto a, entre otras, la autotutela, el mandato preventivo, la legitimación activa de una persona para instar su propia incapacitación judicial y la consagración legal del contrato de alimentos, se rompe con la, hasta entonces, «cuasisagrada» intangibilidad de la legítima al permitirse gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, introduciéndose, como novedad muy destacada, la figura jurídica del patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, bien psíquica (33 por 100), bien física o sensorial (65 por 100), con independencia de que concurran o no en ella las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil, presupuesto, en cambio, necesario, como acabamos de señalar, para gravar la legítima (15).

Basta, pues, a tenor de lo dispuesto por el artículo 2 LPPD, con la *incapacitación administrativa* (no la judicial), esto es, con acreditar suficientemente el grado de minusvalía (*rectius*, discapacidad) legalmente establecido, a través de certificado reglamentario expedido por la Administración Pública correspondiente (16) o de resolución judicial fir-

(14) Como afirma GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS, J. (coord.), La Ley-Actualidad, Madrid, 2007, pág. 115, «las medidas recogidas en esta Ley están presididas por una idea base: la necesidad de complemento de las medidas públicas y privadas en la protección de los discapacitados. En los últimos tiempos parecía haber un predominio de las medidas públicas de protección sobre las privadas. El legislador, consciente del grave problema derivado del creciente número de discapacitados, constatando que el Estado y, en general, las Administraciones Públicas no pueden atender todas las crecientes necesidades de estas personas necesitadas de un modo adecuado, vuelve sus ojos —no necesariamente misericordiosos— al propio patrimonio del discapacitado y de sus familiares, establece y potencia medidas propias del Derecho Privado».

(15) De tales mecanismos de protección hemos tenido ocasión de ocuparnos, con algún pormenor, en VIVAS TESÓN, I., *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009.

(16) Vid. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, posteriormente modificado por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por la Disposición Final 3.ª del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad y por el ya citado Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre. Para un estudio pormenorizado, vid. SALAZAR MURILLO, J., «Reconocimiento legal de la discapacidad», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 735-777.

me (17). Repárese en que, de este modo, la LPPD ha dado entrada en el Derecho Civil a un término propio del Derecho Administrativo, *minusvalía*, y, conforme a ello, una valoración administrativa de carácter técnico (18) va a tener, sorprendentemente, importantes efectos civiles, entre ellos, la atribución *ope legis* de la condición de representante legal a la persona voluntariamente nombrada para administrar el patrimonio protegido constituido *ex artículo 5.7 LPPD*, sin que, como estamos acostumbrados (v.gr., tutor, defensor judicial o representante del ausente), exista intervención judicial alguna en su nombramiento, lo que es, cuanto menos, insólito.

La LPPD ha de recibir, sin duda alguna, una valoración tremendamente positiva, puesto que, de un lado, introduce, por vez primera, en el Derecho Civil, el término *discapacidad* (debidamente acreditada), el cual, colocándose junto al único existente hasta el momento, *incapacitación judicial*, va a producir efectos civiles de gran trascendencia (19); de otro, por la batería de medidas tuitivas de las personas con discapacidad que contempla (20). Ello provoca, de inmediato, una enorme sensación de alivio y satisfacción por

(17) Este último inciso del artículo 2.3 de la LPPD, que alude a la determinación judicial del grado de minusvalía no se alcanza a comprender, puesto que no se desconoce de qué orden jurisdiccional debe provenir dicha resolución, si de lo social (en vía de impugnación de una previa calificación administrativa de minusvalía), o de lo civil (si el juez que conoce de un procedimiento de incapacitación judicial tiene competencia para reconocer y graduar la discapacidad del demandado). Acerca de la cuestión, vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., «Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 779-810, y VIVAS TESÓN, I., «La trascendencia civil del reconocimiento de la minusvalía», en *Diario la Ley*, núm. 7292, Sección Doctrina, 26 de noviembre de 2009, págs. 4-9.

(18) Concretamente, la resolución de la solicitud se funda en el reconocimiento por un Equipo de Valoración y Orientación (más conocido como EVO) del Centro Base correspondiente, el cual está formado por un médico, un psicólogo y un trabajador social y en la emisión de un dictamen técnico-facultativo en el que se expresa el porcentaje de la minusvalía mediante la aplicación de baremos contemplados en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, concretamente, en el Anexo I.

(19) Con anterioridad a la LPPD, la obtención del certificado administrativo de minusvalía era útil, exclusivamente, para acceder la persona y/o sus familiares a un amplio abanico de ayudas y beneficios sociales y económicos relativos a los programas y servicios de salud, educación, empleo, ocio, adquisición y adaptación de la vivienda, transporte, atención personal, prestaciones económicas (v.gr., pensiones no contributivas de jubilación e invalidez —con el 65 por 100 de minusvalía— y prestación familiar por hijo a cargo) y deducciones y exenciones fiscales (v.gr., deducciones en el IRPF y exención del Impuesto de matriculación y circulación en la compra de vehículos).

(20) LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, pág. 891, las califica, de manera enormemente gráfica, de «instrumentos que, al modo de rampas y ortopedias jurídicas, faciliten el tránsito de la persona con discapacidad por el mundo del derecho patrimonial».

haber logrado que el legislador civil se preocupara, por fin, de dar apoyo a muchas personas que, desde hacía tiempo, lo necesitaban y esperaban.

Sin embargo, un detenido análisis de tan bondadosa Ley, además de suscitar numerosos interrogantes como si la elaboración del texto normativo hubiera sido apresurada y estuviera aún inacabada (es, cuanto menos, llamativa la gran confusión que genera el hecho de que algunas de las medidas negociales estén previstas para cualquier persona, con discapacidad o no, siendo la LPPD sólo la ocasión para tipificarlas legalmente —v.gr., el contrato de alimentos—, otras son aplicables a la persona con discapacidad, con independencia de que haya sido o no declarada judicialmente incapacitada —v.gr., el patrimonio protegido—, incapacitación judicial que, en cambio, sí es presupuesto necesario para otras —v.gr., la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta—) (21), permite concluir que algunos de los mecanismos privados de protección económica de la discapacidad previstos en ella sólo están al alcance de unos pocos privilegiados, en concreto, de quienes gocen de un determinado *status* patrimonial en el cual, precisamente, no se encuentran la mayoría de los españoles que, en estos momentos, no pueden siquiera afrontar el pago del préstamo hipotecario a fin de mes. El legislador, si se nos permite la expresión, *nos ha dejado con la miel en los labios*.

En nuestra modesta opinión, se acaba de perder una magnífica ocasión para colmar las lagunas detectadas y solventar las dudas generadas en la aplicación práctica de la LPPD durante estos seis años ya de vigencia, puesto que, recientemente, ha sido aprobada la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre 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 (22), reforma que tiene como principal propósito convertir el Registro Civil en un mecanismo fiable de publicidad que permita supervisar la efectiva aplicación de la normativa relativa a la incapacitación judicial de personas que no pueden gobernarse por sí mismas, así como facilitar la puesta en práctica de la figura del patrimonio protegido como mecanismo de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Expresado nuestro parecer al respecto, no cabe ninguna duda de que la novedad estrella de la LPPD es la figura del *patrimonio especialmente pro-*

(21) Para LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003*, cit., «la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas» —pág. 888—, pese a lo cual muestra una posición sumamente favorable: «aprecio en ella su apertura a espacios de libertad» —pág. 889—.

(22) BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

tegido (23), carente de antecedentes en nuestro Derecho, que es, según la Exposición de Motivos de la Ley, el *objeto inmediato* de la misma, si bien, como hemos tenido ocasión de comprobar, aquélla no agota su contenido en su regulación, pues contiene otras importantes medidas legislativas encaminadas a crear, por primera vez, un estatuto patrimonial propio de las personas con discapacidad.

La LPPD reconoce la posibilidad de constituir, en beneficio de la persona con discapacidad (incapacitada judicialmente o no), una masa patrimonial (integrada por aportaciones gratuitas, propias o de terceros) afecta expresamente a la satisfacción de sus *necesidades vitales* (concepto jurídico indeterminado que exige concreción judicial según las circunstancias del caso concreto) así como al mantenimiento de su productividad *ex* artículo 5.4. LPPD, lo que puede proporcionar cierta (jamás absoluta) tranquilidad a sus familiares.

Se trata de un *patrimonio de destino*, pues las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de su titular-beneficiario (24), sin personalidad jurídica y, según la Exposición de Motivos de la

(23) Entre una ya vasta bibliografía, destacamos, sin ánimo de exhaustividad, DÍAZ ALABART, S./ÁLVAREZ MORENO, M.^a T., *La protección jurídica de las personas con discapacidad (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, en http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.htm; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Aportaciones al estudio del llamado *patrimonio protegido* del discapacitado», en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, págs. 169-209, y en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero de 2005, págs. 31-60; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores», Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 42 [fecha de publicación: 1-11-2005]; HERBOSA MARTÍNEZ, I., «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 1/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial del Discapacitado», en *Actualidad Civil*, 2005, págs. 1925-1954; MARTÍN ROMERO, J. C., «Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, págs. 105-160; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C. DE, «La Constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, 2006, págs. 77-110; GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, cit., págs. 113-180, y VIVAS TESÓN, I., «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XXII-núm. 1, julio de 2009, págs. 55-76, y «La constitución del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad: una valoración crítica», en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín Hernández*, M.^a L. ATIENZA NAVARRO, R. EVANGELIO LLORCA, M.^a D. MÁZ BADÍA, M.^a P. MONTES RODRÍGUEZ (coords.), Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2009, págs. 975-984.

(24) En rigor, *patrimonio de destino* propiamente dicho no lo es, puesto que por tal se entiende aquel patrimonio que, transitoriamente, carece de titular y que, en atención al destino futuro, en espera de la concreción de su titular o, en su defecto, de su liquidación, el Ordenamiento Jurídico mantiene unido y sometido a una administración unitaria. Es el caso del *nasciturus*, así como el de la herencia yacente. Así lo hace ver, acertadamente,

LPPD, *aislado* del patrimonio personal de aquél, si bien tal *aislamiento* se produce exclusivamente en relación a su administración y control (25), pero no en cuanto a la responsabilidad universal por deudas *ex* artículo 1.911 del Código Civil (26), aspecto que, intuimos, el legislador no ha querido afrontar y que, por tanto, nos conduce inevitablemente a concluir que existe una plena comunicación entre uno y otro patrimonio (27).

Pues bien, dentro del régimen jurídico de esta nueva figura (28), llama poderosamente la atención la imposición legal de forma documental pública tanto para constituir el patrimonio protegido como para realizar las sucesivas aportaciones al mismo una vez constituido, de ahí que dediquemos estas páginas a un estudio reflexivo acerca de esta singular cuestión.

II. EXIGENCIA DE FORMA SOLEMNE EN UN SISTEMA TENDENCIALMENTE CONSENSUALISTA

1. EL PRINCIPIO *SOLUS CONSENSUS OBLIGAT*

La imposición *ex lege* de forma solemne tanto para crear un patrimonio protegido como para ampliarlo mediante ulteriores aportaciones de aumento del mismo produce, sin duda alguna, cierta perplejidad. De un lado, porque muchísimas son ya las trabas y dificultades que, a diario, encuentran las personas con discapacidad y sus familiares como para que el legislador establezca una más; de otro, porque el nuestro es un sistema tendencialmente consensualista, razón por la cual la solemnidad formal causa enorme extrañeza.

Nuestro Ordenamiento Jurídico que, desde la Ley única del Título XVI del de Alcalá, considerado éste, tradicionalmente, el antecedente histórico del principio espiritualista (29), quiso desembarazarse del formalismo contractual

GALLEGO DOMÍNGUEZ, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», cit., pág. 123.

(25) Vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «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», en *RCDI*, núm. 695, 2006, págs. 1057-1100.

(26) La EM de la Ley establece que los bienes y derechos que forman el patrimonio protegido: «*se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico*», sin pronunciarse acerca de la responsabilidad por deudas.

(27) Rotunda se muestra, al respecto, MORETÓN SANZ, M.^a F., «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pág. 77.

(28) Para un estudio más detenido, vid. nuestro trabajo, *La protección económica de la discapacidad*, cit., págs. 42-65.

(29) Acerca de la interpretación del texto de la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, págs. 171-

del Derecho romano clásico, dispone que el nudo consentimiento obliga, tal y como se desprende de los artículos 1.254, 1.258 y 1.278 del Código Civil.

De este modo, la regla es que el *solus consensus obligat*, esto es, que toda promesa (aceptada y lícita), hecha con una efectiva intención de obligarse, *serio et deliberato animo*, da lugar a una obligación. El contrato se concluye, en consecuencia, cuando se produce el encuentro de las voluntades de las partes, sin que se exija ningún otro requisito más.

Si, en virtud del principio consensualista que rige nuestro sistema contractual, el puro consentimiento es condición necesaria y suficiente para la conclusión y eficacia de los contratos en general, no se alcanza a comprender (y, por consiguiente, tampoco a compartir) como, en ocasiones, el consentimiento no basta para constituir un vínculo obligatorio si no es acompañado por otros aditamentos o requisitos considerados igualmente esenciales y constitutivos por el propio legislador, como pueda ser la forma o solemnidad de la donación requerida por los artículos 632 y 633 del Código Civil, o la *datio rei* de los contratos reales de comodato, mutuo, depósito y prenda *ex* artículos 1.740, 1.758 y 1.863 del Código Civil, respectivamente.

Dado que el patrimonio protegido de la persona con discapacidad sólo puede integrarse por aportaciones de bienes y derechos gratuitas y no sometidas a plazo *ex* artículo 4.2 de la LPPD, ello nos obliga a aparcar la categoría de los contratos reales (30) para dedicar toda nuestra atención al negocio traslativo del dominio y esencialmente gratuito, cual es la donación.

La donación es el contrato (presuponiendo que lo sea) (31) formal por excelencia. A efectos de su validez, debe cumplir una forma *ad solemnitatem*.

172, señala: «en la antigua doctrina española, los criterios de civilistas y canonistas se enfrentaron al interpretar el texto ya referido del Ordenamiento de Alcalá. Los canonistas y también los contrarios al formalismo romano, pensaron que, no sólo se había derogado la exigencia de la *stipulatio* sino que también le había sustituido la promesa como modo general de obligarse y que, con ello, se admitía la plena eficacia del pacto nudo (P. MOLINA, PARLADORIO, PICHARDO, AYLLÓN). La mayoría de los civilistas, sin embargo, se inclina por la tesis de que la ley del Ordenamiento tenía por fin excluir del Derecho castellano el formalismo de la *stipulatio* sin eximir de las demás formas y requisitos legales; de aquello que es, se dice, su verdadero *fermentum et substantiam*».

(30) Vid., más ampliamente, nuestros trabajos *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, y «Una reflexión en torno a la categoría de los contratos reales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.), Vol. II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3307-3338.

(31) Vid., sobre esta concreta cuestión, ROCA I TRÍAS, E., *Derecho Civil. Obligaciones y contratos* (M.^a R. VALPUESTA, coord.^a), Valencia, 3.^a ed., 1998, págs. 636-638, para quien «la evolución histórica de la forma gratuita de transmisión de la propiedad, tipificada bajo el nombre de donación, lleva a la conclusión según la cual, en el Derecho romano, la donación no era considerada ni como un contrato, ni como un negocio típico, sino que era la causa de una atribución patrimonial que se realizaba sin contraprestación por parte de quien la recibía, el donatario. La abstracción posterior, con la reagrupación de negocios según las causas que les proporcionan la razón de la protección por el ordena-

La forma, en la donación, es sustancia, de tal modo que para su válida constitución debe celebrarse bajo la forma ordenada legalmente en los artículos 632 y 633 del Código Civil, esto es, que hasta que no se cumple, no se perfecciona, no hay contrato y nadie queda obligado por el solo hecho de haber mediado el consentimiento no formal.

La solemnidad contractual *ex lege* tiene carácter excepcional en cuanto al principio general de libertad de forma que rige en nuestro Ordenamiento, y la razón por la cual el legislador ha impuesto, en determinados casos, el cumplimiento de un requisito formal reside, principalmente, en la intención de asegurar la inequívocidad del acto y de garantizar la seriedad empujando al sujeto a una mayor reflexión sobre las consecuencias del mismo, de ahí que tales contratos presenten un esquema estructural distinto al de la mayoría, los consensuales.

De este modo y pese a que pueda considerarse que la forma *ad solemnitatem* es un elemento perjudicialmente incómodo y entorpecedor en un sistema contractual tendencialmente consensual y en un tráfico jurídico tan veloz como el de nuestros días, la mera voluntad unilateral de donar es incapaz de generar un vínculo contractual si no va acompañado de la forma solemne legalmente impuesta. Tampoco existe, en virtud de la autonomía privada creadora de otros esquemas distintos a los ofrecidos expresamente por la ley, *ex* artículo 1.255 del Código Civil, la variante consensual atípica del esquema legal de la donación.

Al respecto se pronuncia la STS de 31 de julio de 1999 (32), en su FJ 1.º: «...hay que proclamar que el contrato de donación sobre bienes inmuebles exige unas formalidades muy concretas y sui generis, como son su plasmación en escritura pública y la necesidad de la aceptación por parte del donatario.

La necesidad de la plasmación de la donación en escritura pública es un requisito ad solemnitatem, o sea, esencial para la eficacia del mismo que

miento jurídico, acabó en la solución adoptada en el Código Civil francés (1804), según la cual, la donación se incluía dentro de las categorías contractuales. Ésta parece ser que fue la doctrina española tradicional, pero una parte de la doctrina actual discute sobre la naturaleza contractual de la donación». La polémica, por tanto, se entabla entre los autores que consideran que la donación es un negocio dispositivo del dominio *ex* artículo 609 del Código Civil y aquéllos que se inclinan por la naturaleza contractual de la donación, entre quienes se encuentra la propia ROCA I TRÍAS; al respecto, también RUBIO TORRANO, E., «¿Es la donación un contrato?», en *Aranzadi Civil*, 2003, núm. 13 y, en la jurisprudencia, por todas, la STS de 31 de julio de 1999 (RJ 1999/6221), la cual afirma en su FJ. 1.º, a propósito de una donación verbal del usufructo de un local de negocio: «Pues bien, el contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad —art. 609— no cabe la menor duda que ha de tener la consideración y tratamiento de un contrato y, así es casi unánime la doctrina moderna en la que predomina la concepción contractualista de la donación, que tiene su actual reflejo legislativo en el actual Código Civil alemán».

(32) RJ 1999/6221, citada en la nota anterior.

exige nuestro Código Civil, concretamente en su artículo 633, y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, completamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito ad probationem.

Dicha exigencia formal ad solemnitatem admitida, además, sin fisuras por la jurisprudencia de esta Sala, tiene su origen en la conocida institución del Derecho romano de la insinuatio y recogida en nuestro Derecho histórico de la Ley de Partidas con la entronización de la “carta”; hace que la pretensión de la parte actora en la presente “litis” y, ahora, parte recurrente, deba ser totalmente declarada como decaída, puesto que con lo antedicho nunca podrá producir efectos y ni siquiera estimarse como válida una donación sobre bienes inmuebles, si no se ha plasmado la misma y, asimismo, la aceptación del donatario en escritura pública. Y, se vuelve a repetir, en la presente contienda judicial, la donación del usufructo sobre un inmueble, trasladando a la misma todo lo dicho, ha de ser declarada como inviable jurídicamente...».

2. LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE JURÍDICAMENTE A TÍTULO GRATUITO

La forma en la donación tiene, pues, un papel constitutivo, de modo que la promesa de donar se juridifica a través de la forma *quoad constitutionem*. Sin la veste formal, la mera voluntad del promitente no puede jamás generar, por sí sola, obligaciones con posibilidad de exigencia coercitiva a través de todo el específico mecanismo técnico-procesal.

Observamos que, cuando se pacta una contraprestación, existe una voluntad seria y efectiva de obligarse jurídicamente (33). No existe duda alguna de que el consentimiento, en este caso, es vinculante, genera obligaciones. Una promesa (o un acto de disposición) tiene una causa de obligar si el promisorio (o el adquirente), a su vez, promete válidamente una prestación o efectúa otra disposición valorable en dinero o que corresponda a un interés del promitente o enajenante. En este sentido, puede decirse que, cuando las partes afrontan sacrificios recíprocos, cuando una prestación es contrapartida de la otra, cuando, en definitiva, existe correspectividad u onerosidad (no necesariamente bilateralidad, basta pensar en el mutuo con interés), encontrar una razón que justifique las respectivas obligaciones, la llamada, por la tradición, *causa civilis obligandi*, no ofrece el más mínimo problema.

Sin embargo, no resulta tan claro que baste el nudo consentimiento para obligarse jurídicamente en las hipótesis en las cuales viene efectuada una

(33) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, T. II-2.º, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 10.ª ed., 1997, pág. 345, nota 3.

promesa de cumplir una prestación a título gratuito, es decir, cuando es una sola de las partes, el promitente, la que afronta un sacrificio patrimonial. Significativo es que, entonces, para que la promesa de dar sin recibir nada a cambio pueda engendrar un vínculo jurídico, el *consensus* deba revestirse de una forma solemne o acompañarse de la *datio rei* (34), hechos que revelan, sin ningún género de duda, una intención de asumir un vínculo en el terreno jurídico y, por tanto, de someterse, en todo caso, a la correspondiente coacción.

Surge, entonces, la sospecha de que el problema de la existencia de la intención de vincularse en el plano jurídico adquiere el máximo relieve en la promesa a título gratuito (donación y contratos reales gratuitos). Resultando excluido, en tal caso, que el mero consentimiento produzca por sí solo la vinculación jurídica obligatoria, es lógico que, en aras de garantizar la certeza y estabilidad del tráfico jurídico, el Ordenamiento establezca con seguridad qué condiciones o requisitos debe reunir una promesa a título gratuito para engendrar una obligación jurídica, esto es, cuándo el promitente desea, verdaderamente, contraer una obligación jurídica o mantenerse, simplemente, en el campo de las relaciones sociales jurídicamente incoercibles.

3. DE RELACIÓN DE CORTESÍA A DONACIÓN JURÍDICAMENTE EXIGIBLE

En la donación surge el problema de la determinación de cuándo puede decirse que quien promete regalar una cosa da su consentimiento *serio et deliberato animo*, es decir, con la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico. ¿Por qué y desde cuándo ha de entenderse que el promitente asume un vínculo jurídicamente exigible?; ¿cómo puede saberse que ha querido contraer una obligación en sentido jurídico o sólo en el plano de las relaciones sociales, morales, de cortesía, de amistad, etc.?; ¿qué sucede si, tras la promesa, el promitente rehúsa donar la cosa?

La donación nace de impulsos de benevolencia, gentileza, gratitud, solidaridad o relaciones de cortesía, sentimientos estos que, con palabras de DEMOGUE (35), constituyen la *grandeur de l'homme*. Todos estos impulsos se han definido, desde hace algún tiempo, como relaciones o prestaciones de cortesía (36).

(34) Vid. GORLA, G., «Causa, consideration e forma dell'atto *inter vivos*», en *Riv. Dir. Comm.*, 1952, I, págs. 341 y sigs., y en «Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico», *ibidem*, 1956, I, pág. 28 y sigs.

(35) Citado por GORLA, G., *El contrato. Exposición general*, T. I, tras. esp. de Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959, pág. 213.

(36) Para un detenido estudio de las relaciones de cortesía, vid. PERREAU, E. H., «Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1914, pág. 481 y sigs.; SAVATIER, R., *Des effets et des*

En efecto, con la expresión *prestaciones de cortesía* suele, tradicionalmente, definirse toda una vasta serie de relaciones que la cambiante realidad social genera sin cesar, unificándolas, con independencia de su contenido, en un único dato genérico expresado por la gratuidad de los comportamientos intersubjetivos (37).

Los sujetos asumen, sin necesidad jurídica, ciertos deberes sociales que la vida en comunidad impone en las distintas relaciones interpersonales y que se traducen en comportamientos que el sujeto cortés asume libre y espontáneamente movido, ya por la complacencia o por la conveniencia o *causa urbanitatis*, ya por una cuestión de honor o por un impulso religioso o moral, o ya por venir impuestos por la *affectio* o por la *benevolentia*.

El Ordenamiento no atribuye, en principio, relevancia jurídica a dichas prestaciones de cortesía, absteniéndose de incardinarlas en esquemas típicos prefijados; de ello que tales relaciones vivan en un espacio vacío de Derecho, gobernado, en cambio, por códigos de honor, en un sentido lato.

En general, la falta de aptitud para constituir el objeto de vínculos jurídicos no depende de la naturaleza de la prestación en sí misma, sino de los usos sociales, de las costumbres, de los intereses, de la mentalidad de una sociedad históricamente determinada, de *les moeurs*, utilizando una característica expresión francesa (38). Por ello, se trata de prestaciones o conductas que, normalmente, no son aptas para constituir el objeto de un contrato o de una promesa en sentido jurídico; de modo que, si el sujeto cortés no respeta su compromiso, la otra parte no tiene ningún mecanismo de coerción jurídica a su alcance para reclamar el cumplimiento de lo prometido.

El problema que plantean las prestaciones de cortesía que, normalmente (siendo el uso social el parámetro de la normalidad), no suelen ser objeto de relaciones jurídicas, es la duda, casi insoluble, acerca de cuándo existe la intención de contraer un vínculo en el plano jurídico o cuándo existe,

sanctions du devoir moral, París, 1916; PERETTI GRIVA, D., «Sulle prestazioni cosiddette di cortesía», en *Studi in onore di D'Amelio*, III, Roma, 1933, pág. 96 y sigs.; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1935; PACIFICI-MAZZONI, E., «In tema di prestazioni di cortesía», en *Foro it.*, 1952, I, pág. 1508 y sigs.; COLUMBO, V., «Sulla rilevanza giuridica delle c.d. prestazioni di cortesía», en *Foro pad.*, 1957, III, págs. 26 y sigs.; VALETTA, V., «Delle c.d. prestazioni "affectione vel benevolentiae causa"», en *Dir. e giur.*, 1957, XIII, pág. 523 y sigs.; GORLA, *El contrato, Exposición General*, T. I, trad. esp. de Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959, pág. 200 y sigs.; GHEZZI, G., Voz «Cortesía», en *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, pág. 1049 y sigs.; ROVELLI, R., Voz «Prestazioni di cortesía», en *Noviss. D. It.*, T. XIII, Torino, 1966, pág. 733 y sigs.; LIPARI, N., «Rapporti di cortesía, rapporti di fatto, rapporti di fiducia», en *RTDPC*, 1968, pág. 5 y sigs., y en *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, pág. 39 y sigs.; PANUCCIO, V., «Gli atti di cortesía. Profilo di una teoria generale», en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, 2, *Diritto civile*, Milano, 1977, pág. 1601 y sigs., y Voz «Cortesía (prestazioni di)», en *Enc. Giur.*, T. IX, Roma, 1988, pág. 1 y sigs.

(37) Así, PANUCCIO, Voz *Cortesía (prestazioni di)*, cit., pág. 1.

(38) Son palabras de GORLA, *El contrato*, cit., págs. 201-202.

simplemente, intención de cortesía; cuándo una relación de cortesía se vuelve jurídica. Se presenta, entonces, la cuestión de si a la conciencia social le parece justo o hasta qué punto lo es el condenar a quien ha contraído tal compromiso. Dicho en otras palabras, la averiguación de un elemento intencional como frontera entre lo jurídico y lo extrajurídico es, prácticamente, imposible.

Ante ello, el legislador, atendiendo a la costumbre o conciencia social, ha tipificado, por circunstancias especialmente significativas, algunas de estas relaciones imponiéndoles un elemento que permita apreciar la intención de contraer un vínculo jurídico. Es decir, el legislador ha creído, haciendo el balance de intereses que estima conveniente, que, siendo una relación de cortesía normalmente insegura y, por ello, equívoca, podía ser excesivo considerar perfecto el contrato antes de la forma (o de la *datio rei*, en los contratos reales); y éste es el juicio de la propia colectividad, que no considera obligado a quien promete dar gratuitamente una cosa y le repugna que el sujeto al que le ha sido prometido un beneficio pueda constreñir judicialmente al promitente para que ejecute su promesa.

Así las cosas, se percibe con claridad que el elemento que discierne el paso de lo cortés a lo jurídico no es otro sino la forma, elemento no equívoco por su materialidad. De este modo, el compromiso de dar una cosa a título gratuito se juridifica mediante la forma, a partir de la cual ya no es posible tener dudas acerca del carácter jurídico de la relación instaurada. El mundo de la donación, jurídicamente, sólo empieza a partir de la forma.

Si bien la cortesía es, en sí misma, un mero dato extrajurídico, consideramos que entra de lleno a formar parte del esquema legal, de modo que, cuando la promesa de donar se juridifica, la particular intención de amistad, benevolencia o cortesía de la que proviene el regalo sigue siendo el elemento singularmente caracterizador de la relación jurídica que nace de la donación. El legislador ha dado especial relevancia a la intención de cortesía, benevolencia o solidaridad que anima al donante a dar una cosa, lo que se inserta, dentro de una típica causa-función, la *causa donandi*, alrededor de la cual se articula toda la disciplina del contrato. El altruismo, la solidaridad o cortesía informa, muy singularmente, su disciplina legal. En este sentido, tan sólo su particular naturaleza de negocio de cortesía puede dar explicación a la eventual revocación de la donación por ingratitud del donatario (arts. 648 y sigs. del CC).

4. LA FORMA *AD SOLEMNITATEM* COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA DONACIÓN

Sin forma (repárese en que, en la donación manual, la entrega es un subrogado de la forma), cuando no se recibe prestación alguna a cambio, la

mera voluntad no puede generar obligaciones, o dicho en términos positivos, necesita de la forma para crearlas, y, desde entonces, la donación obliga (39).

Sobre la necesaria instrumentación en escritura pública de la donación de bienes inmuebles se pronuncia, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala 1.^a al respecto y que, naturalmente, sigue la STS de 10 de septiembre de 2007 (40): «...es doctrina de esta Sala, emitida “sin fisuras”, en palabras de la sentencia de 31 de julio de 1999 (RJ 1999/6221), que la donación de bienes inmuebles supone una excepción al principio general de libertad de forma, siendo la “necesidad de plasmación de la donación en escritura pública un requisito ad solemnitatem, o sea, especial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código Civil (LEG 1889, 27), concretamente en su artículo 633 y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, absolutamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito ad probationem”» (sentencia de 31 de julio de 1999 [RJ 1999/6221]); señalando taxativamente la sentencia de 25 de enero de 2007 (RJ 2007/593) que: «una donación de inmueble sin escritura pública es inexistente por falta de un requisito esencial», requisito éste que es aplicable a cualquier tipo de donación, como remarcó la sentencia de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995/7737), con cita de las de 22 de octubre de 1986 SIC (RJ 1986/7795), 10 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9285), 24 de junio (RJ 1988/5988) y 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9297), 16 de febrero de 1990 (RJ 1990/690) y 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6061), «de suerte que de no cumplirse ese requisito formal de la escritura pública queda el negocio jurídico casacional inválido incluso entre las mismas partes y cualquiera que fuese su clase, bien simple, modal, remuneratoria u onerosa»; siendo la exigencia formal, en palabras de las sentencias de 5 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7904) y 26 de mayo de 1992 (RJ 1992/4382), la que a su vez cita a las de 9 de julio de 1984 (RJ 1984/3804), 15 de octubre de 1985 (RJ 1985/4846), 14 de mayo de 1987 (RJ 1987/3442), «de aplicación preferente sobre las disposiciones generales de los contratos, siendo una excepción a la teoría general que atribu-

(39) Vid., entre otros, DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en RDP, 1971, págs. 803-821, *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, 2000, y «¿Es posible la donación obligatoria o promisorio en Derecho español?», en *A l'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, vol. 1, 2004, págs. 71-104; DÍAZ-AMBRONA, M.^a D., «La promesa de donación en el Código Civil y la Jurisprudencia», en RGLJ, núm. 5, 1985, págs. 703-755; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., ¿Donación aceptada o promesa unilateral vinculante?, Tecnos, Madrid, 1997, y *Promesas unilaterales y donaciones*, Marcial Pons, Madrid, 1998; DURÁN RIVACOBÁ, R., *La donación de inmuebles. Forma y simulación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2.^a ed., 2003, y ALBALADEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

(40) RJ 2007/4980.

ye eficacia al consentimiento en cualquier forma»; no siendo posible, dice la sentencia de 3 de marzo de 1995 (RJ 1995/1775), que otorgada una donación de inmueble en documento privado, se pueda exigir su elevación a escritura pública; sin que pueda alegarse como infringido el artículo 1.279 del Código Civil (LEG 1889, 27), pues como señala la sentencia de 19 de junio de 1999 (RJ 1999/4613), «el precepto que aquí invoca la recurrente, como supuestamente infringido, carece en absoluto de aplicación al caso aquí debatido, ya que dicho precepto presupone para su aplicación que se trate de un contrato válidamente celebrado, lo que no concurre en el presente supuesto litigioso, ya que una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (que es el caso aquí contemplado) carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma (ad solemnitatem) que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (art. 633 del CC [LEG 1889, 27]) lo que aquí no ha ocurrido» (FJ 2.º).

La forma en la donación no es otra cosa que la secular exigencia formal para asegurar y, al tiempo, desfavorecer los negocios jurídicos gratuitos; desfavor frente a éstos del que existen tan acusados rasgos en nuestro Ordenamiento: piénsese, sin ir más lejos, en la diferencia vital para los mecanismos de protección de terceros adquirentes (art. 464 CC y 34 LH), y la colación y reducción de lo donado en sede sucesoria.

Por ello, toda discusión sobre un posible precontrato de donación resulta, del todo punto, ociosa. Es imposible eludir la prescripción formal de la donación a través del precontrato o contrato preliminar, sea cual sea la posición que respecto a éste se adopte.

Acerca de la cuestión, nos ilustra la STS de 23 de diciembre de 1995 (41): *«La doctrina científica viene estudiando la figura del contrato preliminar bajo dos puntos de vista, el que pudiera calificarse de tradicional, entendiendo que el precontrato es un contrato en sí mismo, por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato; esta obligación de contratar cuyo objeto consiste en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, en esencia es una obligación de hacer, o más concretamente, una prestación de emitir en el futuro una declaración de voluntad; acto estrictamente personal y no coercible directamente, debiendo su incumplimiento traducirse en una indemnización de daños y perjuicios. La otra posición doctrinal más moderna, entiende, que el precontrato es ya un contrato completo, y al no tratarse de una obligación de contratar en el futuro, se contrae más bien una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo, fijándose en el mismo unas líneas directrices, o unos criterios básicos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior; se afirma por los defensores de esta teoría, que en*

(41) RJ 1995/9396.

el precontrato existe ya todo el contrato principal o definitivo, pero en germen, en síntesis, debiendo contener sus líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro» (FJ 2.º).

Y continúa, refiriéndose, en concreto, a la donación:

«Así pues, si partimos de la literalidad del documento y de la correspondiente existencia de una pura donación de inmueble, sin cumplir el requisito de la forma, el contrato es nulo o inexistente. Podemos aceptar, a fines dialécticos, la posibilidad de la pretendida calificación jurídica como precontrato, promesa de contrato o contrato preparatorio, atribuible al documento que analizamos, pero en este caso tenemos que coincidir con la mayoritaria doctrina y entender que el donante que prometió informalmente donar, está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no ha donado. Con arreglo a la teoría tradicional del precontrato, anteriormente expuesta, la obligación de emitir en el futuro una declaración de voluntad (debe de contratar en qué consiste el objeto del precontrato) no es coercible directamente, teniendo que sustituirse por la correspondiente indemnización no pedida en los autos. Según la posición doctrinal que hemos llamado moderna, y que considera al precontrato como la ley de bases del contrato futuro, al exigirse que en el primero figuren en germen, o síntesis todos los requisitos exigidos para la validez del segundo, está determinando que la forma solemne exigida en la donación de inmuebles figure en el pretendido precontrato».

Y concluye:

«Así pues, la simple promesa, como obligación de realizar una donación de inmuebles en el futuro, no es admisible en nuestro Derecho, si tenemos en cuenta las prescripciones terminantes del artículo 633 del Código Civil».

Claro lo anterior, doble es la exigencia formal, puesto que, además de la formalidad a seguir, según se trate de bien mueble o inmueble *ex* artículos 632 y 633 del Código Civil, es requisito esencial para la perfección de la donación, dado su carácter contractual, el conocimiento por el donante de la aceptación del donatario, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil.

Así lo viene a declarar la STS de 14 de mayo de 1966 (42): *«el contrato de donación ha de revestir los requisitos del artículo 633 del Código Civil, precepto que exige para la validez de la donación de cosa inmueble que se haga en escritura pública, con expresión individual de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, con lo que se*

(42) RJ 1966/2425.

sanciona que el requisito de forma es necesario para su validez, y al requerir, como contrato, el acuerdo de voluntades, se exige la aceptación del donatario mediante una auténtica manifestación de voluntad, que no puede ser sustituida por otros medios, dado que el artículo 630 del Código prescribe que el donatario debe, “so pena” de nulidad, aceptar la donación en la misma escritura o en otra separada, debiendo, en este caso, notificarse en forma auténtica al donante para que quede obligado desde la perfección del vínculo (arts. 629 y 633)».

En cuanto a la aceptación del donatario, las Resoluciones de la DGRN, de 3 de noviembre de 2001 (43) y 22 de abril de 2002 (44) se pronuncian a favor de la inscripción de donación aceptada tácitamente por los donatarios, pues, según el Centro Directivo, dicha aceptación no requiere términos sacramentales y su existencia cabe deducirla si de la redacción del documento resulta la presencia de la voluntad tanto de hacerla como de aceptarla, lo cual evidencia una clara relajación de la forma legalmente exigida.

5. LA PROMESA DE DONACIÓN REALIZADA EN CONVENIO REGULADOR HOMOLOGADO JUDICIALMENTE

Con frecuencia, en supuestos de crisis matrimonial, los cónyuges pactan en el convenio regulador de separación o divorcio una futura donación de un bien (o parte de él) inmueble ganancial a favor de los hijos del matrimonio. Aprobado judicialmente el convenio y llegado el momento previsto expresamente en el mismo para cumplir lo acordado, los hijos interponen acción en cumplimiento de la donación prometida. La cuestión, entonces, se traslada a dilucidar si es o no título adecuado el convenio regulador oportunamente homologado por sentencia (por tanto, ejecutable) para llenar la forma *ad solemnitatem* de la donación de bienes inmuebles.

Así sucedió en el caso enjuiciado por la SAP de Alicante de 21 de febrero de 2002 (45):

«F. J. TERCERO.—En el caso presente lo que se trata de dilucidar no es el efecto del convenio aprobado judicialmente tras las sentencias y entre las partes que lo suscribieron, el matrimonio, sino el efecto que tiene la estipulación de realizar la donación, teniendo en cuenta, además, que ya en fecha de 28 de enero de 1999, el juzgado que tramitó los procedimientos matrimoniales determinó que no era posible ejecutar dicho acuerdo, puesto que el mismo no era propiamente contenido del artículo 90 y debía acudir al

(43) RJ 2002/2703.

(44) RJ 2002/8297.

(45) JUR 2002/102971.

juicio ordinario. Además, en el presente declarativo, la parte demandada excepcionó la falta de legitimación activa y pasiva por entender, por una parte, que el convenio, en el que no había tenido parte el hijo, se refería al matrimonio, y por otra, que lo que no existía era en sí contrato. Ambas excepciones se refieren evidentemente al fondo del asunto y con el mismo van a ser tratadas.

Subyace ciertamente en el fondo del asunto el alcance de la promesa de donación, no es que con el convenio regulador se disponga por el padre y esposo que “cede la vivienda” a su hijo, sino que se “compromete a cederla”. Los términos empleados dan un tratamiento distinto a la problemática planteada.

F. J. CUARTO.—Es reiterado el criterio señalado en las sentencias del Tribunal Supremo que el principio espiritualista o de libertad de forma que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en nuestro Ordenamiento Jurídico (arts. 1.258 y 1.278 del Código Civil), tiene algunas, aunque escasas, excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento (ad probationem), sino para su existencia y perfección (ad solemnitatem). Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la relativa a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código Civil, precepto que, de manera pacífica, reiterada y uniforme, ha venido interpretando el Alto Tribunal, en plena coincidencia, por otro lado, con el criterio de la doctrina científica, en el único sentido en que puede serlo, cual es el de que las donaciones de bienes inmuebles no tienen valor, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren, que es el aspecto que aquí interesa, si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación, pura, simple, onerosa, remuneratoria, etc., siempre que se refiera a bienes raíces. Sentencia de 13 de marzo de 1952, 13 de mayo de 1963, 1 de diciembre de 1964, 25 de junio de 1966, 9 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985, 22 de diciembre de 1987, y como más recientes las de 3 de marzo de 1995 y 19 de junio de 1999.

Así la conclusión jurisprudencial lo es que la donación hecha en documento privado, o el tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de la nulidad absoluta, con las consecuencias de ser insubsanable e imprescriptible la acción para pedirla; por lo que no puede ser válida la teoría de que, otorgada la donación de inmueble en documento privado, sea exigible su elevación a escritura pública.

Pero podría añadirse en este estado de la cuestión que esa donación no lo era en documento privado sino en un convenio regulador de la crisis matrimonial aprobado judicialmente. En este caso puede citarse la Resolu-

ción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 29 de julio de 1999, que expone el siguiente planteamiento: Se trata de que el esposo, en el preceptivo convenio, hace cesión de su propiedad indivisa sobre la vivienda conyugal a favor de una hija y en cuyo nombre es aceptado por la esposa como representante legal de la menor. Cuando se presenta en el Registro de la Propiedad la sentencia de separación aprobando el convenio regulador y este mismo, se deniega la anotación por defecto insubsanable de no ser título adecuado para ello conforme al artículo 633 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria. La Dirección General da lugar al recurso gubernativo interpuesto con el siguiente razonamiento:

“Es cierto que la donación de bienes inmuebles presupone escritura pública como requisito formal para su existencia y validez, pero no es éste el caso debatido toda vez que: a) las previsiones adoptadas en un convenio regulador de las consecuencias de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hacen necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente; b) que siendo uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio el relativo a la vivienda familiar y, obedeciendo la exigencia legal de esta previsión, a la protección básicamente, del interés de los hijos, en modo alguno puede negarse que sea extraño el contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el artículo 90.b) del Código Civil exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por otra parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido ‘mínimo’ del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce; c) que tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador, en el ámbito de su función calificadora, revisar la procedencia de la inclusión en aquél de la cesión cuestionada”.

F. J. QUINTO.—Enlazando con lo anterior diremos que el caso de que se trata en el presente procedimiento no es el de cesión o donación de la vivienda al hijo demandante en el convenio regulador de la separación y divorcio posterior de sus padres, sino que se refiere a un compromiso de donación y además en el plazo de dos años.

Dice el artículo 618 del Código Civil que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta. Si bien el Código considera a la donación como un modo de adquirir la propiedad (art. 609), en realidad la misma tiene consideración de contrato, pero que no obsta a su naturaleza el considerar

la donación como un acto bilateral, y como tal, contrato, y a la vez como contrato unilateral, ya que sólo genera obligaciones para el donante. Otros autores redundan en el contenido contractual de la donación, diciendo que las partes en el contrato lo son el donante y el donatario, aquél es el que ofrece generalmente, y éste, el que acepta; por eso y por, quizá, reminiscencia de la idea de que la donación fuese un acto unilateral del donante, aunque el donatario necesitase aceptarla para hacer la cosa suya, habla el Código Civil como si el que ofrece sea siempre el donante, lo que no es verdad, ya que puede ofrecer la donación también el donatario, y no otra cosa es pedir que se nos regale algo, caso en la práctica frecuente.

Desde este puro y simple análisis de la naturaleza jurídica de la donación podemos llegar ya a la conclusión que la estipulación cuarta del convenio regulador no contiene una donación, ya que el padre demandado no ha efectuado su acto unilateral de liberalidad y por tanto la petición del demandante no puede prosperar.

Pero además, y como ya hemos indicado, se trata de un mero compromiso, con lo que nos encontramos ante un “precontrato de contrato formal”, y cabría preguntarnos si las partes pueden quedar obligadas por la sola fuerza del consentimiento a celebrar posteriormente un contrato que exija especiales requisitos de forma. La respuesta debe ser negativa, si los contratos exigen una forma solemne determinada, como es la donación de bienes inmuebles, el precontrato no es admisible; las partes no pueden quedar obligadas a celebrarlo sin la solemnidad exigida como algo esencial, el consentimiento carecerá de eficacia si no se ajusta a esa forma».

Recientemente, en sus sentencias de 24 y 25 de enero de 2008 (46), siendo ponente en ambas ROCA I TRÍAS, el Alto Tribunal se ha vuelto a pronunciar acerca de la validez o invalidez de una promesa de donación efectuada por ambos cónyuges a favor de sus hijos, de determinados bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales, en un convenio regulador de separación.

En la sentencia de 24 de enero (47), ambos cónyuges acordaron en el convenio regulador (aprobado en mayo de 1993 por la sentencia que declaró

(46) RJ 2008/218 y 225, respectivamente.

(47) Comentada por FENOY PICÓN, N., «Sentencia de 24 de enero de 2008: pacto incluido en convenio regulador de separación judicial por el que se adjudica la mitad del piso ganancial a la esposa y la otra mitad a los tres hijos del matrimonio. Donación ineficaz por defectos formales: no formalización en escritura pública», en CCJC, núm. 78, 2008, págs. 1299-1339; CASANOVA I MUSSON, A., «Comentario a la sentencia de 24 de enero de 2008», *ibidem*, págs. 1341-1348; LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., «Nulidad de pacto de adjudicación de inmueble a hijos comunes en convenio regulador», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 5/2008, págs. 15-17; SALAS CARCELLER, A., «La ineficacia obligacional de la promesa de donación», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 17/2008,

la separación matrimonial y, posteriormente, ratificado en el procedimiento de divorcio), en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, que el 50 por 100 del piso ganancial del matrimonio se adjudicaría a la esposa en plena propiedad y el otro 50 por 100 a los tres hijos del matrimonio por iguales terceras partes, también en plena propiedad, añadiéndose que, entre otras, esta medida entraría en vigor desde la fecha del convenio regulador y que ambos se comprometían, a los efectos de dar total cumplimiento a lo pactado, a firmar de forma extrajudicial y amistosa cuantos documentos, públicos o privados, fueran necesarios, todo ello sin más trámite que el simple requerimiento del otro. Nunca, sin embargo, llegó a formalizarse la escritura pública de donación.

Transcurridos cinco años, en noviembre de 1998, el padre comunicó a sus hijos (quienes habían pagado en octubre de 1995 el Impuesto de Donaciones sin haber aceptado aún la donación) que su voluntad de donar ya no subsistía y, entendiendo que al no haber formalizado la donación de su participación en la vivienda que había constituido el domicilio familiar a favor de sus tres hijos en escritura pública ni que éstos la hubieran aceptado en momento anterior a la revocación de su *animus donandi*, reputa la misma inexistente y, en base a ello, interpone ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de división de cosa común contra su ex esposa y copropietaria del otro 50 por 100.

Ésta y sus hijos, por su parte, interponen acción declarativa de propiedad sobre la citada mitad indivisa, así como de condena al ex esposo y padre, al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de donación a favor de sus hijos.

Acumulados ambos procedimientos, tanto en primera como en segunda instancia, el fallo fue favorable a la ex esposa e hijos, sobre la base de que: *«el convenio regulador y las estipulaciones en el mismo contenidas no puede ser calificado, como se propugna por el recurrente, de una “mera declaración de intenciones o, si se quiere en este caso, una mera promesa de donación —cuya validez y consiguiente eficacia vinculante en la actualidad la jurisprudencia niega (sentencias de 22 de junio de 1982 [RJ 1982/3437] y 23 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9396])— [...] sino de un verdadero negocio jurídico cuya eficacia vinculante deriva del amplio reconocimiento que la Ley 30/1981 ha reconocido a la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, muy especialmente en las cuestiones económicas y patrimoniales”»*.

págs. 11-14; MACÍAS CASTILLO, A., «Validez de la promesa de donación contenida en convenio regulador de separación», en *Actualidad Civil*, núm. 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2008; RIPOLL JAÉN, A., «Tres sujetos de Derecho en busca de su identidad: donación *versus* convenio regulador», en *La Notaría*, núm. 51-52, marzo de 2008, págs. 13-21, y VIVAS TESÓN, I., «La invalidez de la promesa de donación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, págs. 141-153.

Por consiguiente, se declara la obligación del demandado de otorgar escritura pública de donación de la mitad indivisa de la vivienda que fue del matrimonio.

Interpuesto recurso de casación por el ex marido y padre, fundado en un único motivo al amparo del artículo 1692.4 LEC, denunciando infracción de los artículos 618, 623, 633 y 629 del Código Civil, utiliza los siguientes argumentos: en el convenio, por razones obvias, no han intervenido los hijos del matrimonio; se trata, por tanto, de una mera manifestación de voluntad del recurrente que, en ningún momento, fue seguida por el otorgamiento de la escritura pública; no se ha perfeccionado la donación, porque el donante no conoció en ningún momento la aceptación, que era necesaria, así como el otorgamiento de la escritura pública, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 623 y 633 del Código Civil, razón por la cual no puede decirse que se haya cumplido el requisito de la forma, ni que se aceptara la donación en escritura pública, requisito que es exigido por el Código Civil *ad solemnitatem*, por lo que nunca llegó a perfeccionarse dicho negocio; considera que el convenio regulador no tenía carácter bilateral, puesto que la cesión de la mitad ganancial del piso que le pertenecía no tuvo ninguna contrapartida y no tenía en el momento en que se efectuó otra causa que la simple liberalidad del recurrente a cuyo favor nada se acordaba en el convenio; por último, añadía que, aunque el convenio es un documento público, no es una escritura. En definitiva, alega el carácter no vinculante de la promesa de donación.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación:

FJ. 2.º: «...*En el convenio regulador (...) se contiene una promesa de donación de la mitad ganancial del piso, correspondiente al recurrente, a favor de los hijos del matrimonio. Ello se demuestra por lo siguiente: a) falta la aceptación de los donatarios, que no puede existir en el propio convenio al no poder intervenir, dada la naturaleza del mismo, ni tampoco se produjo en un momento posterior con las formalidades exigidas en el artículo 633.2 del Código Civil, y b) Falta, asimismo, la escritura pública exigida en el artículo 633.1 del Código Civil para la validez de la donación (SSTS de 10 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8465], 5 de noviembre de 1996 [RJ 1996/7904], 31 de julio de 1999 [RJ 1999/6221], 21 de marzo de 2003 [RJ 2003/ 1866], 16 de julio de 2004 [RJ 2004/4379], entre muchas otras). Ello lleva a la conclusión de que el acto de liberalidad realizado por el recurrente deba ser calificado como promesa de donación e implica que debemos examinar si esta promesa produce efectos y, por ello, vincula al promitente, obligándole a otorgar la correspondiente escritura de donación*».

Y continúa declarando en el FJ 3.º de su sentencia:

«Esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación. Ya la sentencia de 6 de junio de 1908 dijo que: “constituyendo un acto de liberalidad, no basta la simple promesa, aunque aquélla fuese aceptada, porque siendo la misma voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada por parte del donatario y en la forma y términos que establece el artículo 632 del Código Civil (LEG 1889, 27)”, por lo que la de 27 de junio de 1914 concluía que si no hay aceptación, no hay donación. Esta doctrina ha venido siendo ratificada por sentencias posteriores entre las que cabe citar las de 25 de abril de 1924, 22 de enero de 1930 (RJ 1930/599), 21 de noviembre de 1935 (RJ 1935/2078), que requiere la aceptación por escrito, 21 de junio de 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, así como las de 22 de junio de 1982 (RJ 1982/3437), 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396), 6 de febrero de 1996 y 19 de junio de 1999 (RJ 1999/4613). La de 25 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7251) afirma que “ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles”. En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquélla en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación.

Sobre esta base debe estimarse el motivo presentado por el recurrente, quien considera que al ser nulo el pacto de donar a los hijos la mitad indivisa correspondiente al esposo del bien ganancial consistente en el piso, debe procederse a practicar la división del mismo. Y ello con independencia de que quizá hubiera sido técnicamente más adecuada la petición directa de la ineficacia parcial de dicho convenio, en lo que se refiere a dicho pacto, para pasar a pedir la división del citado inmueble, lo que, a pesar de su mejor corrección técnica, no impide la estimación del recurso».

Así las cosas, el Alto Tribunal casa y anula la sentencia de apelación, y, revocando la pronunciada en primera instancia, estima la demanda del ex marido y padre, condenando a la ex esposa demandada a la división del inmueble común y desestima la demanda de ésta, absolviendo al demandado.

En una sentencia del día siguiente, 25 de enero de 2008, la misma ponente se pronuncia sobre un caso de pacto entre los cónyuges, en el convenio regulador de separación, de donar a sus hijos unos determinados bienes inmuebles cuando éstos cumplieran veinticinco años, con prohibición de disponer de tales bienes hasta que los hijos alcanzaran dicha edad.

Como era de esperar (por datar del día siguiente al fallo anterior), el Tribunal Supremo vuelve a calificar tal acuerdo de promesa de donación (no de *donación meramente obligatoria*, corrigiendo al marido recurrente que así la denomina) y no de donación, pues en su otorgamiento no concurren los donatarios ni existe aceptación de éstos al no poder intervenir en el convenio regulador, por lo que, en consecuencia, carece de efectos jurídicos (FJ 7.º).

Como puede observarse, la sentencia de 25 de enero de 2008 basa su postura en la falta de aceptación de los donatarios, pero no menciona, como sí hace en la del día precedente, la falta de escritura pública exigida en el párrafo 1.º del artículo 633 del Código Civil para la validez de la donación. Tal omisión podría considerarse como un mero olvido (lo cual creemos, al tratarse de la misma ponente y del escaso tiempo transcurrido entre ambas resoluciones judiciales) o bien como la admisibilidad de la validez de un convenio regulador homologado por sentencia judicial firme de separación conyugal para cubrir la forma escrituraria de la donación inmobiliaria.

Nos surge otra duda: si el Tribunal Supremo considera que falta la aceptación de los hijos donatarios por no poder intervenir, dada su naturaleza, en el convenio regulador, ¿*quid iuris* si la promesa de donación la realiza un cónyuge a favor del otro y, por tanto, interviniente en el convenio?, ¿podría el cónyuge promisorio requerir al promitente para otorgar escritura pública de donación a su favor?

Tal caso se le planteó a la AP de Navarra, que en el FJ 2.º de su Auto de 22 de diciembre de 1994 (48), declaró:

«Es indiscutible que para que una donación de bienes inmuebles sea válida y eficaz debe ser otorgada en escritura pública (Ley 161), requisito que es de solemnidad (párr. 3.º, Ley 18), ahora bien, la circunstancia de que aquella escritura pública no se haya otorgado, constituyendo el objeto del recurso el negar que el esposo pueda requerir a su esposa a otorgar aquella donación en escritura pública a que se comprometió, no convierte en inexistente la obligación que pretende se cumpla por la vía de apremio el donatario-esposo; y es que no nos encontramos ante una simple declaración unilateral por el que una persona (la esposa) asuma una obligación de hacer un acto de liberalidad, sino ante un convenio (por cierto redactado por la parte ahora recurrente) que suscrito de mutuo acuerdo por ambos cónyuges en un procedimiento de separación matrimonial, es aprobado judicialmente por una sentencia hoy firme (documento público). Dicha aprobación convierte aquel convenio en parte integrante de la misma, invistiéndola de la fuerza ejecutoria de que dispone el artículo 919 de la LECiv, y el 90 del Código Civil, de manera tal que si cualquiera de los extremos que aquel convenio contiene no se cumple voluntariamente, se hará efectivo por la vía de apre-

(48) AC 1994/2548.

mio, que es lo que razonadamente pidió el esposo y acordó el Juzgado a quo en el auto ahora objeto de recurso, que debe ser rechazado, toda vez que es exigible aquella obligación, aunque contenga una donación.

Y es que en discrepancia con lo defendido por la parte recurrente, que curiosamente redactó la cláusula que ahora considera inexigible, ningún obstáculo legal existe para poder hablar de una donación obligacional, en virtud de la cual el donatario pueda exigir al donante el cumplimiento de una promesa de donar que éste le hubiera hecho y aquél aceptado como donatario, ya que la amplia definición que del contrato y de amplitud de pactos permiten los artículos 1.254 y 1.255 del Código Civil, y la prevalencia que a la voluntad unilateral o bilateral concede la Ley 7 de la Compilación, hace perfectamente posible, desde el punto de vista legal, que aquella obligación nazca para una de las partes contratantes, máxime cuando, como ocurre en el caso de autos, aquella donación obligacional se contrajo de mutuo acuerdo por ambos cónyuges en un procedimiento de separación como forma de liquidar la sociedad de conquistas, que fue aprobada judicialmente. Siendo igualmente lícito aunque aquella donación obligacional se fundase en una causa de mera liberalidad, que además sería discutible que lo fuera en el caso de autos, pues aun cuando no aparece una contraprestación específica a cambio, aquel acto lo es en el curso de la liquidación de la sociedad de conquistas, que evidentemente tiene un contenido económico.

Si por lo expuesto, y al amparo de la Ley 7 de la Compilación, aquella obligación es lícita y por ende exigible, precedente es conforme al artículo 90 del Código Civil imponer a quien se obligó el cumplimiento del compromiso que adquirió, realizando efectivamente su obligación. El que aquella obligación no figurase en escritura pública, no la convierte en inexistente, ya no sólo aparece aprobada en un documento público, la sentencia firme, con carácter por tanto de solemnidad e investida de fuerza ejecutoria, sino que precisamente lo pretendido es, al existir un contrato de donación en el que la donante ha asumido libre y voluntariamente una obligación frente al donatario en el proceso de liquidación de la sociedad de conquistas, que la donante cumpla con aquella obligación otorgando la escritura pública que como requisito de solemnidad exige la Ley 161 de la Compilación».

De este modo, la Audiencia Provincial reconocía plena validez a la donación de bien inmueble de un cónyuge a favor del otro contenida en un convenio regulador de separación matrimonial aprobado judicialmente.

III. LA FORMA SOLEMNE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

1. LA APORTACIÓN (ORIGINARIA Y SUCESIVA) AL PATRIMONIO PROTEGIDO ES UN ACTO SOLEMNE

Pese a la existencia del principio de libertad de forma que impregna profundamente nuestro sistema contractualista, el legislador de 2003 ha impuesto la forma solemne tanto para realizar la aportación originaria constitutiva del patrimonio protegido (49) como para la posterior de ampliación del mismo.

Concretamente, el artículo 3.3 de la LPPD dispone: «*El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior*» (50), en tanto que en su artículo 4.1 establece: «*Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución*».

De este modo, la Ley impone, tanto a la hora de la constitución inicial del patrimonio protegido como en las aportaciones ulteriores de aumento del mismo, la forma *ad solemnitatem* en documento público (dado que no aclara si *inter vivos* o *mortis causa* (51), entendemos que éste podrá ser escritura

(49) Creemos, compartiendo la opinión de GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, cit., pág. 124, que no es posible constituir un patrimonio protegido sin realizar ninguna aportación inicial simultánea a dicha constitución, puesto que la EM de la Ley afirma que: «*la constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos*». Por consiguiente, el legislador parece exigir que el constituyente del patrimonio aporte en el mismo momento de su creación, sin que parezca permitirse una aportación prometida pero no realizada en el momento constitutivo, si bien ello sólo puede inferirse de la Ley, con absoluta claridad, en caso de constitución indirecta del patrimonio protegido (art. 3.2. LPPD), pero no en la directa.

(50) La nueva Ley 1/2009, de 25 de marzo, ha añadido un párrafo al artículo 3.3 LPPD, referida a la comunicación telemática de la constitución del patrimonio protegido y de las aportaciones al mismo con el objetivo de conseguir un mayor control: «*Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución*».

El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico».

(51) A favor de la constitución *mortis causa* del patrimonio protegido por testamento, siempre que éste respete el contenido mínimo exigido en la LPPD, se muestran DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, cit., quienes basan su parecer en la analogía existente con la creación *mortis causa* de la fundación (art. 9, apdos. 3.º y 4.º de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre), así como GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, cit., pág. 148.

pública y también testamento abierto notarial) (52) o mediante resolución judicial (repárese en la imprecisión legal, pues da a entender que la resolución judicial no debiera considerarse documento público, en contra de lo dispuesto por el art. 1.216 del Código Civil) (53) en el supuesto de autorización por el Juez, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ante la negativa injustificada de los padres o tutor de la persona con discapacidad de constituir el patrimonio o ampliarlo a instancias de un tercero (arts. 3.2 y 4.2 LPPD) (54).

Así pues, a efectos de validez (por tanto, no meramente probatorios ni de publicidad), la constitución de un patrimonio protegido y la posterior aportación a uno ya existente sólo pueden revestir forma pública notarial (55) o resolución judicial (56).

Ello quiere decir que no es posible constituir un patrimonio protegido ni realizar posteriores aportaciones al mismo una vez creado en una forma distinta, ni verbal, ni escrita, no siendo, por tanto, válido un documento privado, que sí lo es, en cambio, para la donación de un bien mueble *ex* artículo 632 del Código Civil (además de la entrega real simultánea), la cual, pese a ha-

(52) El artículo 144 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, de 2 de junio de 1944, en su nueva redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, dispone: «Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.

Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases».

(53) Así lo hace ver GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 147. A nuestro modesto entender, el tenor literal del artículo 3.3 LPPD debería ser: «El patrimonio protegido se constituirá en documento público notarial o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior».

(54) DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, cit., añaden dos supuestos de constitución judicial del patrimonio protegido: el de la constitución solicitada por el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica [art. 3.1.c)] y en caso de discrepancia sobre la pertinencia o no de su constitución entre curador y cuartelado discapacitado.

(55) La SAP de Navarra, Sección 3.ª, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813), en su FJ 2.º, apunta la posibilidad de aprovechar la misma escritura pública para la autotutela y para la constitución de un patrimonio protegido.

(56) El documento público o resolución judicial ha de tener un contenido mínimo indispensable, según impone el artículo 3.3. LPPD: el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido; la determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 5 LPPD. Resulta conveniente anticiparse y tener todo bien atado, en previsión de posibles situaciones que pueden eventualmente darse (por ejemplo, pérdida de capacidad de obrar del beneficiario-constituyente, remoción del cargo de administrador por mala gestión, etc.) y a las cuales se aplicarían las reglas expresamente consignadas en el documento con carácter preferente a lo que, en su caso, decidiese el juez para remediarlas; cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

berse ya perfeccionado, en caso de ser el medio a través del cual se realice la aportación inicial o las ulteriores al patrimonio protegido tendrá que recogerse, posteriormente, en un documento público, lo cual resulta excesivo.

Además, en caso de que la propia persona con discapacidad con capacidad de obrar *suficiente* (57) quisiera constituir o aumentar un patrimonio protegido, hipótesis perfectamente viable pero que el legislador parece olvidar (58), pese a que, en tal caso, no existiría una transmisión propiamente dicha sino un mero trasvase patrimonial (59) (del personal al protegido), el titular-beneficiario tendría que hacerlo, necesariamente, a través de escritura pública ante Notario.

2. UNA DESEABLE ATENUACIÓN DEL RIGOR FORMAL

Ciertamente, consideramos excesivo dicho formalismo legal, no tanto para el acto constitutivo del patrimonio protegido como para las aportaciones realizadas ulteriormente para incrementarlo, lo cual puede motivar la reticencia a llevarlas a cabo, provocando un efecto desincentivador justamente contrario al pretendido por la LPPD.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de aportaciones dinerarias periódicas; cada vez que un aportante decida realizar una es preciso ir a la Notaría y otorgar escritura pública o, incluso, en caso de negativa injustificada a las aportaciones, al Fiscal y éste al Juez. Lo más probable es que, ante dicha situación, desista de aportar.

Es evidente que el legislador debe respetar el sistema contractual existente, tal y como manifiesta en la Exposición de Motivos de la LPPD (60), más

(57) Al respecto, vid. RIVERA ÁLVAREZ, J. M.^a, «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP*, enero-febrero de 2006, págs. 83-102. En relación a la difícil tarea del Notario en orden a la valoración de la capacidad de la persona otorgante de un acto, vid. el interesante trabajo de GÓMEZ GARZÁS, J., «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores*, cit., págs. 216-233.

(58) El legislador ha intentado enmendar dicho olvido en la reciente Ley 1/2009, de 25 de marzo, dando nueva redacción al artículo 8 de la LPPD, referente a la constancia registral, al introducir en el artículo 8.2 el siguiente párrafo: «*Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad, se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal*».

(59) El nuevo artículo 8.2 LPPD lo califica, concretamente, de *adscripción o incorporación al patrimonio protegido*.

(60) Literalmente: «*Por otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha dona-*

concretamente, la forma de las atribuciones patrimoniales (61), pero lo cierto es que la fijación de tantas trabas formales entorpece la creación y posterior aumento del patrimonio protegido, chocando ello, frontalmente, con la finalidad tuitiva de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad que persigue la LPPD.

Ciertamente, la LPPD, en consonancia con lo legalmente previsto respecto a los negocios a título gratuito, requiere forma solemne pública con el propósito de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto de liberalidad que realiza y de garantizar la seriedad y madurez de su decisión, pero, en esta ocasión, nos da la impresión de que este formalismo no está pensado tanto para la existencia jurídica del acto, como para, sencillamente, mantener un estricto y efectivo control que permita apreciar la capacidad de obrar del otorgante por parte del Notario, así como facilitar la prueba de la existencia del acto dispositivo, impidiéndose, de este modo, posibles abusos y fraudes.

No puede olvidarse que la LPPD debe siempre ser interpretada partiendo de que la existencia de un patrimonio protegido es beneficiosa para la persona con discapacidad (*favorabilia sunt amplianda*). Por ello, con el fin de favorecer e incentivar (además de, naturalmente, con unas medidas fiscales mucho más generosas que las actuales) (62), al máximo posible, las constituciones de patrimonios protegidos (aún muy escasos en la práctica) así como las sucesivas ampliaciones de los ya existentes, consideramos (y creemos que es éste el juicio de la colectividad) que debe procederse a una cierta relajación de la solemnidad formal legalmente exigida (63).

En aras de dicha flexibilidad ritual, tal vez el legislador debería exigir el documento público solemne para el acto constitutivo del patrimonio protegido, limitando dicha solemnidad a las aportaciones sucesivas de ampliación no

ción podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente».

(61) Así lo expresa MARTÍNEZ DÍEZ, R., «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), Barcelona, 2005, págs. 172 y 177.

(62) A mejorar, en un plazo de seis meses, el régimen fiscal de los patrimonios protegidos se ha comprometido el legislador en la Disposición Final 2.ª de la Ley 1/2009.

(63) La propuesta no nos parece totalmente descabellada, pues dicha atenuación formal se está produciendo en cuanto a la donación (tanto en relación a la voluntad de donar como a la aceptación del donatario), como hemos tenido ocasión de analizar en páginas anteriores. Además, téngase en cuenta que, a efectos fiscales, para conceder una mayor fiscalidad, las aportaciones al patrimonio protegido no tienen la consideración de donaciones para el beneficiario, sino de rendimientos del trabajo personal *ex* artículo 17.2.k) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

dinerarias o bien dinerarias que superen determinado monto, debiendo permitir que aquéllas de inferior cuantía y de realización periódica puedan todas agruparse en el documento público constitutivo del patrimonio especialmente protegido (64), con el fin de evitar los gastos que conllevaría otorgar una escritura pública por cada aportación (por muy escasa que ésta fuese), las cuales podrían llevarse a cabo mediante ingresos en una cuenta bancaria *ad hoc* (debidamente fiscalizada), al igual que los trasvases patrimoniales realizados por el propio titular-beneficiario del patrimonio.

En cuanto a la aportación, tanto inicial como posterior, realizada mediante resolución judicial cuando se requiera la intervención del juez, a la vista de las sentencias recientemente dictadas en relación a las donaciones realizadas en un convenio regulador homologado judicialmente, no vemos obstáculo alguno para que aquélla pueda, llegado el caso y de manera excepcional, solemnizar una donación ofrecida por un tercero, sin necesidad de que, posteriormente, deba otorgarse documento público notarial (65).

RESUMEN

DISCAPACIDAD PROTECCIÓN PATRIMONIAL

Dentro del espectacular avance legislativo experimentado en los últimos años en España en materia de discapacidad, destaca, especialmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la cual ha creado, por primera vez, un estatuto patrimonial propio de las personas con discapacidad, operando, en nuestro Ordenamiento Jurídico, significativas modificaciones en instituciones

ABSTRACT

DISABILITIES PROTECTION OF THE ASSETS

Within the spectacular legislative progress Spain has made in recent years on the matter of disabilities, Act 41/2003 of 18 November on protection of the assets of persons with disabilities especially stands out. The act created, for the first time, a basic law governing the assets of persons with disabilities. It made significant modifications to classic institutions of Spanish law, and it created entirely new tools of indubitable legal impact,

(64) Si bien como argumento en contra a dicha posibilidad podría esgrimirse el artículo 4.2 LPPD, según el cual las aportaciones no pueden someterse a término, consideramos que el legislador lo que prohíbe, en realidad, son las aportaciones resolubles, de modo que no permite someterlas a término final o resolutorio, pero no a un plazo inicial o suspensivo. De esta opinión, PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*, Madrid, 2006, pág. 81.

(65) En contra MARTÍNEZ DÍEZ, *La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*, cit., pág. 177, para quien «en ningún caso la Resolución judicial, que necesariamente es un documento estatal cerrado, puede solemnizar una donación y la declaración de voluntad de la que emana, lo que sólo puede hacerse en un documento de ciclo estatal abierto, es decir, por medio de escritura pública».

clásicas y creando ex novo herramientas de indudable calado jurídico, en especial, la figura del patrimonio especialmente protegido en beneficio de la persona con discapacidad (incapacitada judicialmente o no).

Dentro de su régimen jurídico, la imposición ex lege de forma ad solemnitatem, tanto para crear un patrimonio protegido como para ampliarlo mediante posteriores aportaciones produce gran perplejidad. De un lado, porque muchísimas son ya las trabas y dificultades que, a diario, encuentran las personas con discapacidad y sus familiares, como para que el legislador establezca una más; de otro, porque nuestro sistema contractualista es tendencialmente consensualista, razón por la cual la solemnidad formal causa enorme extrañeza.

Considerándose excesivo dicho formalismo ritual, no tanto para el acto constitutivo del patrimonio protegido como para las aportaciones realizadas ulteriormente para aumentarlo, lo cual puede motivar la reticencia a llevarlas a cabo, provocando un efecto desincentivador justamente contrario al pretendido por la Ley, en estas páginas se propone una atenuación del rigor formal legalmente exigido, con el fin de favorecer (además de, necesariamente, con unas medidas fiscales mucho más generosas que las actuales), al máximo posible, la constitución y ulterior ampliación de patrimonios protegidos, aún muy escasos.

especially the concept of placing a body of assets under special protection to benefit a person with disabilities (whether legally incapacitated or not).

The ex lege imposition of ad solemnitatem form, both to create the protected body of assets and to enlarge it with later contributions, has aroused a great deal of perplexity. This is because, first, the obstacles and difficulties that persons with disabilities and their relatives meet every day are already so numerous that legislation need hardly establish yet another legal hurdle, and, second, the Spanish system's view toward contractual matters is essentially one based on consensus, so the formal solemnity required by the act strikes people as extremely odd.

This paper considers the ritual formalism excessive, not so much for the creation of a protected body of assets, but for all subsequent contributions made to enlarge that body of assets; the great formality of the process may cause people to be reticent about making contributions, and thus it dulls incentive exactly where the act was intended to create incentive. This paper proposes an attenuation of the formal rigour required by the act (in addition to tax-related measures that must necessarily be much more generous than those currently applied) in order to favour to the utmost the creation and subsequent enlargement of protected bodies of assets, which are still very few.

(Trabajo recibido el 30-3-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)

DICTÁMENES Y NOTAS

Hipoteca en mano común

por

ABIGAIL QUESADA PÁEZ

Abogada

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS PARTIDARIOS DE ACEPTAR LA HIPOTECA EN MANO COMÚN.
- III. AUTORES QUE SEÑALAN LA NECESIDAD DE LA FIJACIÓN DE CUOTAS EN LOS DERECHOS.
- IV. PUNTOS DE CONSENSO Y SOLUCIONES.
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Se ha planteado recientemente el problema de la posibilidad de la inscripción de una hipoteca con pluralidad de acreedores, sin que se especifique participaciones o cuotas indivisas de cada uno. Se trataría de una comunidad de tipo germánico o en mano común en que todos y cada uno de los acreedores serían conjuntamente titulares del derecho de hipoteca y tendrían que actuar al unísono para el ejercicio de tal derecho.

En la doctrina hipotecarista se ha producido una radical división de opiniones, entendiendo unos que es posible la existencia de tal comunidad y que la misma representa ventajas para el deudor y para los acreedores y en cambio otro sector critica tal posibilidad; así Pedro ÁVILA dice que él aceptaría la hipoteca en mano común si se aceptara la posibilidad de la inscripción de una compraventa en mano común.

II. LOS PARTIDARIOS DE ACEPTAR LA HIPOTECA EN MANO COMÚN

Entre los partidarios de aceptar la figura de la hipoteca en mano común figura Juan SARMIENTO, que dice que cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia asegurada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano común o parciario; sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros y pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o en estos convenios de refinanciación, tan de moda últimamente, en los que los créditos de cada entidad se mantienen independientes, pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos), si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es imprescindible la fijación de cuotas en esta garantía real, y ello por varias razones:

1. Admitida la idea de que a hipoteca única corresponde una única ejecución, lo importante no será propiamente la determinación de cuotas en el derecho real, sino la articulación de un régimen adecuado para su ejecución; régimen que puede inferirse directamente, sin necesidad de norma específica, de la concreta naturaleza de la obligación asegurada (si el crédito es solidario, cualquier acreedor puede instar la ejecución a favor de todos, si es mancomunado, el 397 y 398 del CC, resolverán la cuestión, etc.), o que puede ser específicamente pactado cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia garantizada.
2. Porque la hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos, etc. Estos recaen sobre la propia situación crediticia garantizada, y se extienden automáticamente a las garantías, prendas y privilegios (cfr. art. 1.528 CC). Por tanto, cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, lo importante es que ésta quede bien perfilada en el asiento registral; y siendo así, la transmisión de la participación que en dicha situación corresponda a una de las varias entidades acreedoras, llevará consigo la correspondiente participación en la cotitularidad de la garantía real y la sujeción del nuevo cotitular en el régimen establecido para su desenvolvimiento. ¿Para que, pues, son necesarias las cuotas desde la perspectiva de la transmisión en la cotitularidad de la hipoteca? Reflejando en los libros la transmisión de la participación de una de las entidades acreedoras en la situación crediticia asegurada, quedará reflejado el cambio en la cotitularidad de la hipoteca, sin necesidad de mayores especificaciones.
3. Tampoco para la cancelación resulta necesaria la fijación de las cuotas, porque como la hipoteca subsiste íntegra mientras no se pague

toda la obligación garantizada (cfr. art. 122 LH), resultará necesaria la unanimidad para su total cancelación.

Lo importante no son las cuotas en la hipoteca única que garantiza uno o varios créditos pertenecientes a varios titulares, sino la fijación de un régimen claro y completo sobre el desenvolvimiento de este derecho único con pluralidad de titulares.

Admitido lo anterior, las cosas se facilitarían enormemente, pues llegando al absurdo, podría incluso constituirse una única hipoteca a favor de varias obligaciones absolutamente futuras que contraiga una persona con distintas entidades, hasta un importe global máximo y dentro de un plazo determinado, sin necesidad de fijar cómo se distribuye ese importe máximo entre cada una de las entidades favorecidas. En tal caso, y previsto cómo y cuando podrá ejecutarse esa hipoteca de varios titulares, al registro le es ajeno lo demás; cómo se reparta el precio del remate entre los cotitulares, será cuestión a decidir al margen del Registro, en el seno de la ejecución única o en procedimiento aparte entre los cotitulares. A los eventuales titulares de derechos o cargas posteriores les basta con que no se detraiga del precio de remate más de lo señalado por el máximo de responsabilidad fijado, y que las obligaciones que fundan la ejecución puedan efectivamente acogerse a la garantía constituida. Y por el lado de los posibles subadquirentes o embargantes de alguno de los cotitulares de la hipoteca, ningún obstáculo puede establecerse, porque como hemos dicho, éstos no adquirirán o no embargarán la cotitularidad en la hipoteca sino los créditos mismos que puedan resultar garantizados, pero esta adquisición o embargo son ajenos al registro, al menos, en tanto no quede fijado tabularmente que ese crédito transmitido o embargado está acogido a la garantía real.

A pesar del artículo 153.bis LH, no ha de admitirse la hipoteca en garantía de obligaciones absolutamente futuras, cuyo nacimiento dependa de la libérrima voluntad de las partes; sino que tiene que existir una situación actual que de algún modo predetermine ya el posible nacimiento futuro de esas obligaciones a garantizar. La admisión de hipoteca en garantía de obligaciones absolutamente futuras sólo habría de ser posible si se estableciere al mismo tiempo algún mecanismo que permita obtener la cancelación inmediata de esa hipoteca a instancia de un acreedor actual del constituyente que no encuentra bienes libres conocidos para el cobro de su deuda, siempre que no haya nacido aun ninguna de las obligaciones futuras que podrían acogerse a la hipoteca y se advierta oportunamente de la cancelación de la hipoteca a su titular. O esto o la fijación legal de un plazo máximo necesariamente breve —uno o dos años, a lo sumo— durante el cual deban surgir las obligaciones garantizables con tal hipoteca.

III. AUTORES QUE SEÑALAN LA NECESIDAD DE LA FIJACIÓN DE CUOTAS EN LOS DERECHOS

Por el contrario, José Manuel GARCÍA insiste en la necesidad de la fijación de cuotas o porcentajes en los derechos, sean de dominio, derecho reales en general o hipoteca en particular:

- a) En cuanto al dominio y derechos reales en general, sostiene que el párrafo primero del artículo 392 del Código Civil, al referirse a la comunidad proindiviso habla de la comunidad romana, que es lo mismo que decir por cuotas indivisas. La comunidad germánica o en mano común es excepcional y sólo está admitida en la sociedad de gananciales, en la comunidad de Pastos y Leñas y en los Montes Vecinales en mano común, planteándose la interpretación de algún otro supuesto excepcional, pero siempre sobre la base de la regulación legal de esos supuestos, no de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la inscripción y de los derechos reales.

A estos argumentos puede añadirse la resolución de la DGRN, de 8 de julio de 1933, la cual, después de decir que la comunidad de tipo romano es por cuotas ideales a favor de cada uno de los condóminos y que pueden ejercitar en todo momento la acción de división y que la comunidad germánica es aquella en que no corresponde ninguna cuota ideal de facultad de ejercitar la *actio communi dividundo*, excluye la inscripción de una escritura en que se formalizaba una copropiedad consuetudinaria sin cuotas.

También es de interés la doctrina de la Resolución de la DGRN, de 26 de diciembre de 1946, que no admite la inscripción de una adjudicación en condominio solidario a favor de dos personas, porque no se especifica la parte que a cada condueño le corresponde en la finca adjudicada, al establecerse la solidaridad del domino, con posibilidad incluso de que uno solo venda toda ella.

A efectos registrales, la fijación de la cuota indivisa y la libertad de tráfico son de orden público inmobiliario por la necesidad de favorecer la libre disposición de los bienes inscritos y por la necesidad de determinación de los derechos reales respecto a terceros que confían en la precisión de los asientos del registro.

- b) En cuanto a la denominada hipoteca en mano común, tampoco puede ser admitida como tal hipoteca de «titularidad» en mano común. Una cosa es la cotitularidad por razón de la pluralidad de los sujetos con exigencia de cuotas y otra distinta la necesidad de actuación conjunta o ejercicio de la acción por razón de la indivisibilidad de la obligación.

Por razón de la pluralidad de los sujetos sólo hay dos tipos de obligaciones: las mancomunadas, en que es esencial la parte en todo caso; y las solidarias, en que no existe parte en la relación externa, pero sigue existiendo parte en la relación interna. La indivisibilidad de la obligación regulada en los artículos 1.139 y 1.150 a 1.159 del Código Civil no afecta a la cuestión de la titularidad, sino a la de actuación o cumplimiento. Una cosa es la titularidad de la obligación indivisible, que si es mancomunada sigue exigiendo de modo esencial que existan cuotas o partes en el crédito; y otra cosa diferente es la actuación o forma de ejercicio que puede ser conjunta sino cabe el cumplimiento parcial, pero ello no convierte la situación en titularidad en mano común pues siguen existiendo las cuotas.

En el crédito solidario la situación es diferente: la titularidad del crédito tiene dos aspectos: en la relación externa no hay parte o cuotas; pero en la relación interna sí las hay. La clasificación de obligaciones en divisibles e indivisibles es diferente de la clasificación en obligaciones mancomunadas y solidarias; las indivisibles pueden ser, a su vez, mancomunadas o solidarias. Si son mancomunadas requieren la existencia de cuotas en el derecho, aunque en el cumplimiento no sea parcial.

Se suele alegar la indivisibilidad de la hipoteca como otro argumento para la mano común. Pero la accesoriedad prevalece en el sentido de que la hipoteca es en garantía de una obligación principal (art. 1.857 del CC) por lo que si la obligación es mancomunada, tienen que existir cuotas o partes también en la hipoteca como derecho real, pues también existen en el crédito garantizado por ella. La indivisibilidad de la hipoteca sólo tiene aplicación respecto a actos posteriores de la constitución de la hipoteca, no en el momento de la constitución. Así, la indivisibilidad lo único que significa son estas tres consecuencias:

- a) Que si la finca hipotecada se divide entre dos o más no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario (salvo voluntad de ambas partes).
- b) Que si el acreedor fallece y hay varios coherederos, tampoco se produce división del crédito hipotecario (art. 1.860 del CC).
- c) Que si se paga una parte del crédito, no por ello puede pretenderse que se cancele la hipoteca proporcionalmente respecto a la finca, porque sigue gravando en su totalidad en garantía de lo que quede.

Otros autores como BADOSA COLL y AZPITARTE CAMY también distinguen entre la titularidad por cuotas y la actuación conjunta de los acreedores en la

ejecución, insistiendo en la necesidad de señalar cuotas o partes en la hipoteca, con independencia de los pactos sobre actuación o ejercicio conjunto incluso en la ejecución, dice AZPITARTE que los acreedores van juntos pero no revueltos.

IV. PUNTOS DE CONSENSO Y SOLUCIONES

El punto de consenso de los partidarios de la mano común o germanistas y los de las cuotas o romanistas es la posibilidad de precisar la titularidad por cuotas, pero pactando el ejercicio conjunto de la acción y los demás pactos de sindicación, pero sin que ello dé lugar a ninguna comunidad germánica.

La solución consiste en atenerse a los porcentajes o cuotas fijadas en los respectivos contratos de crédito o de *confirming* que figuran en los anexos y que son las obligaciones garantizadas con hipoteca. La hipoteca por su accesoriedad es como el espejo de la obligación garantizada. Realmente en el contrato de crédito no hay hipoteca de máximo sino hipoteca ordinaria en garantía de crédito concedido por partes por cada acreedor. Y en el contrato de *confirming* o de facturas, la hipoteca es de máximo, pero hay que señalar los porcentajes de cada acreedor. Por tanto no puede la hipoteca ser de peor condición, o sea, más oscura que el contrato de crédito o de *confirming* que garantiza. Como cabe la hipoteca en garantía de varias obligaciones y tramos, no importa que haya varios porcentajes pues en la inscripción se copiarían los porcentajes de los contratos de crédito, y en el acta de inscripción se practicaría la inscripción a favor de los acreedores en los porcentajes expresados.

Estos serían los porcentajes de titularidad, no importando que puedan ser varios, pues todos se trasladan a cada finca. Distinta es la cuestión de la actuación conjunta, es decir, la ejecución en que existirá el pacto de ejecución única y los demás pactos de sindicación, que son inscribibles.

En cuanto a las anteriores vicisitudes de cumplimiento por el deudor que puedan referirse, según las fechas, a algunos antes que otros, tampoco hay problema; se pactará que cuando sean satisfechos algunos acreedores, la hipoteca seguirá recayendo sobre la totalidad de cada una de las fincas hipotecadas sin que quede ningún porcentaje para el dueño libre de hipoteca, pues la hipoteca sobre cada finca subsistirá íntegra mientras no se cancele, sin perjuicio de que las cantidades de responsabilidad varíen por razón de parte de los créditos ya pagada.

V. CONCLUSIONES

Queda centrada la cuestión y la polémica en cuanto a la admisibilidad o no de la llamada «hipoteca en mano común». Hemos visto argumentos en pro y en contra de esta figura, siendo lo deseable en aras a la precisión y la más perfecta publicidad de los asientos del Registro que se fijaran las cuotas de cada uno de los acreedores con lo que ya el problema dejaría de existir.

BIBLIOGRAFÍA

- AZPITARTE CAMY, Rafael: «Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios», en *Libro-homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- BADOSA COLL, Ferrán: *Derecho Civil, III*, Marcial Pons.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria», en CARRASCO PERERA, Ángel: *Tratado de los Derechos de Garantía*.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, Madrid, 1994.

RESUMEN

HIPOTECA PLURALIDAD DE ACREEDORES

Actualmente acaba de plantearse el problema de la posibilidad de la inscripción en una hipoteca con pluralidad de acreedores, sin especificar cuotas indivisas para cada uno. Se trataría de una comunidad de tipo germánico o en mano común en que todos y cada uno de los acreedores serían titulares del derecho de hipoteca y tendrían que actuar al unísono para ejercitar su derecho.

En la doctrina hipotecarista se ha producido una división de opiniones, entendiendo unos autores que es posible la existencia de tal comunidad, en cambio otro sector niega dicha posibilidad.

Los partidarios de aceptar la figura de la hipoteca en mano común argumentan la posibilidad basándose en que únicamente sería necesario articular un régimen adecuado para su ejecución.

ABSTRACT

MORTGAGE PLURAL GROUP OF LENDERS

The problem has just recently been raised of the possibility of registering a mortgage featuring a plural group of lenders without specifying indivisible shares for each lender. This would be a Germanic type of community, a commonality of mortgage holders, in which each and every one of the lenders would be the holder of the mortgage right, and they would all have to act in unison to exercise their right.

Opinion in mortgage doctrine is divided. Some authors feel that such a community may exist, while another sector denies that possibility.

The partisans of allowing common mortgages to exist argue for the possibility on the basis that all that would be necessary would be to set up an appropriate foreclosure procedure. In addition,

Además indican que la hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos, etc., pues estos recaen sobre la propia situación crediticia garantizada y se extienden automáticamente a las garantías. También señalan que para cancelar la hipoteca tampoco resulta necesario la fijación de las cuotas, porque la hipoteca subsiste íntegra mientras no se pague toda la obligación garantizada.

Igualmente argumentan que facilitarían en gran manera el mercado hipotecario.

Otro sector doctrinal, en cambio, insiste en la necesidad de la fijación de cuotas o porcentajes en los derechos, diciendo que en nuestro Derecho, la comunidad germánica es excepcional y sólo está admitida en muy contados casos.

Cabe también una postura intermedia, que sería precisando la titularidad por cuotas pero pactando el ejercicio conjunto de la acción.

they point out that the mortgage is never the direct object of legal acts, attachments, etc., as such things pertain to the secured credit situation and are extended automatically to the security. These thinkers also say that it is not necessary to define shares in order to cancel the mortgage, either, because the mortgage remains in force, in its entirety, until the whole secured obligation has been paid off.

Likewise, they argue that such mortgages would greatly facilitate the mortgage market.

Another sector of doctrine, on the other hand, insists on the need to split rights into shares or percentages. They say that in Spanish law the Germanic community is exceptional and is accepted only in very few cases.

There is also room for an intermediate posture, which would be to specify shares of holdership but to accord joint exercise of action.

(Trabajo recibido el 8-2-2010 y aceptado para su publicación en 16-2-2010)

DERECHO COMPARADO

El Derecho turco. Una aproximación al sistema registral turco a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de fecha 13 de noviembre de 2008 (definitiva 4 de mayo de 2009)

por

MANUEL ALONSO NÚÑEZ

*Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
Magistrado Suplente en la Audiencia Provincial de Sevilla*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN:

1. CONSIDERACIONES GENERALES.
2. LA MODERNIZACIÓN Y LA SECULARIZACIÓN COMO FACTORES DETERMINANTES EN LA RECEPCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN TURQUÍA.

II. LA PROPIEDAD EN TURQUÍA. SU FORMA DE TRANSMISIÓN:

1. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD.
2. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES: EL NEGOCIO REAL CAUSAL COMO BASE DEL SISTEMA TURCO Y EL PROCEDIMIENTO LEGAL PARA ADQUIRIR.

III. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO TURCO:

1. ORGANIZACIÓN, COMPETENCIAS Y FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y DEL CATASTRO (*TAPU VE KADASTRO GENEL MÜDÜRLÜĞÜ*).
2. EL REGISTRO CATASTRAL EN TURQUÍA.
3. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA REGISTRAL TURCO:
 - a) *Principio de inscripción constitutiva.*
 - b) *La presunción de exactitud y el principio de legitimación.*

- c) *Principio de fe pública registral.*
- d) *Principio de prioridad. El Libro Diario.*
- e) *Principio de especialidad. La finca como base del Registro. La coordinación del Registro y el Catastro.*
- f) *Principio de calificación registral.*
- g) *Principio de publicidad formal.*

IV. UN CASO PRÁCTICO DEL SISTEMA REGISTRAL TURCO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE Estrasburgo, de 13 de noviembre de 2008 (Definitiva de 4 de mayo de 2009): ASUNTO DEVECIOGLU CONTRA TURQUÍA (Demanda núm. 172003/03):

- 1. RELATO DE HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO RECOGIDO EN LA SENTENCIA.
- 2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y APLICACIÓN CORRECTA DEL SISTEMA TURCO DE REGISTRACIÓN AL CASO ENJUICIADO:
 - a) *Principio de exactitud del registro y responsabilidad del Estado turco.*
 - b) *Principio de fe pública registral.*
 - c) *Sistema de recursos en el sistema registral turco.*

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El actual sistema de Derecho Civil y Registral turco es una traslación del sistema civil y registral suizo regulado en el Código Civil de 10 de diciembre de 1907 y en las Ordenanzas sobre Registro Inmobiliario de 22 de febrero de 1910, que quedó plasmado en el Código Civil turco de 1926.

Las especiales circunstancias políticas, económicas y religiosas en que Turquía se encontraba a principios del siglo XX, hizo que Mustafá Kemal Atatürk (el padre de la patria turca) decidiera que la mejor forma de salir del atraso en que Turquía se encontraba, en relación con otras naciones europeas, era secularizar la nación y hacer una revolución cultural a fondo, rompiendo con el modo de vida tradicional basado en las costumbres islámicas. No obstante, en lo que respecta al Derecho, Atatürk vino a poner la guinda de una evolución que ya había comenzado en los finales del siglo XVIII y que se había ido fraguando durante todo el siglo XIX. Para ello empezó por transformar radicalmente las estructuras básicas de la sociedad turca imponiéndole la forma de vida occidental en todos sus aspectos, lo que conllevó, entre otras cosas, la abolición del antiguo régimen jurídico y la implantación, en gran medida, de un sistema normativo occidental. En concreto, en materia de regulación de la propiedad, su transmisión y su sistema registral supuso una ruptura total con el antiguo Derecho, pues el cambio fue radical. Así, entre

los distintos sistemas europeos de regular la propiedad, Atatürk eligió el sistema suizo de propiedad, su forma de transmisión y su sistema de registración. Pudo elegir otros, como el alemán o el francés o el austriaco, pero eligió el suizo. Quizá lo normal hubiera sido adoptar el sistema de su antiguo aliado, Alemania. Pero frente al rigorismo matemático y geométrico que caracterizaba al sistema alemán, Turquía, desde su nuevo prisma y desde su interés por la modernización, optó sin preocuparse de la lógica jurídica por un sistema de normas claras y sencillas al alcance de todas las posibilidades intelectuales. El sistema suizo era de gran sencillez y tenía más similitudes con las antiguas formas de transmisión de la propiedad turca, al asentarse sobre el negocio causal, y no abstracto, de transmisión, a la vez que establecía un sistema seguro que impedía cualquier modo de volver al sistema feudal antiguo existente en las antiguas regiones, provincias y aldeas del Imperio turco. El nuevo sistema tenía como misión la modernización de las estructuras jurídicas antiguas y debía servir de base para impedir cualquier tentación de volver al sistema amortizado de la propiedad. La elección se basó en un sistema que a la vez que aseguraba a los contratantes la libertad de negociación para la transmisión de la propiedad, aseguraba también una cierta compatibilidad entre los principios y conceptos del pueblo turco con la concepción occidental de la sociedad. A partir de entonces, el Derecho turco debería tener como misión concluir un nuevo sistema asentado sobre el principio de libertad (el principio de autonomía de la voluntad) y en el principio de seguridad jurídica.

2. LA MODERNIZACIÓN Y LA SECULARIZACIÓN COMO FACTORES DETERMINANTES EN LA RECEPCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN TURQUÍA (1)

Para poder explicar el porqué Turquía aceptó como propio el sistema suizo de transmisión de la propiedad, creo necesario hacer un análisis somero de la evolución de la Historia del Derecho turco, pues sin dicho análisis no sería posible entender la recepción del Derecho extranjero. Asimismo, con este análisis corto que nos proponemos hacer a modo de resumen, queremos dar a conocer qué factores contribuyeron a la recepción del Derecho y de los Códigos extranjeros en Turquía, y qué importancia tuvieron dichos factores respectivamente en la recepción.

En Turquía, el proceso de recepción, que empezó hacia la mitad del siglo XIX, vino determinado por dos factores culturales estrechamente relacionados entre sí por una relación causal entre la modernización u occi-

(1) «International social science bulletin». *The Reception of Foreign Law in Turkey*, vol. IX, núm. 1, 1957, UNESCO.

dentalización (*Westernization*) y la secularización de las costumbres y de las instituciones turcas. De estos dos factores, el primero empezó antes que el otro y, por lo tanto, tuvo como consecuencia el segundo. Además, ambos, han ejercido y continúan ejerciendo una influencia irresistible en el desarrollo histórico y, lógicamente también, han influido los factores geopolíticos, culturales y económicos.

La modernización y la secularización turca supusieron la transición definitiva de un sistema de Derecho religioso a un sistema de Derecho secular, llegando a su culmen con la adopción del Código Civil suizo en el 1926, si bien la recepción en Turquía del Derecho occidental había empezado un poco antes. En un primer momento, la recepción del Derecho suizo provocó en Europa tanto curiosidad como escepticismo por parte de la mayoría de los observadores extranjeros, por ser algo nuevo y accidental. Los extranjeros que observaban los cambios que se habían producido en Turquía consideraron las transformaciones surgidas como una adopción abrupta y como algo anormal que generaría grandes problemas. En su opinión, la recepción representaba un corte completo con el pasado a través de la secularización de todo el Derecho turco y entendían que lo que estaba sucediendo era algo revolucionario, en el sentido de que venía impuesto a personas que eran muy religiosas, que concebían su vida bajo el prisma de su religión, cuando durante siglos el Gobierno turco había sido un defensor a ultranza de las creencias del Islam.

Sin embargo, esta manera de pensar no era completamente correcta.

En efecto, contrario a la opinión actual, la secularización completa del sistema de Derecho turco, a través de la recepción, generó menos problemas que la occidentalización general de la vida ordinaria, puesta en marcha dentro del mismo proceso. En opinión de no pocos autores (2), las razones de que no se diera un rechazo por la población turca y fuera aceptada sin mayores problemas la recepción del Derecho suizo se debió a las siguientes razones:

1. La sustitución del Derecho religioso por un sistema de Derecho secular se hizo de conformidad de la evolución general del Derecho que se produjo a lo largo de la Historia turca. No hubo rechazo a esta sustitución en la población, al contrario, ésta lo demandaba por que el Derecho emanado de la religión no cubría sus expectativas. Así, en Turquía, mientras el Derecho llegó a separarse completamente de la religión, aunque con grandes dificultades, gracias a la secularización gradual del mismo, la religión, a través de una secularización regular de las instituciones, se convirtió poco a poco, en una cuestión de orden privado.

(2) H. N. KUBALI.

2. La adopción del Código Civil suizo no representó de ninguna manera una transición muy abrupta, como se supone generalmente, ya que la secularización no fue realmente revolucionaria sino que se produjo lentamente, poco a poco a lo largo de los siglos. El Derecho se fue secularizando con el paso del tiempo a través de una serie de recepciones aplicadas en las distintas ramas del Derecho, siendo la última etapa la adopción del Derecho Civil suizo, completando una evolución que, aunque considerada lenta y un poco tardía, se había desarrollado paulatinamente sin interrupción durante los 150 últimos años.

Entre las distintas razones que están detrás de esta evolución secularizadora del Derecho turco tradicional al sistema legal existente actualmente, se encuentran dos razones que necesitan una atención más específica y están relacionadas, una, con la naturaleza intrínseca de la religión y del Derecho islámico y, la otra, con características nacionales turcas.

Con respecto a la primera, hay que considerar que paradójicamente el factor Derecho islámico facilitó la recepción, ya que el Derecho turco antiguo formaba parte de la religión islámica, de la cual había nacido, y así religión y Derecho se confundían en un primer momento, ya que ambos estaban destinados y tenían una tendencia muy marcada a regular las actividades humanas hasta el más pequeño de los detalles; y, quizá, precisamente por esa tendencia comenzó a perder poco a poco desde el siglo X su validez, por lo menos en lo que respecta a su eficacia como sistema legal con vocación de adaptación a las nuevas realidades que en cada momento reclamaba la sociedad. Por ello, a partir de esas fechas, empezó a distanciarse del espíritu liberal y realista que le había concurrido con el pueblo turco y, finalmente, se convirtió completamente en un sistema rígido, sin capacidad de adaptación. Esto hizo renacer un derecho popular mucho más ágil que respondía más acertadamente a las necesidades del comercio y el tráfico jurídico en general; lo que provocó que en los países islámicos y, especialmente en Turquía, cada vez más se fuera dando una divergencia más acentuada entre el Derecho islámico teórico y el Derecho positivo aplicado.

Con respecto a la segunda razón es importante tener en cuenta que en Turquía un sistema de Derecho espontáneo de carácter secular había estado evolucionando durante siglos al lado de un sistema de Derecho teórico e ideal, basado en la religión y, a veces, en oposición fragante con ésta.

No obstante, la monarquía otomana mantuvo hasta su caída su constitución teocrática basada en la ortodoxia islámica, se involucró en mantener y asegurar su supremacía creciente en el Islam, y seguía utilizando la religión sobre todo como instrumento de conquista en el extranjero y de dominación en el ámbito interno del imperio. Debajo de la superestructura del imperio, un sistema de Derecho secular y nacional se fue desarrollando du-

rante todo este tiempo. Este sistema de derecho debe su existencia a los notarios y los abogados (firmans), a decisiones judiciales y a las costumbres y, también, a la doctrina de juristas turcos de reconocido prestigio, cuyos orígenes lejanos se pueden encontrar en el periodo preislámico de la historia turca. Por consiguiente, nació como producto del espíritu fundamentalmente realista de la población, creado para satisfacer necesidades administrativas, militares y económicas de un gran imperio bajo el cual vivía una población heterogénea cuyos intereses variados tenían que ser conciliados y satisfechos por la monarquía. Turquía no sólo era un país islámico, era un imperio variopinto y con muchas aristas geográficas y poblacionales. Desde el punto de vista histórico además no debemos de olvidar que Turquía antes que islámica fue romana y la cuna del Derecho romano justinianeo y anteriormente una parte de la Grecia antigua.

Según autores prestigiosos turcos actuales, entienden que el desarrollo del sistema recepcionado estuvo favorecido por la existencia en el Derecho turco, desde hace mucho tiempo, de algunas instituciones y reglas extranjeras, algunas incluso contrarias a los principios del Derecho islámico. Casos concretos se pueden nombrar: instituciones referentes a las tierras miris (públicas), el arrendamiento y el uso de ganados caballar, vacuno, bovino y caprino, la fijación de los precios de los alimentos, préstamos con interés, alquiler de la tierra, algunas reglas asociadas a la herencia y, finalmente, algunas sanciones impuestas por los sultanes. Por el contrario, también es cierto que el Derecho de Familia islámico, caracterizado por instituciones como la poligamia y la repudiación unilateral por parte del marido y por su naturaleza muy conservadora, quedó por mucho más tiempo inalterado en la evolución secular. Sin embargo, incluso en este aspecto, fue inevitable que su regulación fuera cambiando por influencia de las nuevas concepciones sociales y éticas, ya que no se adaptaban bien con los propios principios jurídicos turcos. Y así, en los primeros años del siglo XIX, cuando la expansión económica y cultural estaba favoreciendo el avance del feminismo, un fuerte movimiento intelectual tomó auge en defensa de las mujeres y de las esposas, y en contra de los derechos desorbitados que la religión daba a los maridos. En 1917 un Proyecto de Ley, limitando la poligamia y la repudiación unilateral, tuvo por objetivo reconciliar las exigencias de la religión con el espíritu secular, encontrando su apoyo en la revolución moral de las clases cultivadas contra el tratamiento que se daba a las mujeres. Estas instituciones de la poligamia y la repudiación no eran propiamente turcas, sino más bien islámicas; y se daban más en zonas rurales que en las ciudades y entre las familias ricas que entre las de clases medias y bajas.

El éxito de la recepción se aceleró con la constante occidentalización del ordenamiento jurídico a través de la aceptación durante el siglo XIX de instituciones extranjeras. A ello contribuyó enormemente la enseñanza del Derecho occidental a partir de 1870 en las universidades turcas. Por ello, la

llegada al poder de Atatürk no hizo nada más que poner fin al dualismo del régimen anterior, bajo el cual, cada vez más, las leyes basadas en la religión tuvieron menos importancia en la sociedad, pasando a tener por el contrario más interés para el ciudadano turco las nuevas leyes recepcionadas, pues éstas se adaptaban mejor a las necesidades de la vida cotidiana.

Por estas razones, la adopción del Código Civil suizo no provocó ningún problema serio, ya que, como hemos visto, fue la consecuencia, quizá un poco rápida pero natural, del Derecho en el determinismo sociológico. Sin embargo, es cierto que la recepción de los Derechos extranjeros después del Código Civil suizo generó algunos problemas más o menos serios y continuos. Pero estos problemas ya venían dándose anteriormente desde el mismo momento en que empezó la occidentalización en el siglo XVIII. Las fricciones se dieron en todos los sectores de la vida individual y social y en todos los aspectos materiales y morales, aunque en general fue bien recibida por la población turca. Población que no estuvo nunca en contra del progreso de las recepciones de una manera frontal. Era lógico que se produjeran, a veces, algunos problemas pero que sólo hay que valorarlos en su justa medida como los normales en todos los periodos de transición. En efecto, en cualquier país, incluso en aquellos que siempre han tenido el mismo sistema legal una recepción extrema como la turca, aunque tenga lugar en condiciones normales, puede crear dificultades. Esto es debido al choque entre el espíritu reformador del Derecho recibido y la naturaleza conservadora del contexto social en el país receptor. También hay que tener en cuenta, para entender las fricciones que existieron en la recepción, la diferencia inevitable entre las condiciones morales y materiales del mundo occidental y el mundo turco que en muchos aspectos eran irreconciliables, al menos en un primer contacto. Fricciones que poco a poco fueron superadas por el pueblo turco, conservando y recogiendo algunas de sus propias peculiaridades y costumbres en su nuevo ordenamiento jurídico.

Estos hechos han dado lugar a que exista actualmente una opinión entre los juristas turcos de que estas propias peculiaridades y este afán de rapidez que hubo en recepcionar el Derecho suizo de una manera completa provocó la necesidad de reformar el Código Civil turco para adoptarlo a la propia idiosincrasia y peculiaridades de Turquía.

En conclusión, la nueva superestructura del Derecho se ha construido desde mediados del siglo XIX a través de una serie de recepciones, si bien en este proceso de construcción empírico no ha habido ninguna interrupción y se ha ido adaptando a las nuevas necesidades que fueron surgiendo con el pasado de los años. Prueba de ello es que el proceso de recepción no se ha parado. La idea de pertenecer a la Unión Europea de pleno derecho incentiva aún más a los turcos a la recepción en estos momentos, como un medio de adaptación a la legislación europea. Cada nueva legislación, cada modificación de las leyes vigentes tienen siempre en su punto de mira la confluencia

con la legislación europea para que en un futuro no muy lejano pueda ser miembro de la Unión Europea, lo que supondrá que Turquía aportaría a la Unión Europea, aproximadamente, 815.000 kilómetros cuadrados con una población cercana a los 70 millones de personas, de las cuales son trabajadores activos más de 23 millones de personas.

II. LA PROPIEDAD EN TURQUÍA. SU FORMA DE TRANSMISIÓN

1. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD

El artículo 12 de la Constitución turca reconoce el respeto de la nación turca por los derechos y las libertades fundamentales de todas las personas, incluyendo también en este reconocimiento los derechos fundamentales de los extranjeros. El artículo 35 de la Constitución reconoce, con carácter general, el derecho a la propiedad, tanto a nacionales como a extranjeros, y manifiesta que este derecho sólo podrá ser limitado por disposiciones legales. En este sentido, el artículo 16 de la Constitución turca, relativo al Estatuto de los Extranjeros, declara que estos derechos fundamentales de los extranjeros podrán ser limitados por la legislación turca de conformidad con el Derecho Internacional. Por su parte, el artículo 1 del Protocolo número 1 al Convenio del Acuerdo de los Derechos Humanos, firmado por Turquía, también garantiza dichos derechos. Y en concreto Turquía reconoce que: «Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes», ya sean nacionales o extranjeros, y «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional»; y «las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas». Así pues, el acceso de los nacionales y extranjeros a la propiedad está garantizado por el ordenamiento jurídico turco, si bien sujeto, tanto para unos como para unos como para otros, a una serie de limitaciones, como son las derivadas de la protección de zonas militares, mineras, forestales y medioambientales, y otras recogidas en leyes especiales, tales como la Ley 2634 para el Fomento del Turismo; Leyes 6326 y 1702 del Petróleo; Ley 4737 sobre Zonas Industriales; o la misma Ley 6224 del Fomento de Capitales Extranjeros de 1954, hoy derogada por la Ley 4875 de Inversiones Extranjeras (3). Aunque respecto a los extranjeros, la nueva regulación sobre inversiones extranjeras

(3) Sobre la nueva legislación de inversiones extranjeras turca, es interesante el informe de la Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Estambul denominado: «El sector inmobiliario en Turquía», agosto de 2006.

exige que el Derecho de origen del extranjero respete el principio de reciprocidad efectivo. Es decir, sólo el extranjero podrá comprar y llegar a ser titular registral de la propiedad si los ciudadanos turcos tienen los mismos derechos en el país de origen del comprador y, además, este derecho no debe ser sólo teórico sino efectivo. Respecto de ello, el Gobierno turco tiene publicado, por una parte, una relación de países que tienen reconocido esta reciprocidad, como por ejemplo España; por otra parte, otra relación publicada incluye a los países a los que se le exige determinados permisos y requisitos; y existe una tercera relación publicada de países a los que se le deniega la posibilidad absolutamente de poder adquirir bienes inmuebles en Turquía. Por último, las personas que hayan obtenido la condición de refugiados, posterior a 1951, la reciprocidad no se les exigen.

Pero también se reconoce el Derecho de propiedad al Estado, municipios y los pueblos, a las administraciones regionales, provinciales y locales, y a las empresas públicas. Asimismo se reconoce este derecho a las sociedades mercantiles, bancos, asociaciones, sindicatos y fundaciones y todas aquellas que, según la legislación turca, tengan la consideración de personas jurídicas. En Turquía, el más grande e importante de todos los titulares de propiedad es el Estado turco, quien tiene además la titularidad de todos los derechos mineros, petrolíferos, así como es propietario de todas las zonas catalogadas como de interés militar o forestal, si bien respecto a estos últimos tiene compartida la titularidad con los municipios, en algunos casos y en algunos supuestos específicos.

El carácter para determinar la catalogación como zona militar, forestal o minera, viene dado tanto por el carácter de su uso o por el carácter de su utilidad pública. Así el Código Civil turco considera que pertenecen al Estado como bienes públicos todas las zonas rocosas, las colinas y montañas, las costas, los bosques, pastos, caminos, espacios abiertos, cementerios cuya titularidad son del Estado y no necesita ser registradas. Una segunda relación de propiedades del Estado viene catalogada como propiedades especiales del Estado; y en esta catalogación se incluyen los bienes destinados a interés público, tales como hospitales, escuelas, edificios de oficinas gubernamentales, unidades de salud y los bienes inmuebles sin destino especial que persigan igual finalidad. Por el contrario, estas propiedades sí necesitan ser registradas en unos libros especiales que se guardan en los Registros de la Propiedad. Estos bienes no pueden ser transferidos, salvo que su destino inicial se cambie de acuerdo a las normas administrativas y se haga constar el cambio de destino en el Registro de la Propiedad. En cambio, el Estado puede cambiar la titularidad de estos bienes sin cambiar su destino, si lo hace en favor de otras entidades públicas (municipios, regiones...).

El Derecho de propiedad, que viene reconocido en el artículo 633 turco, se enuncia en similares términos a los expresados en el artículo 348 del Código

Civil español. El artículo 633 del Código Civil turco, asimismo, regula la forma de adquirir la propiedad, exigiendo un presupuesto inicial, como es la inmatriculación del bien inmueble que se vaya a adquirir, y tres presupuestos posteriores para ello: *a)* un negocio obligacional causal; *b)* un consentimiento formal a la inscripción (petición o solicitud); y *c)* la inscripción en el Registro de la Propiedad y Catastral. En este sentido, el sistema turco de transmisión de la propiedad es similar al sistema suizo, que se caracteriza por que la transmisión sólo se puede hacer mediante la inscripción del contrato obligacional en el Registro de la Propiedad y del Catastro, previa solicitud.

En lo que atañe a la inscripción, viene regulada en la Ley 2644, del Registro de la Propiedad y del Catastro, modificada por la Ley 5444, de fecha 12 de diciembre de 2005 (publicada en la Gaceta Oficial de 7 de enero de 2006), en lo que se refiere a las adquisiciones por los extranjeros. Si bien hay que tener en cuenta que, respecto a las adquisiciones de bienes inmuebles por extranjeros, el Tribunal Constitucional de la República de Turquía (CCRT), en su decisión número 11 de 2007, publicada en el Boletín (Gaceta) Oficial de 16 de enero de 2008, ha anulado algunas disposiciones de aquella Ley que regulaba las ventas de propiedades a extranjeros en materia de limitaciones, por considerar que su artículo 2.d) ha violado el interés público. Esto obligó a la Dirección General de los Registros y del Catastro a emitir una circular suspendiendo la venta de tierras a los extranjeros «hasta nuevo aviso». Posteriormente, los impedimentos de la adaptación de la nueva ley al ordenamiento jurídico constitucional turco se subsanaron, presentándose de nuevo por el Gobierno un Proyecto de Ley —que fue aprobado— para adecuar la Ley recurrida a la decisión del Alto Tribunal. El proyecto de Ley de modificación y adecuación de la Ley del Registro de la Propiedad y del Catastro a la decisión del Tribunal Constitucional fue aprobado por la Ley 5782 (publicada en el Boletín Oficial de 3 de julio de 2008) y contiene una nueva redacción de dicha Ley del Registro de la Propiedad y del Catastro, en la que se determina con mayor exactitud legal las limitaciones para la protección de la fauna y la flora, la irrigación y utilización de acuíferos, zonas de seguridad nacional, etc.

La legislación administrativa turca somete a la propiedad a importantes restricciones a la hora de establecer la titularidad y a la hora de su adquisición (limitaciones por zonas industriales, militares, medioambientales, urbanísticas, etc.). En concreto, la misma Constitución en su artículo 169 hace una especial referencia a las limitaciones a la propiedad por razón de la protección de los bosques. Y en cuanto al derecho de propiedad de estos establece que: «A. Protección y desarrollo de los bosques: La propiedad de los bosques estatales no serán transferidas a otras personas. Los bosques estatales serán gestionados y explotados por el Estado, de acuerdo con la ley. La propiedad de estos bosques no puede ser adquirida por prescripción [...]». Respecto

de estas últimas limitaciones volveremos sobre ella cuando tratemos el análisis de la sentencia de la Corte Europea de Estrasburgo, de 13 de noviembre de 2008.

2. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN Y TRANSMISIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE INMUEBLES: EL NEGOCIO REAL CAUSAL COMO BASE DEL SISTEMA TURCO Y EL PROCEDIMIENTO LEGAL PARA ADQUIRIR

La constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles está íntimamente vinculado con la organización del Registro Inmobiliario. Así, la preparación de los «Contratos de transferencias» de bienes inmuebles se hace de conformidad con las leyes reguladoras del Registro de la Propiedad y del Catastro, que preceptúan que estos contratos deben hacerse ante los Consejeros de Distritos (Registradores inferiores), según se establece en el artículo 26 de la Ley de Registros de la Propiedad y del Catastro.

El Código Civil turco se inclinó por el sistema romano del título y el modo para la constitución y transmisión de derechos reales sobre cosas muebles; pero tratándose de inmuebles reemplaza la tradición por la inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo esta inscripción constitutiva. La inscripción, como en el sistema suizo y en el sistema alemán, es un requisito esencial, de tal forma que si no hay inscripción no hay transferencia de la propiedad entre los contratantes. Funciona, pues, la inscripción como un requisito esencial, sin el cual el acto de transmisión no existe. Existiendo inscripción la transmisión se produce (*forma dat esse rei*). Pero la inscripción no se fundamenta en un negocio abstracto como en el sistema alemán, sino que, como en el suizo, se exige en el Derecho turco que la transmisión recoja su causa declarada en un negocio lícito (venta, donación, permuta, herencia...), donde adquirente y transmitente declaren su voluntad de transmisión. Posteriormente se exige un acto material, la inscripción, que manifieste exteriormente el cambio realizado en el derecho real. Esta materialización exterior se provoca por la solicitud de inscripción.

Además, a diferencia del Derecho suizo, en el Derecho turco no se exige la escritura pública notarial (art. 216 del CC suizo) (4). La causa no se con-

(4) Sobre esta cuestión, Luis MOSSET DE ESPANÉS, en su artículo «Notas sobre el Derecho Civil turco», publicado en el *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba* (Argentina), año XXXV, 1971, pág. 311 y sigs., decía que: «Turquía ha seguido, en líneas generales, el sistema suizo, pero —desgraciadamente— ha complicado el problema al disponer que el contrato originario, que es la causa de la inscripción, no pueda efectuarse ante un escribano público, sino que exige la presencia del funcionario del Registro Inmobiliario (art. 216 de la Ley del Registro Inmobiliario), si no se ha observado esa forma no se logrará la ulterior inscripción, y si se logra estará viciada de nulidad (art. 933 del CCT)».

tiene necesariamente en una escritura pública notarial, sino que, por el contrario, el negocio obligacional causal podrá recogerse privadamente, v.gr., en un escrito hecho ante un abogado. Las consecuencias de ser el sistema turco causal se podrán de manifiesto si el negocio obligacional contenía vicio de forma en el contrato, que es la causa de la inscripción, pues en este caso acarreará la nulidad del negocio obligacional y subsiguientemente la nulidad de la inscripción. Así es que en el Derecho turco (como también en el suizo), junto a este negocio obligacional, existe el negocio real, dispositivo o de transmisión efectiva del derecho, aparte del negocio obligacional previo. Así, pues, a diferencia del Derecho alemán, basado en el negocio abstracto, en el Derecho turco existe una total conexión entre el negocio real y el obligacional. El negocio real o dispositivo está totalmente comunicado con el negocio obligacional. Si el negocio obligacional no existe o está viciado, ello repercute en el negocio real o dispositivo y con una importante consecuencia: que si el negocio obligacional no existe o está viciado pero no resulta su inexistencia o vicios del Registro, el tercero que adquiere de buena fe confiado en lo que el Registro publica estará protegido por la fe pública registral, «gozará de protección» por el ordenamiento jurídico (art. 1.023 CCT).

Asimismo, en el Derecho turco además de los negocios obligacional y real, existe (en segundo lugar en orden cronológico de actos) una especie de consentimiento formal a la inscripción, pero con notable diferencia con el Derecho alemán: es la solicitud o consentimiento a la inscripción.

Sin embargo, en los primeros años de la adopción del Código Civil suizo en Turquía eran numerosos los contratos de transferencia de derechos reales celebrados sin llenar los requisitos de forma exigidos por la ley; en tales casos los sujetos, aunque creían adquirir esos derechos, no eran verdaderamente titulares, por lo que se plantean numerosas acciones de reivindicación e, incluso, de cancelación de inscripciones que se habían efectuado sin «causa legítima», es decir, sobre la base de contratos que no tenían las formas requeridas. Ante este problema la Jurisprudencia turca vaciló sobre qué solución dar. Pero a partir de los años cuarenta, la Corte de Casación (sentencias de 30 de abril y 10 de abril de 1940, y 28 de junio de 1944) dio una solución final al problema considerando nulas las adquisiciones realizadas sin las formas exigidas por la ley; pero reconociendo en cierta medida la existencia del contrato, al admitir, por ejemplo, que el comprador podía esgrimir la *exceptio non adimplenti contractus*, mientras el vendedor no le restituya el precio pagado por la compra.

Muchos de estos supuestos en los que se transmitía la propiedad sin inscribirla, se debían al mal funcionamiento o insuficiencia del sistema catastral. La implantación del sistema suizo en Turquía topó con el problema de la registración catastral y su acceso al Registro de la Propiedad en el momento de su implantación. Después de varios años de recepción, numerosos in-

muebles aún seguían y siguen sin haberse llevado al Catastro y al Registro de la Propiedad y, en consecuencia, no estaban inmatriculados, lo que dio y da todavía no pocos problemas y dificulta el funcionamiento del sistema. Esta falta de inmatriculación supone que en rigor sus «propietarios» no son tales, pues no tienen la titularidad jurídica del derecho que esgrimen (5). Este problema perdura aún, aunque en menor medida, y casi limitado a las zonas rurales, demostrando que la pretendida coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad es todavía un *desideratum* más que una realidad cumplida.

En resumen, son necesarios en el Derecho turco, una vez inmatriculada la propiedad, tres actos diferenciados para poder adquirir la propiedad: un negocio obligacional (contrato preliminar o precontrato, generalmente); un consentimiento formal a la inscripción ante el Registrador (petición o solicitud); y la inscripción por éste si al calificar comprueba que se han cumplido todas las exigencias de la legislación turca:

a) *El negocio obligacional.* El negocio obligacional se articula en el Derecho turco mediante un procedimiento complejo. Así, quien quiere comprar en Turquía lo primero que tiene que hacer, una vez tenga la convicción de querer comprar, es celebrar un contrato preliminar o precontrato con el vendedor. El otorgamiento del contrato preliminar va unido por lo general a un depósito que constituye un desembolso previo que servirá de arras de garantía hasta la completa finalización del proceso de compra, que culminará con la prestación por ambos contratantes del consentimiento formal a la inscripción ante el Registrador de la Propiedad y su ulterior inscripción. El depósito sirve de garantía al buen fin del negocio. Si el contrato no llega a celebrarse por incumplimiento debido al comprador, éste pierde el depósito que quedará en poder y beneficio del vendedor. Si la imposibilidad de la culminación del negocio se debiera al incumplimiento culpable o a la responsabilidad del vendedor o incluso por causas no imputables al vendedor, éste deberá devolverlo doblado o en la proporción estipulada. También se podrá pactar que este depósito sirva para pagar los gastos de investigación de la propiedad y cuantos estipendios fueran necesarios para culminar el buen fin de la transmisión. La razón de ser del depósito se debe a la misma dinámica del sistema de adquisición de la propiedad turca. Pues, cuando un futuro comprador pretende adquirir una propiedad tiene que realizar una serie de trámites previos que le asegure que quien le pretende vender o transmitir o

(5) En este sentido, MOISSET siguiendo a ELBIR en 1971, en *op. cit.*, pág. 11, asimilaba, a mi parecer no muy afortunadamente, el problema de los bienes inmuebles no inmatriculados en Turquía a las esposas no casadas, al decir que: «En Turquía, al lado de las esposas no casadas existe el problema de los inmuebles no inmatriculados, trazando el paralelismo entre estas dos situaciones de hecho, en las que no existe la titularidad jurídica del derecho, pese a que los sujetos, por desconocimiento de las normas vigentes, crean ser los verdaderos cónyuges o verdaderos propietarios».

constituir un derecho real tiene la titularidad del derecho transmitido o constituido. Ello conlleva saber: a nombre de quién está inscrito en el Registro; si el titular registral tiene la capacidad y legitimación para disponer y, en su caso, asegurarse que dicha propiedad no tiene cargas que impidan su compra o limitaciones que provocarían un menor valor de la propiedad (hipotecas, servidumbres, prohibiciones de disponer...). El depósito responde a la necesidad de garantizar que no se está malgastando tiempo y dinero innecesariamente, pues el proceso de investigación de la propiedad en Turquía es lento, difícil y a veces tremendamente complicado (6), pues no sólo hay que investigar si el vendedor es titular y tiene capacidad para transmitir, sino que junto a los datos registrales hay que tener en cuenta otras circunstancias propias del mismo sistema civil y administrativo del país. Pues el Registro no es la panacea, ni para transmitir el derecho ni para adquirir, ni constituye por sí solo la seguridad absoluta de la adquisición. Junto al trámite registral puramente, hay que realizar otros muchos, pues la presunción de exactitud que se predica de aquél no siempre se ajusta a la realidad y no siempre es defendido por el sistema. Así, será necesario aportar al Registrador una serie de documentos administrativos (certificado de la autoridad militar competente de estar fuera de las limitaciones de las zonas militares que no son pocas, certificaciones del municipio en materia de impuesto y de urbanismo; a veces certificaciones forestales y medioambientales o de zonas industriales...) para convencerle de que además de lo que publica el Registro no existen impedimentos administrativos que bloqueen la transmisión. Una vez que se tienen todos los documentos necesarios, junto con el acuerdo obligacional, se podrán llevar ante el Registrador para ante él dar el consentimiento formal a la inscripción (petición o solicitud de inscripción) y dejar el toro en suerte para que el Registrador califique. Como es de suponer, todo ello provoca un retraso considerable en la realización del negocio real o dispositivo y unos gastos considerables.

No se exige que el contrato preliminar o precontrato se haga ante un Notario (7). No es un sistema, el turco, como el español o el francés, donde se exige, con carácter obligatorio para acceder al Registro de la Propiedad, que previamente se haga ante Notario o que el documento privado previo se eleve a escritura pública notarial, mediante la *renovatio contractus*. Por lo tanto, podrá hacerse privadamente, ante cualquier persona experta (abogados) o ante persona o personas no expertas en derecho (propietario de un café o

(6) Para convencerse de ello sólo tiene el lector que leer los hechos de la sentencia de 4 de mayo de 2009, de la Corte Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa de Estrasburgo, que posteriormente analizaremos.

(7) Normalmente, la actividad del Notario va encaminada fundamentalmente a autorizar poderes, hacer testamentos y otras actividades de otras índoles, pero no impone la ley su monopolio de dar fe pública en la celebración de contratos de tipo traslativo, que sí se impone en los sistemas de corte latino.

ante un taxista...) o por los mismos interesados, pudiendo, en este caso, si se quiere hacerlo sólo ante testigos. Normalmente se hace por los abogados, aunque en las zonas rurales es muy usual el documento privado hecho por los mismos interesados exclusivamente. Ello conlleva no pocos riesgos e inconvenientes a la hora de registrar el convenio obligacional, riesgos que se evitarían si se sustanciara notarialmente. Consecuencia de ello, el notario público o el abogado van a ser los responsables de la correcta tramitación de la investigación de la propiedad, procedimiento previo a la formación de la voluntad de los contratantes.

Normalmente se aconseja que estas actuaciones sean desempeñadas preferentemente por un Notario, pues aun cuando se ha dicho que no es preceptivo, sí es aconsejable, y al menos, en otro caso, se haga bajo la dirección jurídica de un abogado (*proxy*). En este caso, el abogado deberá actuar provisto de poder expreso y bastante, debiendo ser traducido oficialmente en caso de que se trate de extranjeros compradores o vendedores, donde se haga constar que está autorizado para adquirir un bien inmueble concreto, de persona determinada y en las condiciones expresadas en el mismo; asimismo deberá constar en el poder que está autorizado para hacer la petición de adquisición ante el Registro; para obtener un número de identificación fiscal y la obtención de los títulos de propiedad (*tapu*) del Registro de la Propiedad, en nombre del cliente, etc. Esta circunstancia va a ser calificadas por el Registrador.

Así, entre las responsabilidades de investigación del notario o abogado, a modo de ejemplo, podríamos citar las siguientes:

- * Si el vendedor tiene un buen título de propiedad, cuestión que deberá recavarse ante el Registro competente.
- * La información de si es una propiedad plena de la tierra o de aquéllas que le da derecho sólo a vivir ocupando la propiedad pero sin la plena propiedad (propiedad horizontal, multipropiedad, condominio...).
- * Si la propiedad que se va transmitir está afectada a deudas privadas (hipotecas o embargos) o públicas (impuestos).
- * Si el edificio ha sido construido legalmente (licencias urbanísticas, medio ambientales, militares...).
- * Si la propiedad sufre vicios o defectos graves.
- * Recavar la verdadera voluntad de los contratantes.
- * Si existe litigio sobre la finca que se va a transmitir.
- * Si la forma de la escritura es la suficiente o legal para transmitir.
- * Si constan restricciones a la edificación por motivos arqueológicos (*sitalan*), que pueden llegar incluso a la prohibición de no construir jardines o incluso a no poder cortar el césped.
- * Recabar las correspondientes autorizaciones administrativas (militares, mineras, forestales...).

- * La información fiscal por la transmisión (ITP y AJD o IVA).
- * Etcétera.

Todos estos son actos previos para la conformación jurídica del contrato de transferencia, en el que es necesario hacer constar todos los detalles de la propiedad, incluida la descripción de la finca que se va a vender, su ubicación, las especificaciones técnicas, los planos, la fecha de la compra y demás detalles adicionales, el acuerdo de compra y las condiciones de pago, etc.

b) *La solicitud de inscripción.* Posteriormente será necesario que las partes intervinientes soliciten del Registrador su inscripción. Esto sucederá cuando, una vez investigada la propiedad y con todos los documentos necesarios que asegure la inscripción, los contratantes juntos y en un solo acto se presenten ante el Registrador (*Tapu sicil*), solicitando la inscripción. Esta formalidad que exige la legislación turca recuerda a la *iure in cessio* romana (8). La solicitud consiste en la prestación del consentimiento a la inscripción, siendo necesario que el comprador y vendedor estén presentes en el Registro en el momento de proceder a éste el consentimiento formal. Así, la Ley 2644 del Registro de la Propiedad dispone que el consentimiento de las partes debe de ser de mutuo acuerdo para que se dé la transmisión y que con carácter esencial, ambos contratantes o sus representantes debidamente provistos de poder suficiente y expreso (v.gr., abogados), deberán comparecer ante el Registrador (*Tapu sicil*) en el Registro del Distrito (Registro urbano) o Aldea (Registro rural) para que la transmisión se produzca, siendo este acto requisito sin el cual no se podría producir la transmisión. Sólo se da una excepción a la regla de que ambos contratantes estén presente ante el Registrador, y es en los casos de extinción de Derechos reales (hipotecas, usufructos...). Pues, en estos casos basta simplemente el consentimiento formal del titular registral manifestado ante el Registrador consintiendo la cancelación del derecho inscrito, sin necesidad de referencia alguna a la causa de la extinción.

Este consentimiento a la inscripción entendemos que es similar a la petición de inscripción del Derecho alemán, como ya puso de manifiesto SERRANO SERRANO en 1934 (9), ya que en el Derecho suizo, fuente directa del turco, en ningún texto se contraponen petición y consentimiento como términos diferentes, sobre todo cuando el Derecho suizo ha rechazado la doctrina del BGB, que —como se sabe— ha concedido valor constitutivo al contrato real abstracto, mientras que por el contrario el suizo —y entendemos que también el turco— se ha mantenido con toda su fuerza la necesidad del acto causal, lo cual nos

(8) ENNECERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M., en *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III (Derecho de cosas), pág. 182 y sigs., 3.^a ed., Editorial Bosch, Barcelona.

(9) SERRANO SERRANO, Ignacio, en *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo comparado con el Derecho español*, pág. 45, 1934.

lleva a concluir que, a pesar de las importantísimas consecuencias que produce la prestación o no prestación del consentimiento, éste debe de identificarse con la petición de inscripción, puesto que en el sistema turco esta petición no puede desligarse del negocio obligacional ni del negocio real.

c) *La inscripción.* Por último, se procederá a la inscripción. Una vez que estén ante el Registrador, vendedor y comprador o representantes de uno o de otro con poder bastante y una vez prestado el consentimiento o conformidad por el vendedor a la inscripción en favor del comprador y aceptada por éste, la legislación turca exige al Registrador que califique los documentos aportados (el precontrato y documentos complementarios, tales como poderes, la certificación militar negativa en cuanto a no estar la propiedad que se va a transmitir dentro de las limitaciones militares, certificaciones técnicas, municipales, etc.). La calificación se hará por el Registrador hábil encargado del Registro competente, pero bajo la responsabilidad administrativa del Estado. No existe en el sistema turco una responsabilidad directa por parte del Registrador calificador, como es el caso español, dada su condición de sólo funcionario, pero no profesional del Derecho. Así, el artículo 1.007 del CCT dice que: «El Estado es responsable de los daños que se produzcan como consecuencia de la llevanza de los libros del Registro de la Propiedad. Los casos en que exista responsabilidad por parte del Estado se sustanciarán ante los tribunales de la jurisdicción en que estén inscritos [“los bienes”]. Los medios de calificación son los contenidos en la Ley 2644. En concreto, la calificación se basará fundamentalmente en lo que resulte del Registro y de los documentos aportados por los contratantes y versará sobre la forma extrínseca e intrínseca de éstos, sobre la capacidad de los contratantes y sobre la legitimación y representación contenida en los poderes. No existiendo impedimentos formales ni sustanciales contrarios a la legislación, el Registrador debe inscribir la propiedad en favor del *accipiens*, quedando consumada la propiedad en favor del adquirente, y quedando éste protegido por el Registro. La calificación positiva provoca la inscripción de la propiedad en el Registro, da derecho al nuevo titular registral (adquirente) a poder pedir y obtener su correspondiente *tapu* del Registro. El *tapu* es la escritura de propiedad, en su doble condición, tanto como escritura de su derecho como certificado oficial del mismo. En este momento el comprador tiene ya su *tapu* y puede pedir copia al registrador. El *tapu* es el título legitimador de la adquisición efectuada. Es un documento oficial administrativo (escritura y certificado público a la vez) que acredita que su titular tiene los derechos de propiedad sobre una finca. En él se contiene el nombre del titular, las fotografías y la información detallada de la misma, como v.gr., donde se ubica: la provincia (İlli), el municipio o distrito (İlçesi) o pueblo (Köyü), la parroquia (Mahallesi), la calle o avenida (Sokagi) o lugar (Mevki), número de parcela (Ada), polígono (Parsel), la finca rústica donde se encuentra (Niteliği), las áreas que tiene (Yüzölçümü), etc.

Todo ello sin perjuicio de que quepa acción contra esta inscripción por aquellas personas que crean que con ella se le ha producido un perjuicio en sus derechos, si éstos están amparados en la legislación. Por lo tanto, en la legislación turca se establece un sistema de recurso, de tal manera que cabe un primer recurso ante las autoridades administrativas registrales y catastrales y, posteriormente, se puede acceder a la vía judicial cuando las Direcciones regionales o centrales (*tapu ve kadastro Müdürlüğü*) no accedan a su reclamación.

III. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y DEL CATASTRO TURCO Y EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN EN EL SISTEMA DE REGISTRACIÓN TURCO

1. ORGANIZACIÓN, COMPETENCIAS Y FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y DEL CATASTRO (*TAPU VE KADASTRO GENEL MÜDÜRLÜĞÜ*)

Los primeros antecedentes de los Registros Inmobiliarios en Turquía datan de las disposiciones de la época de Solimán el Magnífico (llamado también «el legislador»), y de Ahmed I, aunque estos Registros tenían sobre todo finalidades fiscales, en lugar de la función de la publicidad que hoy les caracteriza. Los juristas turcos afirman que en una primera época estos registros estuvieron bien organizados, pero pronto degeneraron y se convirtieron en algo inútil, lo que provocó prácticamente su desaparición.

La adopción del Derecho suizo hizo que el Gobierno turco tuviera que dar leyes especiales sobre el Registro, y a partir de aquí se creó un Registro inmobiliario, equiparable a los existentes en el resto de Europa, con la finalidad de dar publicidad a los derechos reales sobre inmuebles.

La transferencia de la propiedad en Turquía tiene en el Registro de la Propiedad y Catastro (*Tapu ve Kadastro*) uno de sus pilares básicos cuyas competencias dirige y organiza la Dirección General de los Registros y Catastros desde hace 150 años.

El artículo 997 del Código Civil turco dice: «Existe un Registro de la Propiedad en que se inscriben los derechos sobre bienes inmuebles...». Y el artículo 1.004 dice que: «Los bienes inmuebles se inscriben en los Libros del Registro de la Propiedad correspondientes a la región en que se encuentren situados».

Entre las competencias y funciones que la legislación turca encomienda a los Registros de esta Dirección General (*Genel Müdürlüğü*) están:

- La de registrar y dar publicidad de cualquier tipo de contratos que se celebren sobre bienes inmuebles, tales como la propiedad, derechos de servidumbre u obligaciones inmuebles; gravámenes (art. 1.008 CCT),

así como la registración de las resoluciones judiciales relativas a la protección de derechos objeto de controversias que recaigan sobre los anteriores derechos (art. 1.010 CCT).

- La modificación de las titularidades contenidas en los Registros.
- El control, protección y mantenimiento adecuado de los Registros de fincas (tierras) que están bajo la responsabilidad del Estado, y en este sentido el artículo 1.007 del CCT, dice que: «El Estado es responsable de los daños que se produzcan como consecuencia de la llevanza de los libros del Registro de la Propiedad. Los casos en que exista responsabilidad por parte del Estado, se sustanciarán ante los tribunales de la jurisdicción en que estén inscritos [los bienes]».
- La determinación y configuración de los planes nacionales referentes al Catastro que afecte a bienes inmuebles, así como la aplicación de normas que se aprueben sobre los mismos.
- La aplicación de los principios en que se basa el Registro de la Propiedad y el Catastro.
- La coordinación y desarrollo de los Registros de Tierra, Catastro y los Servicios de Cartografía, dependientes de la Dirección General.

El Organigrama de la Dirección General de los Registros de la Propiedad y Catastros está formado por:

El Director General, bajo cuya autoridad está toda la organización registral, es el máximo responsable del sistema registral turco. Por la importancia de sus deberes y funciones para el interés nacional, la Dirección General está bajo la supervisión de la Oficina del Primer Ministro, respecto del cual es responsable directo de todas sus actuaciones.

La Dirección General está dividida en quince Departamentos cuyas competencias son principalmente de control y asesoramiento y apoyo de las unidades regionales, provinciales o de distritos. Existen quince Direcciones Regionales; 1.001 Direcciones de Distrito que están a cargo de 313 consejeros, todas bajo la supervisión de las Direcciones Regionales. Cada Registro se divide en Secciones donde se hacen constar las correspondientes titularidades de propiedad, condominios, servidumbres, transferencias...

La organización del Registro se lleva por demarcaciones o zonas que suelen coincidir con aldeas o pueblos. Cada transferencia se inscribe por separado en los libros reales (por fincas) y en los libros de titularidades o de contratos. En el Libro-Registro de Tierras se inscriben la propiedad, las hipotecas, las servidumbres, así como todos los demás derechos reales reconocidos por el ordenamiento jurídico turco y que suponga el reconocimiento de derechos en favor de terceros que puedan perjudicar a terceros adquirentes. Estos derechos en favor de tercero también se hacen constar en cada uno de los Libros-Registros antes mencionados.

Cada Consejero-Director de cada Distrito Registral sólo podrá calificar, autorizar y registrar contratos cuyos bienes inmuebles y cuyas titularidades se encuentren en los límites de su circunscripción registral.

La Dirección General del Registro y el Catastro ha realizado un gran esfuerzo para organizar de manera adecuada y ágil sus oficinas y en casi todas las circunscripciones se han creado delegaciones; pero pese a ello subsisten algunos defectos de funcionamiento y dificultades técnicas que entorpecen la coordinación entre Registro de la Propiedad y el Catastro, sobre todo en algunos lugares del país. Ello hace difícil la correcta aplicación de todos los principios que inspiran la legislación registral.

2. EL REGISTRO CATASTRAL EN TURQUÍA

Después de la fundación de la República de Turquía en 1924 se estableció la Dirección General de Títulos de Propiedad. Consecuencia de ello, por Ley de 1925, se creó la primera Oficina Catastral. El artículo 2.613 del Código de 1934, que hizo suyo el Código Civil suizo, preveía que se crearía un Registro Catastral que estuviera coordinado con el Registro de la Propiedad, a fin de que fuera la base física de los Registros de la Propiedad en las ciudades. Posteriormente en 1950 se aprobó otro Código que completó la regulación del Registro Catastral, Código que posteriormente se actualizó y se aplicó a la propiedad y a los derechos reales de los pueblos y aldeas, con el fin de configurar los mapas catastrales que sirvieran de base física a los Registros de la Propiedad en las zonas rurales. En 1987, ambos Códigos se unifican en un sólo Código Catastral, por la Ley 3402, que entró en vigor tanto para las zonas rurales como urbanas.

El objetivo del Registro Catastral turco es determinar la posición geométrica y jurídica de todos los bienes inmuebles de Turquía, tal como se preveía ya en el Código Civil turco. Todos los trabajos catastrales que se realicen deberán seguir las disposiciones que se contienen en el plan de desarrollo y se realizarán bajo la supervisión de la Dirección General de los Registros y del Catastro y bajo la responsabilidad del Estado.

La finalidad del Registro Catastral se dirige a obtener una total coordinación entre el Registro de la Propiedad y en el Registro Catastral. Esta finalidad, como hemos dicho en otros lugares de este trabajo, es un mero *desideratum* por que, como veremos, al analizar la sentencia de la Corte de Estrasburgo, está lejos de responder a la realidad.

La legislación catastral turca determina que el procedimiento para realizar las labores catastrales se hará de acuerdo con los planes catastrales previamente determinados por la Dirección General, teniendo como límites las fronteras administrativas establecidas para cada Distrito registral, ya sea éste

provincial o de menor entidad. Se establece como garantía de los posibles titulares afectados que los planes de actuación catastral deberán ser publicados previamente antes de ser ejecutados por la Dirección Regional de que dependa, publicándose un croquis de las áreas de actuación. Los trabajos catastrales deberán ser realizados por dos funcionarios competentes, en equipos de trabajos compuestos por funcionarios técnicos de catastro, un oficial jefe del Registro de pueblo o barrio (en caso de grandes ciudades) y tres testigos expertos.

El producto final de cada actuación catastral debería de ser la obtención de la documentación técnica exigida necesariamente (como mapas y otros útiles para la identificación de las parcelas catastrales y los derechos reales afectados) para poder inmatricular las fincas del área de actuación aprobado y servirá de base para determinar la titularidad de las propiedades y las posibles ulteriores transmisiones.

Para la obtención de estos documentos se tendrán en cuenta las fronteras naturales o artificiales de la zona catastral, tales como carreteras, caminos, ferrocarriles, arcos, lagos, mares, etc., así como también podrá utilizarse para determinar las zonas catastrales la misma documentación existente sobre las mismas, tales como los títulos de propiedad e impuestos, información del alcalde de aldea o pueblo, expertos oficiales, testigos relacionados directamente con las parcelas catastrales por su trabajo en el campo o en las aldeas o pueblos. Una vez recogida toda la información se indica el titular, se procede a su medición, se establecen los linderos de todos y cada uno de los terrenos y polígonos afectados, y se hacen las correspondientes fotografías del terreno.

Después de todas estas operaciones se puede decir que la propiedad ha quedado determinada tanto física como jurídicamente. Sin embargo, se prevé en la legislación vigente la posibilidad de dar las correspondientes explicaciones del resultado final a todos los intervinientes (Jefe de aldea o barrio, testigos, expertos, de acuerdo con las normas contenidas en la legislación) y la posibilidad de que los interesados puedan oponerse, bien por cuestiones de derecho, tales como no estar de acuerdo a quién se ha adjudicado la titularidad de una parcela, o por razones de hecho, como errores en la cuantía, o no estar de acuerdo con la determinación geográfica.

El recurso o demanda se interpone ante la Corte catastral, siendo un equivalente a nuestro recurso administrativo. El recurso y su resolución tienen como objeto dar una solución al conflicto planteado. A su vez, esta resolución puede ser recurrida ante los Tribunales, si no se está de acuerdo con la resolución de la Corte catastral.

La legitimación para recurrir corresponde a los titulares de la propiedad, pero también pueden hacerlo aquellas personas que, teniendo derechos sobre los bienes objeto de la actividad catastral, se hayan visto perjudicados en sus derechos, incluidas las entidades e instituciones públicas.

Si no se plantean objeciones, o si es firme la resolución administrativa o la judicial, el resultado del procedimiento catastral se hace definitivo desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista geométrico, dándose por aprobados los mapas catastrales; y mediante acta (entendemos que administrativa) se hace constar definitivamente en los Libros del Registro de la Propiedad y del Catastro.

Una vez inscritos los propietarios de las fincas pueden solicitar del Registro algunos servicios, tales como copia certificada de los mapas, bajo pago de los aranceles públicos establecidos por la Dirección General de los Registros.

Cabe la posibilidad de modificaciones posteriores del Catastro. Así, por motivos sobrevenidos se puede renovar los antiguos mapas por otros nuevos mapas catastrales como, por ejemplo, en caso de catástrofes (inundación de la finca, terremotos...) o reconstrucción de la parcela por edificación.

Por último, hay que tener en cuenta que el Catastro se estructura sobre la base del Distrito (dividido en barrios y subdivididos en distritos menores) como unidad en zonas urbanas; en cambio, la unidad es la aldea en zonas rurales; la unidad se mide en kilómetros cuadrados.

3. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA REGISTRAL TURCO

El sistema registral turco se basa en el negocio real causal y no abstracto, que estudiamos anteriormente en el apartado de la adquisición de la propiedad y se basa en los siguientes principios (10) que a continuación analizaremos:

- * El principio de inscripción constitutiva, donde no es requisito esencial la instrumentalización pública de la escritura previa.
- * La presunción de exactitud del Registro derivado del principio de legitimación.
- * El principio de fe pública registral.
- * El principio de prioridad.
- * El principio de especialidad teniendo a la finca como base del Registro.
- * El principio de coordinación entre Catastro y Registro, donde el Registro es llevado por un funcionario público (*Tapu sicil*).
- * El principio de calificación registral, y
- * El principio de publicidad formal.

(10) GARCÍA GACÍA, José Manuel, en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, pág. 401 y sigs., Editorial Civistas, S. A., Madrid, 1988.

ROCA SASTRE, Ramón M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, en *Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 1 y sigs., Bosch, S. A., Barcelona.

a) *Principio de inscripción constitutiva*

El Derecho turco, como en el Derecho alemán y en el suizo, la inscripción de los derechos reales es constitutiva, de tal manera que si no hay inscripción no nace el derecho de propiedad para el adquirente. Pero a diferencia del Derecho alemán, donde la inscripción se articula sobre la base del negocio abstracto, en Turquía (como en Suiza) su sistema registral está articulado sobre la teoría del título y el modo y no sobre el acuerdo real abstracto que caracteriza al Derecho alemán. Ahora bien, en el sistema turco, el modo, tratándose de bienes inmuebles, es sustituido por la inscripción en el Registro, que suplanta con ello a la tradición posesoria. Pero esta regla general, como toda regla, tiene sus excepciones. Así, en los supuestos de ocupación, prescripción *contra tabulas* y otras, la adquisición de la propiedad se produce entre particulares, pero no obstante incluso aquí también es necesario que el ocupante o el que gane la prescripción tengan que inscribir si quiere verse reconocido en los derechos que el ordenamiento jurídico da a los titulares registrales. Del mismo modo, tampoco se exige en el Derecho turco al Estado (el mayor propietario de Turquía) la inscripción de sus derechos de propiedad. En este mismo sentido, aquellas propiedades que se consideren que no tienen dueño, tampoco es necesaria la inscripción, pues en este caso se entiende que todas las propiedades catalogadas como *res nullius* son del Estado. Esto plantea no pocos problemas con relación a los adquirentes de buena fe, como es el caso de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo que posteriormente comentaremos.

b) *La presunción de exactitud y el principio de legitimación*

En el Derecho turco, como en el suizo, rige la presunción *iuris tantum* de que el Registro se presume exacto, salvo prueba en contrario. Presunción que arroja al titular registral mientras no se declare la inexactitud del Registro, en cuyo caso si el Registro era inexacto, corresponde al Estado con arreglo al artículo 1.007 del CCT responder de los daños y perjuicios que se hayan generado por su inexactitud.

Consecuencia de la presunción de exactitud, el titular registral no sólo cuenta con la posibilidad de ejercitar las acciones reales ordinarias, sino incluso también podrá ejercitar las acciones posesorias o interdictales, en el mismo sentido que se recoge en el artículo 937 del Código Civil suizo, que fue la base para sustentar también nuestro artículo 41 de la LH y la base de sustentación de la presunción posesoria de nuestro artículo 38 de la LH. La razón de esta atribución de acciones posesorias reside en la diferencia de medios existente para adquirir bienes muebles e inmuebles, puesto si bien

en ambos supuestos se exige cumplir con la teoría del título y el modo, es cierto también que el modo, la transmisión posesoria, se contempla de distinta manera para unos y otros. Basta la transmisión posesoria en los muebles, pero en los inmuebles esa transmisión posesoria se sustituye por la inscripción en el Registro de la Propiedad. Pero además la legitimación registral es fundamental en el sistema turco a los efectos expuestos, ya que sólo el titular registral tiene la legitimación de la facultad de disponer. Por ello, los *Tapu sicili* deben calificar por lo que resulte del Registro para comprobar que el que se dice transferente es titular inscrito, pues de lo contrario, aunque haya habido dos o más transmisiones no registradas, lo que procederá será recuperar el tracto sucesivo, por los medios que también existen en Derecho turco y que por cuestiones de espacio no es posible detenernos a estudiar en este primer trabajo, pero que existen procedimientos que, aún siendo puramente administrativos, se asemejan, al menos en cuanto a su finalidad, a los recogidos en la legislación suiza y la española.

c) *Principio de fe pública registral*

El derecho turco recoge como principio la protección a terceros derivada de la fe pública registral, en los casos en que existan posibles vicios del negocio obligacional o inexactitudes del Registro de la Propiedad y del Catastro, de tal manera que el que adquiriera la propiedad u otros derechos reales fundándose de buena fe sobre una inscripción en el Registro, gozarán de protección. El Derecho turco, como ya hacía el artículo 973 del Código suizo, recoge el principio de fe pública registral en su artículo 1.023 al decir que: «Gozarán de protección los derechos de terceros que adquieran de buena fe un bien o derecho *in rem*, basándose en la información que figure inscrita en los libros del Registro de la Propiedad».

El ámbito de esta protección abarcaría no sólo al que adquiere a título oneroso sino también al que adquiere a título gratuito. Por el contrario, no se extiende esta protección al heredero, pero no por adquirir a título gratuito sino por ser éste un sucesor a título universal. El heredero no es tercero porque tiene la misma condición que su causante, en virtud de la sucesión a título universal. De este artículo 973 del Código suizo recogió también el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española la frase: «será mantenido en su adquisición». Mientras que en el Derecho turco esta frase: «serán mantenidos en su adquisición» se modifica formalmente por la frase: «Gozarán de protección los derechos de los terceros...».

El Derecho turco, al igual que el suizo, en cuanto al concepto de buena fe, hace recaer la fuerza del mantenimiento de la adquisición en la nota de diligencia, pues al igual que el artículo 974 del Código Civil suizo, esta

diligencia se centra en la idea que el adquirente no sería de buena fe si ha conocido o debido de conocer los vicios. Así, si la inscripción se hizo indebidamente y el tercero conocía o debía de conocer que se había inscrito indebidamente, no quedará protegido por la fe pública registral. En estos casos, el perjudicado por la inscripción indebida puede accionar contra el tercero invocado su mala fe y pedir la rectificación del Registro en base a la irregularidad de la inscripción. En este supuesto tiene especial importancia la investigación de la correcta titularidad registral que el notario o el abogado deben de hacer para provocar la correcta inscripción y presupone la necesidad que notarios o abogados actúen diligentemente, pues bajo su responsabilidad deberá hacerse dicha investigación para una buena redacción del negocio obligacional. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que, independientemente de la diligencia que deben poner notarios o abogados para realizar su misión, la última responsabilidad de dejar entrar y provocar un título (tapu) erróneo en el Registro de la Propiedad y del Catastro en último término será del Registrador (*Tapu sicil*), haciendo responder directamente al Estado turco de las deficiencias del sistema público de registración. La diligencia debida entraría dentro de la diligencia de un buen padre de familia. Este es el caso de la reciente sentencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos de Estrasburgo (Sección 2.^a) de 13 de noviembre de 2008, definitiva de 4 de mayo de 2009, recaída a consecuencia de la demanda número 17203/03, donde se relata un caso en que los adquirentes compraron una granja confiando en los datos del Registro, no habiendo tenido constancia por éste de que dicha parcela era de propiedad estatal y sometida a las limitaciones derivadas de la legislación forestal, cuando los transmitentes de los demandantes habían obtenido una escritura, donde no constaban dicha limitación y había disfrutado de la parcela para uso agrícola durante sesenta años, constando en el Registro que los titulares eran los transmitentes y sin que además constara que existiera litigio sobre la finca adquirida.

Distinto es el problema que se puede plantear si el que adquiere con conocimiento del negocio obligacional previo o sabiendo de situaciones meramente personales, puede ser considerado adquirente de mala fe o no. Parece que predomina una concepción restrictiva de la mala fe, entendiéndose que el conocimiento de situaciones personales no implica necesariamente la mala fe del adquirente, pues en mismo sentido que comentaba don Jerónimo GONZÁLEZ (11), «el conocimiento de los compromisos personales del constituyente no sirve para calificar la adquisición». Se aplican pues los presupuestos germánicos de la buena y la mala fe. En este sentido Ignacio SERRANO (12) señalaba

(11) Jerónimo GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, en *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, 1948, Tomo I, pág. 162.

(12) SERRANO SERRANO, I., en *op. cit.*, pág. 125.

que el conocimiento de la invalidez del Registro (mala fe) debe recaer siempre sobre el derecho real y no sobre el derecho personal, y por tanto no existe la mala fe si el tercero adquirente conoce la existencia de un derecho personal tendente a la constitución de un derecho real.

Por último, el principio de fe pública registral abarca en el Derecho turco también a los datos de linderos y planos de la finca, tal como figuran en el Registro, por lo tanto parece que abarca también a los datos catastrales. El problema que esto plantea supone una cuestión dudosa: ¿Qué predomina a la hora de resolver cuestiones litigiosas, los límites consignados en los planos o los hitos o mojones existentes en el propio terreno? Entendemos que de la legislación catastral que admite la renovación de los datos catastrales se infiere que predominan los linderos catastrales, sin perjuicio de que el que crea que tiene derecho pueda provocar la modificación de dichos planos.

d) *Principio de prioridad. El Libro Diario*

Existen en el Derecho turco libros de propiedad, libros de servidumbres u obligaciones inmuebles y libros de gravámenes (art. 1.008 CCT). Pero a efectos de la praxis registral existe, como en el Derecho suizo y a diferencia del Derecho alemán, dos libros de vital importancia a los efectos del principio de prioridad, que también rige en el sistema turco: El Libro Diario y el Libro de inscripciones.

La fecha de prioridad la da la presentación en el Libro Diario y no el lugar que ocupe el derecho en el Libro de Inscripción. La fecha de inscripción se retrotrae a la fecha de presentación contenida en el Libro Diario, igual que en el Derecho español. Así, los derechos reales nacen, toman su prelación y reciben su fecha por la inscripción en el Libro Mayor. Pero, las inscripciones que se practiquen en el Libro Mayor (Inscripción) han de hacerse, en consecuencia, por el orden de los asientos en el Libro Diario. En el caso que se produzca un error en la inscripción en el Libro Mayor, en principio ha de estarse a lo que resulte del Libro Mayor, sin perjuicio del derecho que le asista al perjudicado para ejercitar la acción de rectificación, ante la Corte Catastral, apoyándose en lo recogido en el Libro Diario.

Respecto al rango, rige como en Derecho alemán, la teoría del rango fijo o de parcelas de valor respecto a las hipotecas.

e) *El principio de especialidad. La finca como base del Registro. La coordinación del Registro y el Catastro*

El principio de especialidad en el sistema de registración turco tiene como base la finca, en base al sistema de folio real, que se inicia con la inma-

triculación de la finca, que es una operación independiente pero coordinada con las distintas transmisiones y constituciones de derechos y en donde el Catastro interviene de modo coordinado con el Registro de la Propiedad. La finca es la unidad del Registro, pues todo el sistema gira a su alrededor, empezando por la inmatriculación registral de la misma, en íntima conexión con el Catastro.

La inmatriculación se practica de oficio por el mismo Estado quien realiza, dadas las especiales particularidades de la propiedad turca, actuaciones de inmatriculación a través de las distintas Comisiones del Catastro. El Derecho turco además tiene la característica de pretender la total coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad, pues el Registro se apoya en los planos catastrales, determinando la base física real de la finca, de tal manera que los linderos resultantes de ellos gozan de protección a efecto de la fe pública. Esta coordinación es más bien un *desideratum* que una realidad, pues siempre no se da esta coordinación, sino al contrario, aparecen muchas veces una descoordinación total entre lo que publica el Registro de la Propiedad y la realidad efectiva.

Otra característica del Derecho turco es un sistema de *numerus clausus*, pues el artículo 1.008 CCT manifiesta que: «Los derechos sobre bienes inmuebles que, a continuación se mencionan, se inscriben en los libros del Registro de la Propiedad:

1. Propiedad.
2. Derechos de servidumbres u obligaciones inmuebles; y
3. Gravámenes.

No obstante, mediante anotaciones pueden constar en el Registro verdaderos derechos personales, gracias a lo cual surten ciertos efectos negativos de derecho real o afección. Así se anotan los derechos personales de compra, opción de compra, arrendamientos, restricciones del derecho a enajenar derivadas de la conservación de derechos litigiosos, embargos, quiebras o reclamaciones de quienes creen tener derecho real inmobiliario o cuya adquisición se hallen pendiente de alguna formalidad o subsanación. Estas anotaciones son oponibles a terceros.

En este sentido el artículo 1.010 del CCT dice que:

«Podrán inscribirse en los libros del Registro de la Propiedad las siguientes causas limitativas de la facultad de disposición:

1. Resoluciones judiciales relativas a la protección de derechos objeto de controversia.

La limitación de la facultad de disposición, cuando se inscriba, podrá ser invocada frente a aquellos que más tarde obtengan derechos sobre el bien».

f) *Principio de calificación registral*

La calificación del Registrador (*Tapu sicil*) es mucho más extensa que en los sistemas de corte alemán, al ser el sistema turco un sistema basado en un sistema causal y no abstracto, dada la amplitud que le da el tener que calificar el negocio obligacional, el negocio real, la petición o solicitud de inscripción y los datos catastrales y administrativos aportados en los términos ya puestos de manifiesto a lo largo de la exposición. La calificación turca se caracteriza por que es más extensa que la que el sistema español confiera al Registrador.

Corresponde al funcionario registrador calificar toda la legalidad, con mayor intensidad si cabe que el registrador español, pues acumula en su calificación todas las competencias que en España corresponden al notario y las suyas propias. La función calificadora debe realizarse con una total diligencia, pues se le impone la exigencia de que el Registro, dada su naturaleza obligatoria y constitutiva de derecho, se encuentre totalmente correcto. No puede entrar en el Registro ninguna operación sin legitimación previa del requirente en cuanto a su derecho de disposición y al título sobre el cual se funda la operación. Así deberá calificar su identidad en relación al titular registral; la capacidad de disponer, la existencia de una causa legítimamente válida; la observancia de las formalidades exigidas en la ley; los documentos justificativos y, especialmente, el *tapu* sobre el cual se realiza el acto y la competencia del juez que emite, en su caso, la resolución judicial y la cualidad de firmeza de la resolución, pagos de depósitos, certificaciones de pagos en caso de expropiaciones, cualidad de heredero, incluso el mismo funcionario puede calificar por los conocimientos que tenga en razón de su cargo aquellos datos que puedan afectar a la titularidad o a la calificación, por estar a su cuidado la exactitud del Registro.

La calificación del funcionario registrador está bajo el control del Servicio Interno de Inspección de la DG de los Registros y del Catastro, y sus decisiones pueden recurrirse ante la Corte Catastral Regional, y contra las resoluciones de ésta cabe el recurso ante los Tribunales de casación.

A diferencia del sistema español en el que es muy discutida la naturaleza de la función calificadora (13), en el sistema turco el acto de calificar no hay duda de que debemos enmarcarlo dentro de los actos administrativos. En este caso el servicio público que cumple la institución registral turca se encuentra dentro de aquellos actos que podríamos denominar como un verdadero acto administrativo, y dado el carácter exclusivo funcional de la autoridad de la

(13) Se discute en nuestro Derecho sobre la naturaleza de la calificación registral. Unos la ubican como un acto dentro de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria. Otros la consideran como un acto administrativo. Recientemente Juan José PRETEL SERRANO lo considera como una actividad cuasi-jurisdiccional (en «La calificación registral y su alcance», en *RCDI*, núm. 712, marzo-abril de 2009, pág. 721 y sigs.).

que emana y a la naturaleza de la función a que está sometido, la función calificadora se desenvuelve como verdadero procedimiento administrativo.

g) *Principio de publicidad formal*

El Registro de la Propiedad turco es público, pero no de forma ilimitada, sino respecto de aquellos que justifiquen o acrediten un interés. Este interés no se refiere a un interés jurídico sino a un interés razonable. Es decir, habrá que demostrar un interés justificado en la consulta, con prueba ligera, que será apreciada por el Registrador competente a su libre arbitrio. Así el interés del cronista de la ciudad o de la persona encargada de la estadística, en consultar las hojas del registro, no es un interés jurídico, sino científico, pero este interés científico pudiera ser justificado. En cambio, el interés de un titular de derechos reales es a la vez interés jurídico y justificado. En este mismo sentido, el que en Turquía desee adquirir una finca, aunque no sea titular de un derecho real, o sea acreedor del titular de la propiedad también tiene un interés justificado y jurídico de consultar el Registro. En todo caso, este derecho de consulta se puede delegar a través de la representación. No lo tiene, en cambio, un interés justificado el/la que vaya a contraer matrimonio y desee saber los gravámenes de la finca de la mujer o el marido, por ejemplo. Por la misma razón, tampoco lo tendrá el padre o madre de él o ella. Si, finalmente, el Registrador considera justificado el interés y permite, en consecuencia, consultar el Registro o facilitar copias del mismo, el propietario no podrá deducir reclamación por ello.

En cambio, en el caso de la negativa por parte del Conservador, cabrá recurso a la Corte Catastral y en su caso en vía judicial.

Para mayor perfección el Derecho turco tiene un sistema de anotaciones o asientos provisionales con objeto de dar mayor cobertura al Registro respecto a determinadas especialidades que, aunque no constituyan derechos reales, merecen protección registral. Es el caso de las anotaciones que se deben practicar, v.gr., cuando se abren procedimientos que afectan a los derechos registrados. El efecto de estas anotaciones es hacer oponibles *erga omnes* esos derechos (generalmente personales) que pudieran surgir como consecuencia de lo resuelto en estos procedimientos. También se dan en las denominadas inscripciones provisionales, v.gr., cuando se ejercita una acción de rectificación del Registro por el que se alega un derecho real.

IV. UN CASO PRÁCTICO DEL SISTEMA REGISTRAL TURCO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO, DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2008 (Definitiva de 4 de mayo de 2009): ASUNTO DEVECIOGLU CONTRA TURQUÍA (Demanda núm. 17203/03)

1. RELATO DE HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO RECOGIDOS EN LA SENTENCIA

La sentencia tiene su origen en la demanda (núm. 17203/03) contra la República de Turquía, presentada el 2 de mayo de 2003 ante el Tribunal de Estrasburgo al amparo del artículo 34 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales («el Convenio») por dos ciudadanos turcos, don Serhat y doña Feriha Devencioglu, en las que los demandantes, basando su pretensión al amparo de los artículos 1 del Protocolo número 1 y el artículo 13 del Convenio alegaron que las autoridades nacionales turcas les habían despojado de sus bienes sin haberles pagado una indemnización y que el derecho interno no disponía de medios eficaces para oponerse a las actuaciones de las autoridades y obtener una indemnización por dicho despojo. La demanda se admitió y el 14 de agosto el presidente de la Sección Segunda decidió notificar la demanda al Gobierno turco.

Entre los hechos y circunstancias del caso relevantes recogidos en la sentencia para nuestro análisis sobre el sistema registral turco, podemos señalar los siguientes (14):

1. En 1926, el Estado turco (el Tesoro) vendió una parcela de terreno conocida como la Granja Yana, situada en Balikesir, a una persona que posteriormente se la vendió a los antecesores de los demandantes («familia Yavas»).
2. El 12 de septiembre de 1986, la Comisión del Catastro Forestal (la «CCF»), llevó a cabo un ejercicio de delimitación de linderos (*tahdit çalismasi*). La finalidad de este ejercicio era detectar áreas forestales que no hubiesen sido incluidas en el mapa catastral. Tras este ejercicio, la CCF determinó que una parte de la Granja Yana había sido calificada indebidamente como suelo agrícola. La CCF la recalificó como suelo forestal. En consecuencia, el 31 de julio de 1987, la CCF inició un procedimiento de revocación, encaminado a la anulación parcial de la escritura de propiedad (*tapu*) (15).
3. El 11 de noviembre de 1987, los predecesores de los demandantes, la familia Yavas, interpusieron un procedimiento ante el Tri-

(14) Se recogen los hechos literalmente de la misma sentencia.

(15) Dato importante a tener en cuenta a efectos del principio de presunción de exactitud del Registro.

bunal Catastral de Marmaris, al haber sido clasificada como suelo forestal una parte del terreno que ellos tenían inscrito. Solicitaban al tribunal que anulase los resultados del ejercicio de delimitación de linderos y reclasificase su terreno como fuera del área forestal.

4. El 24 de octubre de 1988, el tribunal llevó a cabo un estudio topográfico del terreno, con ayuda de tres peritos en ingeniería de montes, agrícola y catastral. El ingeniero de montes dibujó un croquis de la zona y lo dividió en una serie de parcelas, denominadas (A), (B), (C), (D), (E), (F), (F) y (G). Una vez examinado el croquis, el tribunal consideró que estaba conforme con los planes generales del suelo.
5. El 9 de agosto de 1990, el Tribunal Catastral de Marmaris dictó resolución favorable a los predecesores de los demandantes, la familia Yavas, con respecto a las parcelas (A), (B), (C) y (F) sobre el croquis elaborado por peritos designados por el tribunal. No obstante, desestimó la demanda con respecto a las parcelas (D) y (G), por considerar que formaban parte de los bosques estatales. La Dirección de Bosques recurrió en apelación.
6. El 16 de marzo de 1992, el Tribunal de casación casó la sentencia anterior, al estimar que el Tribunal Catastral se había equivocado en su evaluación de la naturaleza del suelo. Observó que, aunque la flora natural hubiese sido destruida, el suelo continuaba siendo forestal. Señaló, además, que el Tribunal de primera instancia se había basado en las escrituras de propiedad presentadas por los litigantes y que la medida del terreno había sido aumentada de 8.000 a 8.640 metros cuadrados en virtud de la sentencia del Juzgado Civil de Erdek, de fecha 8 de septiembre de 1960. No obstante, y dado que la Dirección de Montes no había sido parte en aquel procedimiento en curso, el fallo del Juzgado de Erdek no tenía ningún efecto vinculante a efectos del procedimiento en curso. En consecuencia, el Tribunal de Casación devolvió el asunto al Tribunal Catastral de Marmaris para que volviera a enjuiciarlo.
7. El 15 de junio de 1994, los demandantes compraron la Granja Yana a la familia Yavas. La página correspondiente de los libros del Registro de la Propiedad no contiene ninguna anotación relativa al procedimiento.
8. En fecha no especificada, tras la compra de la Granja Yana por los demandantes, el Registro de la Propiedad de Marmaris invitó a los demandantes a intervenir en el procedimiento. El tribunal acumuló entonces el procedimiento de los demandantes al ya iniciado por la Dirección de Montes, que alegaba que una parte de la parcela número 142/2 se encontraba dentro de los linderos forestales.

9. El 18 de junio de 1994, el Tribunal Catastral de Marmaris llevó a cabo un segundo examen topográfico con ayuda de nuevos peritos.
10. El 14 de mayo de 1995, el Tribunal Catastral de Marmaris desestimó la demanda de los demandantes, basándose en el informe elaborado por los peritos, que concluía que el terreno controvertido en cuestión formaba parte del suelo forestal y que el anterior grupo de peritos se había equivocado en su evaluación. El tribunal ordenó entonces que se registrase la parte del terreno denominada parcela (A) en el croquis, y que medía 1.106,91 metros cuadrados, a nombre del Tesoro, como suelo forestal. La parcela (A) se segregó de esta forma de la parcela número 2, propiedad de los demandantes, y se unió a la parcela número 3, propiedad del Tesoro, como bosque público.
11. El 12 de diciembre de 1995, el Tribunal de Casación casó la resolución, basándose en un insuficiente examen de los hechos. Además, el tribunal consideraba que el derecho de apelación de los demandantes (que entre tanto habían heredado la granja) había prescrito en relación a las parcelas (D) y (G). Las partes aceptaron, por tanto, que las parcelas (D) y (G) formasen parte de los bosques públicos.
12. Posteriormente el procedimiento relativo al nuevo examen por parte del Tribunal de Casación y el Tribunal Catastral de Marmaris continuaron, y se elaboró un nuevo croquis del terreno objeto de controversia. El nuevo croquis calificaba a determinadas partes del terreno como parcelas (D1) y (F1).
13. Finalmente, el 24 de noviembre de 1999, el Tribunal Catastral de Marmaris falló que las parcelas (A), (B), (C), (D1), (F) y (F1) formaban parte del suelo forestal. Señaló, no obstante, que las parcelas (C) y (E) eran suelo agrícola. El tribunal desestimó la demanda de los demandantes y falló que la parcela (D1), que medía 1.106,91 metros cuadrados, debía ser registrada a nombre del Tesoro y que el suelo restante, que medía 19.176,09 metros cuadrados, se registrase a nombre de los demandantes (la mitad del terreno para cada uno de ellos). Tanto los demandantes como la Dirección de Montes apelaron.
14. El 30 de octubre de 2000, el Tribunal de Casación desestimó la apelación de los demandantes. No obstante, sólo admitió la apelación de la Dirección de Montes con respecto a la parcela (F1). El tribunal consideró que el tribunal de primera instancia no se había pronunciado con respecto a la parcela (F1), aunque hubiese llegado a la conclusión de que dicha parcela formaba parte del suelo forestal.

15. El 25 de diciembre de 2000, los demandantes solicitaron al Tribunal de Casación que rectificase la resolución anterior por lo que se refería a la parcela (F1).
16. El 13 de junio de 2002, el Tribunal Catastral de Marmaris ordenó la inscripción de la parcela (F1) a nombre del Tesoro. Señaló que la sentencia relativa a las parcelas (A), (B), (C), (D), (D1), (E), (F) y (G) ya era definitiva y que, por tanto, no era necesario volver a pronunciarse.
17. El 7 de marzo de 2002, el Tribunal de Casación desestimó la solicitud de los demandantes de rectificación de la resolución de fecha 25 de diciembre de 2000. Esta resolución fue notificada a los demandantes el 11 de noviembre de 2002.
18. Los demandantes han limitado su demanda ante el Tribunal de Estrasburgo a la parcela (F1).

En resumen, las alegaciones de los demandantes se fundamentaban en la vulneración del artículo 1 del Protocolo número 1 al Convenio ya señalado anteriormente, pues entendían que el Estado turco había clasificado una parte de su terreno como bosque público y había sustraído su propiedad de la esfera de sus titulares registrales, sin que hubiera mediado indemnización alguna por ello. Se les había, pues, privado ilegalmente de la titularidad de la parcela (F1), infringiendo tanto el derecho interno como el Derecho Internacional. «Subrayaban, en este sentido, que el terreno objeto de controversia había sido vendido por el Estado a una persona en 1926 y que, a partir de aquel momento, había cambiado de manos como suelo agrícola, conforme a la legislación nacional. Los datos obrantes en el Registro de la Propiedad no contenían ninguna anotación indicativa de que se tratase de bosque público, o que impidiese su enajenación. Por lo tanto, habían adquirido el terreno a su anterior propietario de buena fe y confiando en las inscripciones oficiales obrantes en el Registro. Sin embargo, la CCT y los tribunales nacionales habían descrito el terreno en cuestión como bosque público, en contra de las inscripciones del registro que acreditaban su propiedad, y habían desestimado injustamente su reclamación judicial. Los demandantes alegaban, además, que la privación de su terreno les había forzado a vivir en la pobreza, por que había constituido la principal fuente de ingreso».

Por su parte, el Gobierno turco alegó que los demandantes nunca habían sido dueños de la finca litigiosa y no gozaban del derecho de propiedad sobre el terreno discutido en el sentido del artículo 1 del protocolo número 1, pues habían comprado el terreno cuando el derecho del vendedor estaba sujeto a controversia, pues ellos compraron en 1994 y el litigio sobre el terreno se estaba sustanciando desde 1987 y, en consecuencia, nunca fueron propietarios. En estas alegaciones fundamentaban el no haber infringido el artículo

lo 1 del Protocolo número 1, pues no se daban los parámetros exigidos por este artículo.

El Tribunal de Estrasburgo, para resolver el caso, partió del análisis de los artículos 1 del protocolo número 1 y del artículo 13 del Convenio, separando en su estudio la cuestión sustantiva propiamente dicha de la cuestión formal o de tutela efectiva de los demandantes.

Así, en cuanto a los fundamentos en que basa sus razonamientos de carácter sustantivo propiamente, el Tribunal parte de dicho artículo 1 del protocolo número 1, que dice:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

El Tribunal, analizando este artículo, entiende que éste contiene tres normas: una primera general, contenida en el primer párrafo que recoge un principio de carácter general que consagra el goce y disfrute pacífico de los bienes; una segunda, que se refiere a los requisitos que serán necesarios para poder privar de sus «posesiones» a los titulares; y la tercera, que recoge el reconocimiento a los Estados de controlar el uso de los bienes. Y en base a estas tres normas, que no son excluyentes sino complementarias, entiende el Tribunal que como las dos últimas normas contenidas en este artículo se refieren a casos en los que se produzca interferencias en el disfrute pacífico de los bienes, ésta debe conectarse con la primera que recoge el principio general que establece el derecho que tiene todo titular a ser respetado en su propiedad. En este sentido, entiende que este derecho ha sido vulnerado, pues el Gobierno turco desconoció esta norma realizando una expropiación sin la correspondiente indemnización. Para ello se fundamenta en que ha quedado demostrado por los demandantes que tenían la propiedad de la parcela litigiosa por que: 1. Compraron, amparándose en lo que el Registro publicaba, que es la única autoridad en Turquía encargada de la inscripción y transmisión de bienes inmuebles. 2. De acuerdo con el Derecho turco, cualquier limitación relativa a los bienes debe ser inscrita en los libros del Registro de la Propiedad. 3. No conocieron ni hubieran podido conocer que la parcela estaba sujeta a las limitaciones nacidas de su condición de bosque público. 4. Obtuvieron su inscripción y una escritura reconociendo por parte del Estado su derecho a través del Registro de la Propiedad. 5. Los derechos de los demandantes que adquirieron bienes basándose en la información que obra en el

Registro de la Propiedad y que éste publique están protegidos y cualquier daño o perjuicio que resulte de la mala llevanza de los libros es responsabilidad del Estado turco.

En cuanto a la cuestión de la vulneración del principio de tutela efectiva, el Tribunal acogió también este argumento de los demandantes en base al artículo 13 del Convenio, pues éstos alegaban que no existían recursos internos eficaces para obtener una indemnización.

Efectivamente el artículo 13 del Convenio ampara a los demandantes al decir que: «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». De los hechos y circunstancias que rodearon al caso litigioso se observa que claramente no hubo la posibilidad efectiva de recibir una satisfacción por la privación de su derecho desde el punto de vista procesal; y en consecuencia tampoco la hubo para que materialmente este resarcimiento del perjuicio causado tuviera su compensación equilibrada y equitativa. Se infringió, por parte del Gobierno turco, el derecho sustantivo, registral y el procesal.

En consecuencia, el Tribunal de Estrasburgo, al encontrar que se había producido una violación del Convenio y de sus protocolos y como el derecho interno turco sólo permitía de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, declaró admisible la demanda y falló, entre otros asuntos, que respecto de la cuestión relativa al artículo 41 del Convenio, referente a la cuantificación de la indemnización, invitaba al Gobierno turco a presentar sus observaciones escritas al respecto y en particular a informar al Tribunal sobre los acuerdos a que pueda llegar con los demandantes.

A los efectos del Derecho Registral turco, tenemos que poner de manifiesto que la sentencia del Tribunal del Estrasburgo analiza en su punto 34 los supuestos de incumplimiento de la legislación turca, declarando infringido el principio de fe pública registral y de tutela efectiva contenido en el Convenio.

Conforme al principio de fe pública registral, el sistema registral turco prevé en el artículo 1.023 del CCT que: «Gozarán de protección los derechos de terceros que adquieran de buena fe un bien o derecho *in rem*, basándose en la información que figure inscrita en los libros del Registro de la Propiedad». En el caso enjuiciado por el Tribunal de Estrasburgo se da el caso que los demandantes compraron, amparándose en lo que publicaba el Registro, que en el momento de la adquisición no contenía inscrita la limitación de bosque público sobre el bien litigioso. Por lo tanto, no publicaba esta limitación y, en consecuencia, dado el carácter restrictivo que la legislación turca da a la mala fe habría de haber entendido que dicha limitación no podría haberse opuesto contra aquellos por considerárseles terceros. Efectivamente, cuando compraron en 1994 en el Registro de Marmaris, dicha limitación

no existía. Es más, desde 1926 en que se vendió por el Tesoro turco a una persona que a su vez después la volvió a vender la finca a la Familia Yavas, la finca había sido explotada como finca agrícola, por lo que ni siquiera se sabía externamente su dedicación como bien forestal. Por lo tanto existían en origen dos circunstancias que presuponían, al menos, la buena fe de los demandantes: una de hecho, como era su dedicación agrícola, y otra de derecho, pues en el Registro no constaba la limitación impeditiva de la propiedad a ser vendida como libre, por lo que los adquirentes, según el mismo derecho turco, eran dueños de la finca al haber adquirido de su titular registral en los términos previstos en la legislación turca y haber obtenido una escritura (*tapu*) del mismo Estado turco. A estas dos circunstancias hay que añadir una tercera: en el Registro no constaba por ningún medio apto (anotación) en el momento de la venta que se estuviera siguiendo un litigio sobre el bien. Esto reforzaba a un más el carácter de titulares del dominio de los demandantes, según el mismo Derecho turco. El hecho de que el Registro de Marmaris en fecha no determinada tras la compra invitara a los demandantes a intervenir en el procedimiento abierto, no conllevaba ninguna pérdida de sus derechos, pues esta invitación, al ser posterior a la venta, no les sustraía ningún derecho previamente ganado.

Los distintos croquis que se hicieron por el Catastro en sucesivos momentos no impiden para nada el hecho de que pudieran ser expropiados, pero en este caso si esta actividad, legítima de todo Estado, se pusiera en marcha, debería hacerse con todas las garantías exigidas en el artículo 1 del Protocolo número 1 al Convenio. Es decir, respetando la propiedad, y en caso de necesidad de expropiación por causa de utilidad pública, debiera dárseles la correspondiente indemnización de acuerdo con la legislación específica de la materia. Otra cosa sería un expolio.

La solución que el Tribunal de Estrasburgo acogió, admitiendo la demanda e invitado al Gobierno turco a ponerse de acuerdo en la indemnización a que tenían derecho los demandantes, tiene también su respaldo en la legislación turca. Pues de los fundamentos de derecho base de la resolución se infiere que el Estado turco había infringido su propia legislación al desconocer los principios básicos de su sistema registral y, en consecuencia, era él el que tenía que responder por los errores de sus funcionarios. Así: 1) No hicieron constar la limitación de bien forestal en el registro; y 2) No hicieron constar mediante anotación la existencia de litigio sobre la finca, provocando la aparición de un tercero protegido por la fe pública registral, principio básico del sistema registral turco. Por ello, es al Estado turco a quien corresponde reparar el daño causado, de acuerdo con su legislación.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y APLICACIÓN CORRECTA DEL SISTEMA TURCO DE REGISTRACIÓN AL CASO ENJUICIADO

a) *Principio de presunción de exactitud del Registro y responsabilidad del Estado*

En el caso recogido en la sentencia, se pone de manifiesto como en 1994 los demandantes compraron, fiándose de lo que el Registro de Marmaris publicaba, que no era más que los transmitentes tenían inscrita su titularidad dominical (eran propietarios) y que no pesaba sobre la finca ninguna limitación que se les pudiera oponer. Es decir, que los demandantes compraron confiando en lo que les decía la única institución encargada de la inscripción y transmisión de bienes inmuebles: el Registro de la Propiedad. De acuerdo con el derecho y práctica nacionales compraron de los que aparecían como dueños y sabiendo que no existía limitación alguna sobre los bienes transmitidos, pues de acuerdo con el Derecho nacional turco, cualquier limitación relativa a los derechos transmitidos deberían haberse inscrito en los libros del Registro de la Propiedad. En este sentido, el artículo 1.010 del CCT, párrafo 2.º dice: «La limitación de la facultad de disposición, cuando se inscriba, podrá ser invocada frente a aquellos que más tarde obtengan derechos sobre el bien». *A sensu contrario*, la limitación que no está inscrita no puede perjudicar a terceros adquirentes. Lo cierto es que esta obligación que competía al Estado turco, y en su caso a los originarios adquirentes, de haber hecho constar en el Registro la limitación de que la parcela litigiosa estaba sujeta a las limitaciones provenientes de su condición de bien forestal no se llevó a cabo. Existió, pues, una deficiencia de constancia en la publicación de la limitación. La publicidad que daba el Registro no era la correcta. La información que les facilitó el Registro a los demandantes se presumía exacta. Esta presunción de exactitud hizo que se creara una situación jurídica protegida desde un primer momento. El Estado turco, de acuerdo a su propia legislación nacional, debería haberlos protegidos de acuerdo con el artículo 1.023 CCT como titulares. Pero no lo hizo y, por el contrario, no los tuteló ni desde el punto de vista sustantivo ni desde el punto de vista procesal, produciéndose una situación de desamparo que dio lugar al despojo del derecho sin justa causa, por considerar a los demandantes como no dueños, y además no les dio los resortes procesales para poder defender sus derechos adecuadamente, como corresponde a un Estado de Derecho, mediante un sistema de recursos eficaces.

En consecuencia, el desconocimiento del principio de presunción de exactitud del Registro dio lugar a un tercero protegido por la fe pública registral, pues si bien en el Derecho turco la inscripción hace dueño al que adquiere, basado en los postulados jurídicos exigidos por la legislación turca, por sí

sola no conlleva siempre necesaria y absolutamente esta adquisición, pues también existe el principio que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos en origen.

Pero en el supuesto enjuiciado en la sentencia vimos que los demandantes era subadquirentes de segundo adquirente y, en estos supuestos, sí procedería la protección del artículo 1.023 del CCT. Esta protección que predica dicho artículo debería, al menos, haber sido dirigida por el Gobierno turco al reconocimiento de sus derechos como propietarios, pues el Registro publicaba una situación concreta en la cual se apoyaron para adquirir sus derechos los demandantes, sin perjuicio que después se hubiera apreciado el interés público medioambiental del suelo, instando el correspondiente procedimiento expropriatorio con el pago de su justiprecio.

Por el contrario, el Gobierno turco consideró que, al no ser dueños, tenía derecho a despojarlos de su derecho sin indemnización alguna. Por lo tanto, todo ello se debió a un cúmulo de errores de la Administración turca, lo que va a hacer responsable al Estado turco, en base al artículo 1.007 del CCT, que dice: «El Estado es responsable de los daños que se produzcan como consecuencia de la llevanza de los libros del Registro de la Propiedad. Los casos en que exista responsabilidad por parte del Estado se sustanciarán ante los tribunales de la jurisdicción en que estén inscritos [los bienes]». Fue el mismo Estado turco con sus errores en la llevanza de los libros el que creó una apariencia registral en la cual se ampararon los demandantes y, en consecuencia, el daño o perjuicio causado de la llevanza de los libros es responsabilidad del Estado turco, quien tendría que haber asumido el anormal servicio de su Administración. Sin embargo, la legislación turca reconoce al Estado su derecho a poder expropiar cuando el interés general o la utilidad pública lo demanden. Por ello, la solución lógica que habría de haberse dado debía de haber partido de la conciliación, mediante la integración del ordenamiento, de todas las disposiciones del ordenamiento jurídico turco, de tal manera que se debería haber activado la normativa sobre las limitaciones forestales después de haber cumplido con la legislación registral y, en concreto, las disposiciones emanadas del principio de fe pública registral.

b) *Principio de fe pública registral*

En este sentido, el artículo 1.023 del CCT dice: «Gozarán de protección los derechos de terceros que adquieran de buena fe un bien o derecho *in rem*, basándose en la información que figure inscrita en los libros del Registro de la Propiedad».

Este artículo, semejante al artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria (también a la legislación hipotecaria alemana), habla de que «Gozarán de protec-

ción...», en términos parecidos a nuestro artículo 34, que habla de que «será mantenido en su derecho».

La conciliación de este artículo 1.023 del CCT con la legislación administrativa en favor de las zonas forestales y medioambientales tiene fácil solución y no debe de plantear problema, pues aun cuando este artículo 1.023 es categórico a la hora de proteger a los adquirentes que compraron confiando en la información que le suministraba el Registro de la Propiedad, no es contrario a la aplicación de la limitación forestal administrativa. Ambas disposiciones son aplicables. Así, el artículo 1.023 va a defender a los adquirentes, quienes seguirán siendo propietarios en los términos que publicaba el Registro. Pero este artículo no va a impedir que el Estado turco pueda hacer suya la parcela litigiosa por causa de utilidad, pero siempre con la correspondiente indemnización preceptiva, pues lo que no cabe es que un Estado que ha firmado la Convención de Derechos Humanos proceda a apropiarse de un bien infringiendo el artículo 1 del Protocolo número 1 al Convenio, aunque sea por una justa causa (el medio ambiente), sin que proceda dar una respuesta equitativa al acto de expropiación a través de la correspondiente indemnización. Esto fue lo que incumplió el Estado turco. Expolió un derecho de unos particulares en base a una pretendida inexistencia del derecho de propiedad en los demandantes, desconociendo el principio de fe pública registral y la normativa de expropiación. Consideraba que los demandantes no eran terceros protegidos por que le faltaba el requisito de la buena fe. Entendía el Estado turco que los adquirentes-demandantes sabían que la parcela comprada, según el Registro, era litigiosa. Cuestión que no era cierta, al menos de lo que resulta de las actuaciones. Ciertamente es que los antiguos titulares, transmitentes de la parcela, estaban en litigio con el Estado turco desde 1987, a consecuencia de una delimitación de linderos llevada a cabo por la Administración catastral en 1986, pero por ningún medio de prueba se constata que antes de la compra supieran de esta circunstancia los demandantes. En cambio, sí constaba que el Estado turco no había hecho uso de la previsión de anotar las demandas y procedimientos en curso, ya sea vía de anotaciones o de asientos provisionales. Tampoco constaba que el Tribunal Catastral hubiera ordenado la modificación a través de la renovación de los asientos, lo que supuso además una nueva negligencia por parte del Estado turco. Sólo en fecha posterior a la venta (y por lo tanto a la inscripción), el Registro de la Propiedad de Marmaris invitó a los adquirentes a intervenir en el procedimiento seguido contra dicha parcela (F1). Es en este momento cuando hay que pensar que tomaron conocimiento de la nueva situación catastral y de su posible limitación forestal. Resulta cuando menos paradójico que fuera el mismo Estado turco el que vendiera en 1926 a los antecesores de los transmitentes dicha parcela y sólo a partir de 1986 se diera cuenta de su condición de bosque público, lo que implica, por otra parte, que la pretendida coordi-

nación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad no es del todo perfecta. Pero independientemente de la situación en que se encontraba el bien litigioso, lo que no cabe duda es que los demandantes estaban protegidos por el principio de fe pública registral. La buena fe se presume también en el sistema turco. El concepto de buena fe recae sobre la diligencia tenida por los demandantes. Éstos hicieron lo que tenían que hacer: investigaron, de acuerdo al Derecho turco, la titularidad por lo que resultaba del Registro. Comprobaron en el Registro quiénes eran los titulares y comprobaron que no había limitación obtativa a su futuro derecho y, en consecuencia, compraron al asegurarse que no había impedimentos que pudiera trancar su futuro derecho. Además esta investigación fue refrendada por la calificación registral del funcionario público encargado del Registro, quien calificó favorablemente la solicitud de inscripción según el negocio obligacional y de lo que resultaba del Registro. Consecuencia de esta actuación obtuvieron una escritura (*tapu*) que les acreditaba y legitimaba como propietarios, en el sentido del artículo 1 del Protocolo número 1, hasta que fueron privados ilegalmente de su propiedad en virtud de sentencia judicial firme, lo que supuso una ilegalidad manifiesta a los ojos de la Corte Europea de Derechos Humanos. Las razones del Estado turco se basaban en un interés público en aras de la protección de la naturaleza y de los bosques y, en consecuencia, perseguía un objetivo legítimo. Pero, frente a este interés público, el Estado turco olvidó el derecho que asistía a los demandantes: su derecho de propiedad. Para conseguir aquel objetivo de protección de la naturaleza y de los bosques, previamente el Estado turco debió cumplir con su legislación registral teniéndolos por propietarios y partiendo de aquí haber expropiado pagando la indemnización correspondiente por la propiedad adquirida por los demandantes. Sólo de esta forma se hubiera evitado el despojo a que fueron sometidos los demandantes, pues, al tener éstos «posesiones» en el sentido del artículo 1 del Protocolo número 1, se produjo la infracción de la legislación interna turca y la del Derecho internacional y, en consecuencia, un desequilibrio injusto, que debe ser subsanado con medidas equitativas que lo remedien, recuperando el equilibrio equitativo entre la protección de la propiedad y las exigencias del interés general.

c) *El sistema de recurso en el sistema registral turco*

De la sentencia comentada se deduce que el sistema de recursos se articula como un recurso de carácter administrativo en su primera fase. Los recursos se presentan ante los Tribunales Catastrales y cabe recurso ante el Tribunal de Casación correspondiente. La duda que se plantea leyendo la sentencia es si estos tribunales de casación son verdaderamente jurisdicciona-

les, en el sentido de que se resuelven ante verdaderos jueces o es un mero tribunal administrativo más en segunda instancia. La duda surge al haber invocado los demandantes la vulneración del artículo 13 del Convenio, pues en base a este artículo alegaban «que no existían recursos internos eficaces para obtener una indemnización por la privación de sus bienes». Esta falta de tutela efectiva parece que con esta alegación lo que quiere hacer ver a la Corte Europea es que: o bien, sólo existe el recurso administrativo para estos supuestos sin posibilidad de acudir después a los tribunales ordinarios; o bien, que los Tribunales de Casación en apelación suponían el final de la jurisdicción judicial, sin que verdaderamente existiera una segunda instancia judicial.

V. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo dicho podemos sacar del sistema de transmisión de la propiedad y registral turco una serie de conclusiones, tomando como base los efectos que dicho sistema produce:

1. El sistema registral turco hay que valorarlo en principio como positivo, en cuanto que se basa en un sistema de inscripción constitutiva. La compra de una propiedad con título público inscrito aminora en gran medida la pérdida de la titularidad por evicción, la aparición de cargas no inscritas y disminuye las posibilidades de pleitear. Desde el punto de vista de los inversores, la propiedad inscrita, como es el caso de Turquía, aun cuando existan otros problemas, revaloriza la inversión y da seguridad a aquellos que ponen sus ahorros en inmuebles.
2. Por el contrario, el sistema de adquisición turco tiene de negativo que es un registro que no se basa en la documentación pública notarial, como fase previa a la inscripción. El negocio obligacional, aunque puede ser autorizado por un notario, lo normal es que sea redactado por un abogado, e incluso por los particulares. Esto puede provocar muchas consecuencias perniciosas para la seguridad del tráfico, como sería su posible falta de rigor en la redacción y que el documento redactado por una persona ajena al notariado no tenga la fuerza probatoria que sí se le reconoce al documento público notarial, no sólo del hecho o acto que documente, sino también de la fecha y de la identidad de los intervinientes. Esta labor, que correspondería, según el sistema español, al Notariado, la suple en el Derecho turco el Registrador (conservador del Registro) a quien, según la legislación turca, corresponde el control de la legalidad de los intervinientes, así como corresponde a éste también recibir las declaraciones de aquellos, calificar el documento que contiene el negocio obligacional y

comprobar si, para la solicitud de inscripción, los contratantes tienen la capacidad suficiente para que sea válida tal petición y, en consecuencia, calificar positivamente el contrato de transferencia. El *tapu* emitido por el Registro (escritura y certificado a la vez de propiedad) sustituye a la escritura notarial.

3. El Registro de la Propiedad turco tiene también de positivo que es un registro de fuertes efectos, pues no es un registro de mera publicidad. Por el contrario, quien compra un bien inscrito en un registro turco sabe que tiene a su favor la presunción de exactitud del registro y el principio de fe publica registral (art. 1.023 CCT), de tal manera que el sistema turco garantiza la seguridad jurídica de la contratación. Así, si posteriormente el registro se rectificara el que haya adquirido fijándose de lo que el Registro publicaba por el juego del principio de la fe pública registral, gozará de protección en su adquisición o al menos el Estado responderá de su negligencia.
4. Consecuencia de esto hay que decir positivamente del sistema turco que, en caso de error en la llevanza de los registros, el Estado turco se hace responsable de los daños y perjuicio que pudieran derivarse de su inexactitud, aunque ciertamente de la sentencia comentada pareciera lo contrario.
5. Por el contrario, negativamente hay que decir del sistema turco que no es un registro íntegro e integrado. Y no lo es por que no contiene toda la información jurídica atinente al inmueble, pues en muchos casos hay que consultar otros registros administrativos y otras instituciones para saber la situación jurídica del derecho real que se va a adquirir, constituir o modificar. Así, el comprador de un inmueble en Turquía debe pedir una serie de certificaciones para poder saber en qué estado se encuentra el bien y el derecho sobre el que se va a constituir, modificar, transmitir o extinguir derechos. Así, será necesario pedir el certificado de la autoridad militar competente que diga que sobre el inmueble no pesan restricciones por causa de la seguridad militar y la defensa. Es conveniente pedir certificación de la Dirección de Montes o de los Institutos encargados de la Conservación de restos arqueológicos (*sitalan*) de que no pese sobre ellos limitaciones por razones de protección del medio ambiente o en defensa del patrimonio del Estado; o certificaciones negativas de zonas industriales o turísticas, etc. Por ello, sería aconsejable que el Registro turco, como ocurre con otros, estuviera coordinado con otras instituciones, como las municipales, urbanísticas, las medioambientales, etc.
6. En principio, también pudiéramos valorar como positivo la pretendida coordinación del Catastro y el Registro de la Propiedad. Pero como hemos visto en la sentencia comentada, esto no siempre sucede así. Sí

es cierto que el Estado turco tiene una gran experiencia de coordinación entre el Catastro y el Registro, siendo esta coordinación exigida imperativamente por las normas, tanto civiles como administrativas, pero en muchos casos es más un *desideratum* que una realidad.

7. Creemos que el Registro turco tiene a su favor que están a cargo de juristas-funcionarios con una fuerte preparación y experiencia, al menos en los Registros de grandes ciudades, que ejercen funciones calificadoras amplias, como hemos visto, ya que asumen el papel tanto del registrador español como el del notario, bajo una jerarquía administrativa fuerte. La llevanza de los registros por juristas con una fuerte preparación es lo lógico, si se pretende tener un sistema en que los asientos registrales se presuman exactos, íntegros, concordantes con la realidad y en el que la inscripción dota de efectos frente a terceros de aquello que publica el Registro. Resulta pues imprescindible que el registrador turco (*Tapu sicil*) cuente con una fuerte preparación para emitir su juicio, pues de su decisión dependerá que se cumpla la finalidad del solicitante de la inscripción y, en su caso, la protección de terceros.
8. Otra de las cualidades favorables del sistema registral turco es la amplitud y extensión del ámbito de la calificación, como ya pusimos de manifiesto. El Registrador califica no sólo la forma extrínseca y las formas intrínsecas del documento, sino también la capacidad de los contratantes, y asume la totalidad del control de la legalidad, pues aunque el documento obligacional haya sido otorgado por un notario, el sistema turco impone al registrador calificar no sólo el contrato de transferencia, sino también la solicitud y el negocio obligacional en su totalidad.
9. Por último, creemos que el sistema registral turco juega y va a jugar en el futuro inmediato una influencia decisiva en su mercado inmobiliario. Las últimas reformas que el gobierno turco está llevando a cabo en este sector, con especial atención a lo que se refiere a las inversiones extranjeras, van a propiciar un importante flujo de capitales extranjeros deseosos de encontrar un lugar seguro para invertir, después de los nefastos acontecimientos que se han venido produciendo en otros lugares del mundo. La política del gobierno turco se ha dirigido a establecer un sistema jurídico, ya adaptado en gran medida al sistema occidental, que garantice la seguridad jurídica en este mercado. La última Ley de inversiones extranjera busca la finalidad de dar seguridad al inversor extranjero, que antes de la ley se veía atrapado en una maraña de limitaciones de todo tipo no inscritas en el Registro de la Propiedad, lo que provocaba inseguridad y, a veces como hemos visto por la sentencia recogida en este documento, la

arbitrariedad, dando la sensación en el inversor de no estar protegido por las normas registrales. De ello, esperamos y debemos sacar la impresión que estas y otras normas complementarias van a suponer un estímulo para el sistema registral turco. Sería recomendable que esta renovación normativa sirviera para corregir los posibles defectos del sistema turco. El despegue de la economía turca depende —como ha entendido el gobierno turco— de la captación de capitales externos. La situación mundial, aunque parezca que no está en su mejor momento, está provocando un efecto beneficioso para Turquía, dada su situación estratégica dentro del mundo occidental y con una especial relación con la UE y EEUU. La captación de capitales depende también, en gran medida, del mercado de valores. Entre ellos, los valores hipotecarios son de gran importancia, pues son los bonos, cédulas o participaciones hipotecarias valores negociados en los mercados y garantizados con las carteras hipotecarias de las entidades que lo emiten. Ciertamente este sector va a exigir, después de la crisis financiera mundial, un fuerte control preventivo para evitar las llamadas hipotecas basuras (*sub prime*), que se produjeron por una falta de control preventivo y por la negligencia en el control de las Agencias de Valoración de los Valores Hipotecarios, que sólo hacían las valoraciones de las emisiones con el objeto de mejorar o empeorar la clasificación o *rating* de las emisiones. Si Turquía no quiere repetir en su territorio los errores del pasado norteamericano, debe de proveerse de un buen sistema hipotecario, fuerte de pleno efecto, adaptándolo a las nuevas necesidades que le pueda provocar la liberación de su mercado hipotecario. Este sistema debería fundarse en nuestra opinión en un sistema que se basara: 1) en un sistema de publicidad que atribuya fuertes efectos al acto o negocio inscrito; 2) en un Registro íntegro y perfectamente coordinado con otras instituciones de las que dependan cuestiones tales como, catastrales, urbanísticas, fiscales, medioambientales...; 3) en un Registro ágil, basado en las nuevas técnicas electrónicas (firma electrónica; información *on line*, técnicas telemáticas...); 4) en la calificación realizada por funcionarios juristas cualificados; 5) en procedimientos específicos y sumarios que defiendan realmente el derecho inscrito con causa de oposición muy limitadas y que dejen al interesado la posibilidad, no sólo de la vía administrativa sino también la judicial, con un sistema de recursos aptos para cumplir con el principio de la tutela efectiva; 6) en un sistema de titulación pública, ya esté monopolizado por un solo operador jurídico (notario público), ya sea compartido con otros, en algunos supuestos concretos (notarios y registradores); y 7) en un registro que garantice la contratación, no sólo en el ámbito inmobiliario,

sino también en el hipotecario, de manera que ampare emisiones de bonos hipotecarios calificados por sus características económicas o en los que las agencias de evaluación (*rating*) no sólo tengan en cuenta sus propios intereses, sino también los aspectos jurídicos de los productos emitidos (16).

RESUMEN

TURQUÍA REGISTRO Y CATASTRO

Las nuevas circunstancias surgidas de la actual crisis económica en el marco inmobiliario han hecho que no pocos inversores busquen nuevos paraísos financieros donde invertir sus ahorros. Uno de ellos ha sido y es Turquía, eterna candidata a la entrada en la UE y gran receptora de inversiones inmobiliarias procedentes de EE.UU. y de muchos países europeos. Turquía es un país con posesiones en Europa y Asia, con más de 800.000 kilómetros cuadrados y una población de más de 70.000.000 de habitantes. Es por ello el interés del estudio de su sistema registral inmobiliario, pues todos sabemos que la primera condición para invertir en propiedades inmobiliarias es que el país receptor de la inversión tenga un sistema jurídico seguro en materia de propiedad inmobiliaria.

El presente trabajo jurídico tiene por objeto acercar al lector al conocimiento del sistema registral turco. Para ello, el autor ha tomado como recurso metodológico el análisis de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de fecha 4 de mayo de 2009, que resuelve un caso en que la base fáctica del mismo fue la propiedad inmobiliaria y su base sustantiva fue el Derecho Inmobiliario Registral de Turquía.

ABSTRACT

TURKEY PROPERTY REGISTRATION AND THE CADASTRE

The new circumstances arising from the current economic crisis as pertains to real estate have caused no few investors to seek new financial havens where they can invest their savings. One of these havens has been and is Turkey, the eternal candidate to accession to the EU and a great recipient of real estate investments from the USA and many European countries. Turkey is a country with possessions in Europe and Asia, with more than 800,000 square kilometres and a population of over 70,000,000 inhabitants. That is the reason for the study's interest in the Turkish property registration system, for we all know that the first condition for investing in real property is that the investee country must have a legal system that provides certainty in matters of real property.

This legal paper has the object of acquainting the reader more closely with the Turkish registration system. As the methodological resource for doing so, the author has chosen to analyse the judgment of the European Court of Human Rights in Strasbourg of 4 May 2009, on a case whose factual basis was real property and whose substantive base was the property registration law of Turkey.

(16) GÓMEZ GÁLLIGO, J., en «Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», en RCDI, enero-febrero de 2009, núm. 711, págs. 400 a 402.

El artículo está dividido en dos partes bien diferenciadas: una primera parte en donde se estudia propiamente el Derecho turco, y una segunda parte donde se analiza en especial la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la primera parte se recoge en concreto: una parte introductoria al Derecho turco histórico; la forma de transmisión de la propiedad actual; la estructura orgánica del Registro de la Propiedad y el Catastro y los principios que inspiran el sistema registral de Turquía.

En la segunda parte se hace aplicación de aquel Derecho turco a la resolución dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en su sentencia de 4 de mayo de 2009.

Por último, el autor hace una crítica al Derecho registral turco, basándose en el Derecho comparado de los sistemas inmobiliarios occidentales y en especial en los sistemas inmobiliarios europeos, del cual es hijo el sistema turco.

Hay que hacer la observación que sobre el Derecho Registral turco hay aún poca bibliografía en castellano, incluso ésta es escasa en idiomas de los que generalmente suelen nutrirse los estudiosos de los Derechos de nuestro entorno.

The article is divided into two well-differentiated parts: the first part, where Turkish law proper is studied, and a second part, where the judgment of the European Court of Human Rights is the subject of special analysis.

The first part addresses, more specifically: an introduction to historical Turkish law; the current procedure for transferring ownership; the organic structure of the property registration system and the cadastre and the principles underlying the registration system of Turkey.

In the second part, Turkish law is applied to the decision given by the European Court of Human Rights in Strasbourg in its judgment of 4 May 2009.

Lastly, the author gives a criticism of Turkish registration law based on the comparative law of Western property systems, especially European property systems, which are the parent to the Turkish system.

It must be observed that there is yet very little literature in the Spanish language about Turkish registration law, and such literature is even scarce in the languages generally drawn upon by the persons who study the laws of the countries near us.

(Trabajo recibido el 31-8-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)

Algunas consideraciones sobre las garantías de «ejecución privada» o «extrajudiciales» o «autoliquidables». Enfoque desde el Derecho argentino

por

MAURICIO BORETTO (1)
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

SUMARIO

1. PUNTO DE PARTIDA.
2. INTENTO CONCEPTUALIZADOR DE LAS «GARANTÍAS CON AUTO-EJECUCIÓN».
3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES:
 - a) EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN. SUS VARIANTES:
 1. *Garantías autoliquidables reguladas legislativamente:*
 - i) Prenda civil.
 - ii) Prenda comercial común (no registrable).
 - iii) *Warrant*.

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Tema de tesis: «Las garantías autoliquidables como instrumento de tutela del crédito». Directora de tesis: Aída Kemelmajer de Carlucci. Miembros del Tribunal de Tesis: Francisco Junyent Bas, Daniel Pizarro y Ricardo Silberstein. Calificación: Diez puntos (10), Sobresaliente, con recomendación de publicación. Especialista en Sindicatura Concursal y Entes en Insolvencia. Título otorgado por la Universidad Nacional de Cuyo (2000-2001). Especialista en Docencia Universitaria. Título otorgado por la Universidad Nacional de Cuyo (2000-2001). Especialista en Derecho de Daños. Título otorgado por la Universidad Nacional del Litoral y la Universidad Nacional de Cuyo (2003-2006). «XI Premio de Derecho Privado Castán Tobeñas», edición 2008, otorgado por la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación (España).

- iv) Prenda con registro «privada».
- v) Ejecución hipotecaria del banco de la Provincia de Buenos Aires.
- 2. *Garantías autoliquidables no reguladas legislativamente:*
 - i) Garantías a primera demanda.
 - ii) Fideicomiso de garantía.
- 4. EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO.
- 5. LA «PREVENCIÓN» DEL DAÑO ANTE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES:
 - a) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES EXISTE INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL.
 - b) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES «NO» HAY INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL.
- 6. CONCLUSIÓN.
- 7. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES Y PROCESO CONCURSAL:
 - a) ASPECTOS QUE CARACTERIZAN AL PROCESO CONCURSAL Y AL DERECHO CONCURSAL EN GENERAL:
 - 1. *Preliminares.*
 - 2. *Principios que informan el proceso concursal.*
 - 3. *Periodo informativo en el proceso concursal:*
 - a) Proceso de verificación de créditos «tempestiva» (art. 32 LCQ y concordantes). Concepto. Procedimientos. Fines.
 - b) Actuación del síndico durante el proceso de verificación tempestiva.
 - c) Periodo de observación de créditos.
 - d) Informe individual del síndico (art. 35 y 200 LCQ).
 - e) Resolución judicial: créditos declarados *verificados*, *admisibles* e *inadmisibles* (art. 36 y 200 LCQ). Incidente de revisión.
 - 4. *La verificación tardía:*
 - b) PROCESO CONCURSAL Y GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES:
 - 1. *Opinión de la Doctrina.*
 - 2. *Posición de la Jurisprudencia.*
 - c) NUESTRA OPINIÓN:
 - 1. *Opinión del suscripto: conclusión.*

1. PUNTO DE PARTIDA

En la República Argentina, calificada doctrina extiende la garantía constitucional del debido proceso legal (art. 18 de la Constitución Nacional), pensada originariamente para el Derecho Penal, al ámbito privado patrimonial negocial. En este sentido, se ha afirmado sin hesitación que: «Ningún ha-

bitante de la nación podrá ser *penado* o *ejecutado en sus bienes* sin juicio previo fundado en ley» (2).

Es más, jurisprudencia de la Corte Federal argentina ha reafirmado la importancia del principio de bilateralidad procesal desde la óptica de la cosa juzgada, negando la existencia de esta última si falta el contradictorio (3).

A mayor abundamiento, el artículo 75, inciso 22.º de la Constitución Nacional argentina se ha incorporado con máxima jerarquía normativa a la Convención Americana de Derechos Humanos. En virtud de dicho tratado (art. 8.º), toda persona tiene el derecho humano a tener un proceso justo y a que termine en un tiempo razonable.

Ante este panorama doctrinario, jurisprudencial y normativo —que en principio impondría la necesidad de realizar las garantías crediticias con *previa* intervención jurisdiccional en virtud de la cual el deudor pueda ser oído y ejercer sus medios de defensa— estudiar las garantías autoliquidables es necesario pues, como regla, en este tipo de garantías, el deudor no es oído ni puede ejercer sus medios de defensa en la misma ejecución privada que se le sigue en su contra; cabe, pues, preguntarse si las garantías autoliquidables no son inconstitucionales por importar una renuncia anticipada de un derecho irrenunciable como es el de defensa en juicio del deudor.

Así las cosas:

- ¿Cómo es posible que las garantías autoliquidables hayan sido, sin más, consentidas por los operadores económicos, por los juristas, y por quienes ejercen la función jurisdiccional como si constituyeran un fenómeno jurídico-económico que viene dado de la realidad negocial y que debe aceptarse como tal?
- ¿Cómo se explica que estas garantías ganen cada vez más terreno en el «mundo de los negocios» sin que se cuestione su legitimidad constitucional?

En general, ni la doctrina ni la jurisprudencia explican por qué las garantías con autoejecución no son inconstitucionales a pesar de que, a la luz del artículo 18 de la Norma Fundamental y de algunos Tratados Internacionales, *prima facie* no respetarían el derecho de defensa del deudor.

En su mayoría, autores y jueces analizan y estudian directamente las garantías autoliquidables como instrumento de ejecución patrimonial, sin preguntarse si es legítimo y justo que se acometa contra la propiedad del ejecutado soslayando la oportunidad de que sea oído de manera previa dentro de la misma ejecución extrajudicial impetrada en su contra.

(2) CLARÍA OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal*, Conceptos fundamentales, t. 1, Buenos Aires, ed. Depalma, 1989, pág. 68.

(3) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 19-2-71, «Campbell, Davidson v. Provincia de Buenos Aires», revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, 11/1971/231.

Es más, llama la atención que la moderna doctrina y jurisprudencia ni siquiera se pregunte si desde la óptica constitucional el juicio ordinario posterior a la ejecución es una alternativa eficaz para la protección de los derechos del deudor, ejecutado extrajudicialmente.

Sin embargo, este interrogante sí se lo formuló prestigiosa doctrina procesalista de la primera hora, y contestó negativamente. Dijo PODETTI en forma contundente: «*Un proceso en el cual el demandado no pudiera ejercitar sus defensas, sería claramente contrario a la garantía aludida. La circunstancia de que el ejecutado pueda iniciar luego un proceso de repetición por la vía ordinaria, no elude la violación constitucional, ya que el “juicio” sin audiencia y sin posibilidad de controversia, no sería tal y sus consecuencias nunca podrían ser totalmente reparadas mediante el proceso posterior*» (4).

Ante esta laguna de fundamentos justificativos por parte de los autores modernos, básicamente desde el punto de vista del Derecho Constitucional y Procesal argentino, creemos necesaria nuestra investigación, pues es menester desentrañar el alcance y proyección de la garantía del debido proceso legal —propia del ámbito penal— en el área privada patrimonial negocial. En consecuencia, se requiere dilucidar si el «conocimiento judicial anterior a la ejecución» es una exigencia que sólo rige para la esfera penal, o si, por el contrario, tampoco puede ser postergado en el ámbito privado patrimonial.

2. INTENTO CONCEPTUALIZADOR DE LAS «GARANTÍAS CON AUTOEJECUCIÓN»

Entendemos que las garantías autoejecutables son medios de ejecución patrimonial bajo la forma de negocios de garantía, en los cuales:

- a) la ley (v.gr., *warrants*, Ley 928 de 1878 y Ley 9643 de 1914 de la República Argentina; prenda con registro «privada», art. 39 del Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado según Decreto 897/95 de la República Argentina; prenda comercial común, art. 585 del Código de Comercio argentino, etc.) o la *autonomía de la voluntad de los particulares ejercida al amparo de la ley* (art. 1.197 del Código Civil argentino) (v.gr., garantías a primera demanda) asignan a ciertas convenciones o negocios jurídicos de garantía efectos análogos a los de una sentencia judicial (equiparación de títulos ejecutivos judiciales y de títulos extrajudiciales);
- b) de tal manera que los títulos extrajudiciales y privados que sustentan esos negocios jurídicos de garantía son susceptibles de agotar autó-

(4) PODETTI, Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, 2.ª ed., t. VII-A, segunda parte, *El proceso ejecutivo típico*, capítulo VI, Buenos Aires, ed. Ediar, 1968, pág. 108.

nomamente el contenido de la función jurisdiccional, esto es, llevar a cabo la ejecución forzada sin que ella haya sido precedida —dentro del propio trámite autoliquidativo— de una etapa de conocimiento judicial. Se prescinde así de una etapa de tales características *dentro* del propio trámite privado de autoejecución patrimonial que lleva adelante el acreedor, en el cual el deudor y/o tercero garante pueda ser oído (ofrecer prueba, oponer defensas, excepciones, alegar sobre el mérito de la prueba ofrecida, etc.), y

- c) la ejecución de la garantía por el acreedor tiene carácter extrajudicial o privada; sea mediante la realización, venta o enajenación privada de la cosa dada en garantía; o, alternatively, a través de la estimación de su valor según un precio objetivo de mercado y su adjudicación automática al acreedor o a un tercero; o bien, mediante la satisfacción directa del crédito por parte del garante previa notificación por el acreedor del incumplimiento en el que incurriera el deudor, como ocurre en las garantías a primer requerimiento (en las que no se realiza cosa alguna).

En consecuencia, no obsta a la calificación de autoejecutable el hecho de que pueda existir «alguna» intervención jurisdiccional. Tal es el caso de las *garantías a primer requerimiento*, en las cuales se han admitido las medidas cautelares de prohibición de pagar contra el garante en aquellos casos en los cuales el deudor —ordenante— invoca y acredita fehacientemente la existencia de abuso o fraude manifiestos por parte del beneficiario al reclamar la ejecución de la garantía. Lo mismo podemos decir con respecto al «secuestro» en la prenda con registro privada, materializado a los efectos de entregarle al acreedor la «cosa pignorada» —que estaba en manos del deudor— para que la remate privadamente.

Así las cosas, quedan comprendidas en el concepto de autoejecutables, entre otras, las siguientes garantías:

- el *warrant* (Ley 928 y Ley 9643, ambas de la República Argentina);
- la prenda con registro privada (Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado según Decreto 897/95 de la República Argentina);
- la prenda comercial común (arts. 580 y 585 del Código de Comercio argentino);
- el fideicomiso de garantía (Ley 24.441 de la República Argentina);
- las garantías a primera demanda (art. 1.197 del Código Civil argentino);
- los depósitos en caución o *back to back* o depósito bancario en garantía o *escrow accounts* (principalmente regulados por las normas del Banco Central de la República Argentina (LISOL - «Liquidez y sol-

- vencia»), difundida por la comunicación A 3918, complementadas por el Código Civil argentino y el Código de Comercio argentino);
- la cesión de créditos en garantía (arts. 583 y 586 del Código de Comercio argentino y art. 1.197 del Código Civil argentino).

3. SURGIMIENTO DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

ALEGRÍA explica «que la necesaria recurrencia a la actuación judicial previa o la exigencia de formalidades especiales para la ejecución de la prenda (dentro de un proceso judicial o fuera de él) no resuelven hoy eficazmente los problemas específicos que se pueden presentar. Así la subasta judicial o el remate público no aseguran el mejor precio objetivo de los bienes (y en verdad no podría exigirse ese resultado). Por el contrario, esos procedimientos necesariamente conllevan demoras y costos que, lamentablemente, inciden sobre aquél a quien pretenden proteger. Las demoras, en particular, en cuanto permiten que se sigan devengando intereses y el crédito aumente; los costos, porque a veces insumen gran parte de lo que realmente se obtiene en subastas o remates» (5).

La idea del juicio previo a la ejecución patrimonial ha generado, según algunos autores, una tremenda desprotección al crédito, pues la duración del proceso —que tiene por fin la declaración de certeza de la voluntad legal— ha actuado en desmedro de una rápida tutela; la consecuencia más importante de esta realidad es el encarecimiento del crédito, de los bienes y servicios, la disminución de la calidad de vida de los miembros de la comunidad y, en última instancia, la ausencia de competitividad de su economía.

Refiriéndose al Código de Comercio italiano de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, un autor sostuvo que la venta judicial —que presupone el *juicio previo*— es el más dañoso a los intereses del comercio, porque la intervención de la autoridad judicial con toda la secuela de formalidad que tiene detrás, puede retardar mucho el día en que el acreedor reciba el pago del crédito y se reembolse de todo lo que ha gastado por causa de la prenda. Éste no es, por cierto, el modo de alentar las operaciones de crédito (6).

La actividad económica moderna habría impuesto, entonces, la necesidad de optimizar la utilización de los recursos y/o factores de la producción, forjando una importante variedad de instrumentos y mecanismos de crédito que tratarían de brindar respuesta a las necesidades de los operadores económicos, especialmente, el empresario moderno, brindándole nuevas alternativas para el mejor desarrollo de sus emprendimientos y un más fácil acceso al crédito.

(5) «Las garantías autoliquidables», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, núm. 2, págs. 160 y 161.

(6) VIDARI, Ercole, *Corso de Diritto Commerciale*, 5.^a ed., t. 5, Milán, Hoepli, 1904, pág. 92.

Se advierte un profundo cambio en las condiciones socioeconómicas; se hace hincapié en la necesidad de acordar especial protección a los derechos patrimoniales, garantizando a los capitales que deciden financiar actividades productivas o de servicios, seguridad y facilidad en la generación y percepción de utilidades que reditúen los emprendimientos que promuevan. La tutela del crédito ha venido a adquirir así una superlativa trascendencia como factor de desarrollo económico.

La necesidad de inmediatez en la efectivización de los reclamos y cierta constatación en la inseguridad jurídica que resultaría de la demora en el reconocimiento judicial del derecho y la ejecución de la sentencia judicial habrían generado nuevos requerimientos de seguridad, que aparecen en esta llamada *lex mercatoria* o usos del comercio internacional (7).

Esta circunstancia es la que habría originado la idea de independizar la ejecución del conocimiento judicial, autorizando a cierta especie crediticia a obtener su realización aún sin que medie juicio previo a la agresión patrimonial que fije los hechos y declare el derecho que le es aplicable, procediéndose directamente a la etapa ejecutiva.

Se reclama mayor efectividad, más rapidez, más agilidad, mayor rigor; lo que trae como consecuencia menos márgenes defensivos, como así también, el desplazamiento de la actividad jurisdiccional por la extrajudicial y privada del acreedor, a quien se le reconocen nuevas potestades: ejecutar por sí el bien objeto de la garantía, aprobar sus propias liquidaciones, entregar bienes y transferir el dominio de los mismos sin control judicial alguno.

Si el deudor o el tercero garante quieren «quejarse», deberán instar un proceso amplio de conocimiento donde puedan denunciar los excesos del acreedor y obtener la reparación de los daños.

QUEVEDO MENDOZA (8) explica que la nueva realidad económica impuso la necesidad de repensar el «punto de equilibrio» entre el interés, revalorizado en la protección incondicionada del crédito, y el resguardo, aunque dentro de modestos límites, de la integridad patrimonial de los sujetos pasivos de tales créditos, localizado en una situación intermedia entre el predominio de la absoluta precedencia del conocimiento a la ejecución (principio romanista) y la apertura a una franca inversión de esos términos en casos específicos (principio germano, conservado en el Derecho franco). El mismo autor destaca que en el Derecho argentino, el legislador nacional parece francamente dispuesto a relocalizar el punto de equilibrio fijado por las legislaciones procesales, inclinando la balanza a favor del interés en la tutela rápida del

(7) RICHARD, Efraín H., «La garantía a primera demanda y el crédito stand by», en *Derecho Mercantil Contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I., y ESTOUP, Luis A., Buenos Aires, ed. La Ley, 2001, pág. 283.

(8) «Título ejecutivo y Constitución», en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2001-1, procesos de ejecución - 1, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 15 y sigs.

crédito; entre otras formas, a través del incremento de la recaudación fiscal, con miras a combatir el enorme déficit de las finanzas públicas que aconsejan el montaje de una estructura para el cobro urgente de los créditos fiscales, remitiendo el ejercicio del derecho defensa del agobiado contribuyente a un momento posterior a la satisfacción de aquél, a la vez que autoriza a los órganos estatales de recaudación a proceder a una tutela privada —extrajudicial— del crédito. Cita como ejemplo en esta dirección el Decreto-ley 15.348/46, ratif. Ley 12.962 y modif. Decretos-leyes 6810/63 y 6817/63 de la República Argentina (art. 39) y Ley 9644 de la República Argentina (art. 22), la Ley 24.441 de la República Argentina (tutela del crédito hipotecario), Ley 25.239 de la República Argentina (modificatoria de la ejecución fiscal), y la Ley 25.248 de la República Argentina (reglamentario del contrato de *leasing*), normas que responden a la idea de simplificar hasta el extremo el cobro judicial de los créditos que provienen de actividades particularmente protegidas como factores primordiales de reactivación económica o del ejercicio del poder impositivo estatal (9).

En esta misma línea argumental, señala con certeza KAMINKER (10) que la gradual captación del intercambio de bienes y servicios por la actividad privada y la mayor fluidez del comercio internacional, unida a la creciente bancarización, determinaron la necesidad de una más ágil generación de instrumentos aptos para dar mayor seguridad a las transacciones y celeridad a su actuación judicial. Como respuesta a estos requerimientos de la actividad económica, fueron apareciendo en la constelación de los títulos ejecutivos nuevas modalidades de generación, que no requieren, sino en modo pretérito y por vía de autorización contractual abierta, la intervención del deudor. Reconocen esta génesis el certificado de saldo de deuda en cuenta corriente bancaria, el título complejo base de la ejecución de deuda emergente del uso de tarjetas de crédito, así como —en algunos aspectos— la factura de crédito. En tales casos, la intervención personalizada en la creación del título está a cargo de funcionarios de los organismos de créditos públicos y privados. Adquiere así relevancia la actividad desarrollada en este aspecto por los contadores y gerentes de bancos, equiparable, *mutatis mutandi*, a la hasta entonces reservada a los agentes públicos autorizados a suscribir certificados de deuda fiscal aptos para franquear la vía de apremio. De ello se ha seguido el clamor generalizado —obviamente, por parte de los ejecutados— contra el ejercicio abusivo de las facultades operativas nacidas de los contratos financieros abiertos, en especial la de debitar de las cuentas del deudor los créditos

(9) *Ibidem*, pág. 16.

(10) «Nuevas modalidades de ejecución. Ejecución hipotecaria extrajudicial. Ejecución fiscal. Leasing. Su trámite. El problema de su ajuste constitucional», en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-2, procesos de ejecución II, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 111 y sigs.

generados por su actividad bancaria, clamor que ha encontrado algún eco morigerador merced a la aplicación por los tribunales de los artículos 21 y 953 del Código Civil argentino.

Se produce así, reiteramos, un giro de ciento ochenta grados en la concepción del procedimiento con que el acreedor cuenta para cobrar a su deudor la acreencia adeudada.

Se consolida la idea de admitir que el acreedor pueda agredir al deudor (o tercero garante) sin que éste pueda defenderse en forma previa, privándolo en forma inmediata de la tenencia del bien asiento de la garantía (sin necesidad de esperar hasta el momento de la subasta como ocurre en el «juicio»), para realizarlo privadamente y cobrarse con su producido.

Frente al terrible fantasma de la «imprevisible» duración del proceso judicial (ante la existencia previa a la ejecución de la posibilidad de discusión por parte del ejecutado, los engorrosos trámites pre y post subasta del bien realizado, etc.) se erige esta nueva tendencia que legitima al acreedor para que autoliquide su garantía de manera más rápida y económica. Para ello, se saca de la escena «ejecutiva» al juez, y se deja en manos del acreedor todo el procedimiento de cobro de su crédito a través de la ejecución privada de la garantía que se procuró con tal finalidad. El juez sólo podrá intervenir, en principio, si el deudor lo convoca con posterioridad, una vez culminada la ejecución del acreedor.

Por ello asiste razón a KAMINKER (11) quien —tras realizar un profundo estudio de la ejecución extrajudicial hipotecaria (Ley 24.441 de la República Argentina), de los procedimientos a que puede dar lugar el contrato de *leasing* (Ley 25.248 de la República Argentina) y de la ejecución fiscal (Ley 25.239 de la República Argentina)— afirma que toda esta nueva normativa que autoriza al acreedor a privar inmediatamente al deudor de la tenencia o posesión del bien asiento de la garantía, ha desplazado y acortado de modo trascendente los tiempos y posibilidades de negociación, otorgando un poderío mucho mayor al acreedor, aumentando su chance de satisfacción coactiva de sus intereses, con la consecuente reducción del marco defensivo del deudor. El equilibrio interno del procedimiento de ejecución registra, de tal modo, un cambio significativo. La enorme presión que ello significa sobre quien prevé como inmediata la pérdida de la tenencia del bien asiento del hogar o actividad laboral, o de la maquinaria indispensable, resulta generadora de circunstancias sobre las que resultaría ocioso abundar.

(11) «Nuevas modalidades de ejecución. Ejecución hipotecaria extrajudicial. Ejecución fiscal. Leasing. Su trámite. El problema de su ajuste constitucional», *ob. cit.*, pág. 127 y sigs.

a) EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN. SUS VARIANTES

En algunos casos, fue la *ley* la que equiparó ciertos documentos —en cuanto representan determinados actos o negocios jurídicos— a la sentencia judicial (v.gr., *warrants*, arts. 16 y 17 de la Ley 9643 de la República Argentina; prenda comercial común, art. 585 del Código de Comercio argentino, etc.), adjudicándole la misma eficacia generadora de un poder de actuación por parte del acreedor contra los bienes del deudor *sin previa injerencia jurisdiccional*.

Veamos algunos ejemplos:

1. *Garantías autoliquidables reguladas legislativamente*

i) Prenda civil

Sobre la base de lo regulado por el artículo 3.224 del Código Civil argentino se ha interpretado que el acreedor pignoraticio sólo tiene el derecho de pedir la venta *judicial* de la cosa dada en prenda; el acreedor no puede apropiarse de ella; cualquier cláusula que lo autorizara para hacerlo o para proceder por sí mismo a la venta de la cosa, sería nula (arts. 3.222 y 3.223 del Código Civil argentino). El legislador ha querido poner al deudor a cubierto de la avaricia de los prestamistas, que acordando préstamos pignoraticios sobre cosas de gran valor, podrían fácilmente llegar a verdaderas expoliaciones. La venta con intervención de la autoridad judicial, se piensa, es la mejor forma de impedir esta clase de especulaciones (12).

La doctrina coincide que la ejecución de esta especie de garantía es siempre judicial (13).

ii) Prenda comercial común (no registrable)

Sin embargo, para la *prenda comercial* el discurso ha sido diferente. El Código de Comercio argentino autorizó al acreedor para que procediera direc-

(12) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil argentino*, derechos reales, 4.^a ed., actualizada por ARGARAÑAS, Manuel, t. IV, Buenos Aires, ed. Tipográfica Editora Argentina, S. A., 1960, pág. 392.

(13) FALCÓN, Enrique, «La ejecución prendaria (primera parte)», en *Revista de Derecho Procesal*, 2001-1, proceso de ejecución - I, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 167; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, t. II, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1975, pág. 381; LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, t. V, «Tratado de Derechos reales», vol. III, Buenos Aires, ed. Ediar, 1943, pág. 198; FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, t. II-C, Buenos Aires, ed. Depalma, 1988, pág. 100.

tamente a la venta de la cosa pignorada sin intervención jurisdiccional. A diferencia del artículo 3.224 del Código Civil argentino, que sólo autoriza al acreedor a pedir que se haga la venta, el artículo 585 del Código Comercial argentino autoriza al acreedor a proceder a la venta al día siguiente del vencimiento.

Si bien el deudor no requiere ser citado, el acreedor debe rendir cuentas y devolver el saldo sobrante al deudor (14).

De esta manera, se dijo, se ha tendido a facilitar la realización de la prenda, evitando demoras y gastos en beneficio de ambas partes (15).

iii) *Warrant*

Las empresas de depósitos reglamentadas por las leyes reguladoras del *warrant* tienen no sólo la ventaja de facilitar locales adecuados para la estiba y guarda de mercaderías, sino la de facilitar operaciones relacionadas con la comercialización y crédito de los productos, sin el desplazamiento que sería necesario, todo lo cual significa, desde luego, un fundamental beneficio. Las empresas no necesitan locales propios para ese almacenamiento, lo que a veces no es posible o resulta muy oneroso, y recurren a estos depósitos generales, que son construcciones amplias, adecuadas y sólidas. Esta organización permite que el empresario se vaya desprendiendo de los productos u obteniendo crédito a medida que sus necesidades lo requieran (16).

iv) Prenda con registro «privada»

Cuando la garantía prendaria reviste carácter registral, en cuyo caso no ocurre el desplazamiento de la cosa prendada a las manos del acreedor, este último se ve obligado a recurrir al órgano jurisdiccional para hacerse del bien prendado (obtener el secuestro) y luego enajenarlo extrajudicialmente.

Sin embargo, ello no debe conducir a pensar que el acreedor debe iniciar un proceso de ejecución autónomo a tal fin. En efecto, el trámite extrajudicial dispuesto por el artículo 39 de la Ley 12.962 de la República Argentina, básicamente, se limita a suplir, a favor de las instituciones oficiales o bancarias —*en razón de la garantía de solvencia y seriedad que ellas ofrecen*— la

(14) FALCÓN, Enrique, «La ejecución prendaria (primera parte)», *ob. cit.*, pág. 169.

(15) FERNÁNDEZ, Raymundo L. y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., *Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial*, t. III-C, Buenos Aires, ed. Deplama, 1988, pág. 101.

(16) ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Código de Comercio y leyes complementarias. Comentados y concordados*, t. III, Buenos Aires, ed. Deplama, 1967, pág. 184.

desposesión que sufre el acreedor, cuyo privilegio prendario reviste carácter registral (17).

La jurisprudencia sostiene (18) que el mecanismo consagrado en el artículo 39 es la forma de enajenación que se supone ofrece mayores garantías de obtener un precio ajustado al verdadero valor de los bienes, y que de algún modo contrabalancea esa facultad excepcional que la ley concede a favor de uno de los justiciables.

Dispone la normativa citada que si el acreedor es el Estado, sus reparticiones autárquicas, un banco, una entidad financiera autorizada por el Banco Central de la República Argentina o una institución bancaria o financiera de carácter internacional, puede ejecutar la prenda privada o extrajudicialmente, «sin juicio previo», aún en el supuesto de concurso del constituyente (art. 39.º del Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 de la República Argentina, y art. 23 de la Ley 24.522 de concurso y quiebras de la República Argentina), a través de la llamada «ejecución privada prendaria»; conforme esta facultad, el acreedor, que no es pagado en tiempo y forma, puede proceder sin juicio previo y en forma extrajudicial a rematar la cosa dada en prenda; luego debe rendir cuentas del producido de la ejecución privada al deudor prendario o tercero constituyente de la garantía (art. 580 y sigs. del Código de Comercio argentino). Esta especie prendaria recibe la denominación de «privada» por cuanto ostenta la calidad de autoliquidable.

v) Ejecución hipotecaria del banco de la Provincia de Buenos Aires

El artículo 65 de la carta orgánica del banco de la provincia de Buenos Aires, Argentina (Decreto-ley 9434/79, modif. Decreto-ley 9840/82, según Decreto 9166) otorga a esa entidad bancaria la facultad de ejecutar extrajudicialmente la propiedad hipotecada. Puede ordenar la venta en remate del inmueble hipotecado sin juicio, al mayor postor y con la base de la deuda por todo concepto y otorgará, llegado el caso, la correspondiente escritura a favor del comprador, colocándolo, si así lo estimare pertinente, en posesión del inmueble libre de ocupantes, ya sean éstos el propietario o tercero a nombre del mismo, quedando subrogado el comprador en todos los derechos que correspondan al deudor sobre dichos inmuebles.

En el contrato de préstamo, el deudor conferirá mandato irrevocable al banco para otorgar y firmar la escritura traslativa de dominio, el que

(17) SERATTI, Agustín, y LEGIZAMÓN HOUSSAY, Juan M., *El trámite del artículo 39 de la Ley 12.962. Prenda*, L.L. 2003-D, pág. 1265.

(18) CNCom., sala D, 24-12-81, BCNCom. 982-1-4, *Revista de Derecho Procesal*, 2001-1, procesos de ejecución - I, pág. 175 [citado por Enrique FALCÓN, «Ejecución prendaria (primera parte)»].

podrá ejecutar aún en el caso de concurso, quiebra o fallecimiento del deudor. El mismo mandato comprenderá la facultad de dar posesión al comprador y representar al deudor en cualquier juicio que pudiere promoverse contra él y que afectare a la propiedad hipotecada, así como de accionar contra terceros.

2. Garantías autoliquidables no reguladas legislativamente

En otro orden, como se ha adelantado, no fue sólo la ley la que equiparó a la sentencia judicial los efectos de ciertos títulos privados; los operadores económicos —con argumento en el principio de la autonomía de la voluntad, art. 1.197 del Código Civil argentino, según el cual: «*Las convenciones hechas en los contratos forman, para las partes, una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*», y el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina que reza que: «*Nadie está privado de hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*»— engendraron también negocios jurídicos de garantía a «su medida» con efectos semejantes.

Veamos algunos ejemplos:

i) Garantías a primera demanda

Se dice que en el comercio internacional es indispensable contar con garantías independientes o autónomas que no estén ligadas a la suerte o a las vicisitudes del negocio que garantizan. Además, es necesario que el acreedor no encuentre obstáculos para honrar la garantía que, finalmente, dificulten el recupero de su crédito.

Piénsese en un negocio jurídico de garantía accesorio como es la fianza: sus disposiciones regulatorias disponen su invalidez cuando es inválido el negocio garantizado; además, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor debe ejecutar judicialmente la garantía para cobrar su acreencia.

¿Cómo asegurar, con estas garantías accesorias, los altos riesgos económicos que implican los negocios internacionales?

Las garantías autónomas, susceptibles de ejecución privada extrajudicial (*a primer requerimiento del beneficiario*), desvinculadas de los vicios y cualidades del negocio base, parecen responder a aquellas exigencias negociales.

Por ello, se ha sostenido que las mentadas garantías son el producto de nuevas realidades económico-financieras: las crecientes necesidades de financiamiento, que exigen mantener activas las sumas líquidas para nuevas inversiones; en los contratos internacionales, el riesgo adicional de la aplicación de normas desconocidas para el contratante; la velocidad de los intercambios

(tan opuesta a la lentitud de las decisiones judiciales); el ocultamiento de algunas operaciones, no siempre cristalinas, etc. (19).

En esta misma línea argumental se ha dicho que la garantía a primera demanda concedida por instituciones financieras, vino a sustituir las cauciones en dinero o títulos que hacían más onerosos a los empréstitos en caso de contratos de obras públicas, abarcando tanto las cauciones necesarias para la participación en la licitación, como las correspondientes al recibo de adelantos y a las exenciones de retenciones, aplicándose también en el campo del comercio internacional (20) y en el comercio interno (21).

La abstracción de esta garantía —al desvincularse del contrato base garantizado— impidió que los vicios de la relación fundamental se reflejaran en el pago, especialmente en las operaciones internacionales, en las cuales no siempre es fácil, para el acreedor bancario extranjero, conocer, analizar en profundidad y acompañar, de modo prolongado, el contrato que motivó la garantía (22).

La constitución de esta garantía establece una relación jurídica compleja entre varios sujetos. Un ejemplo puede servir para individualizarlos mejor:

Una empresa constructora de Mendoza (República Argentina) quiere presentarse a una licitación de una gran obra pública convocada por el Gobierno egipcio; es requisito para la presentación a esa licitación una garantía a primera demanda de un banco con sede en Egipto. El constructor argentino se presenta a la licitación con una garantía otorgada por un banco francés que tiene filial en Egipto; para eso, ha debido concertar con el banco francés que extienda esa garantía a cambio de una determinada suma de dinero que el constructor le paga.

Aparecen, pues, los siguientes sujetos:

- a) ordenante o principal (la persona que desea participar en una licitación);
- b) el beneficiario (el gobierno licitante egipcio), y
- c) el garante (el banco o una compañía de seguros).

(19) Conf. NATUCCI, Alessandro, *Astrazione causale e contratto autónomo di garanzia*, Cedam, Milán, 1992, pág. 3; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Las garantías a primera demanda», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 98.

(20) VASSEUR, Michel, «Rapport de Synthèse», en *Les Garanties Bancaires dans Contrats Internationaux*, Paris, Éditions du Moniteur, 1981, pág. 319; WALD, Arnoldo, «Algunos aspectos de la garantía a primera demanda en el Derecho Comparado», en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 23, vol. 1990-B (julio-diciembre), págs. 651 y 652.

(21) MASSOT, Ramón P., *Fianzas a primer requerimiento*, IV Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras, 1.^{as} Jornadas de Derecho Bancario, 9 al 11 de noviembre de 1988, Buenos Aires, pág. 189.

(22) WALD, Arnoldo, *ibídem...*, pág. 652.

Normalmente, el ordenante y el beneficiario se ubican en plazas diferentes (países diferentes).

La *relación básica* es la que nace de la vinculación beneficiario (licitante) con el ordenante (constructor). El ordenante, compelido por las condiciones de la licitación en la que desea participar, conviene con su garante que preste una garantía «a primera demanda» a favor del beneficiario. Se trata de una típica *relación de crédito* (23), ya que para otorgar la garantía, el banco ha de analizar la obligación que va a asumir, y la situación de solvencia y de capacidad del ordenante; normalmente, requerirá a su cliente contra-garantías (personales o reales) a su satisfacción para asegurarse que el ordenante le reembolsará lo pagado al beneficiario.

Tomada por el garante la decisión de asumir esa obligación de garantía, y prestadas las contra-garantías, emitirá una *declaración unilateral* obligándose frente al beneficiario «a primera demanda».

La obligación del garante es *incondicionada* e implica, como ya lo hemos explicado, la renuncia a oponer las defensas que pudiera tener el principal u ordenante contra el beneficiario. Así, por ejemplo, la empresa constructora fue víctima de dolo ejercido por parte del gobierno egipcio que la indujo —engañada— a presentarse en el proceso licitatorio, lo que viciaría de nulidad su participación en la licitación, que no podrá invocar el banco garante para no honrar la garantía a primera demanda.

El garante/emisor no está llamado a investigar las transacciones subyacentes, circunscribiéndose a revisar que la demanda de pago emanada del beneficiario sea conforme a los términos de la *declaración unilateral* emanada de aquél por la cual se obliga frente al beneficiario «a primera demanda» (24).

De tal modo, cuando el beneficiario reclama el pago de la garantía, el garante no puede requerir se le presente documentación probatoria del incumplimiento del principal u ordenante. Debe pagar. De ahí que la garantía es *autónoma y abstracta*.

Más aun, llegando a extremos, la doctrina ha entendido que cumplida la obligación del contrato base a cargo del ordenante, lo que extinguiría objetivamente la garantía, requiere para que este último efecto se produzca, que el ordenante disponga de prueba líquida que permita acreditar aquél. Si, al contrario, el deudor cumplidor no dispusiera de esos elementos de juicios, la garantía no

(23) Tiene por objeto la utilización del crédito del banco (o de otro garante) frente al tercero (beneficiario).

(24) Se pregunta Richard: ¿La renuncia a oponer excepciones, incluye las suyas propias, como las de compensación? Este era uno de los problemas doctrinales; la Convención de las Naciones Unidas sobre «Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente» la soluciona expresamente. La compensación es posible (art. 18), pues se trataría de deudas líquidas exigibles recíprocamente («Las garantías autónomas en el Derecho argentino y en los proyectos de reforma», en *Derecho Mercantil contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I., y ESTOUP, Luis A., Buenos Aires, ed. La ley, 2001, pág. 290).

se extingue objetivamente, esto es, el garante deberá pagar «a primera demanda», aún cuando el beneficiario no tuviera derecho a la prestación garantizada.

Héctor ALEGRÍA (25) habla —en esta misma línea de razonamiento— de la «doble abstracción»:

Primero: la garantía es abstracta respecto de la relación que le da origen en las vinculaciones ordenante-garante. Es decir, al beneficiario no le son oponibles las condiciones de la operación que medió entre el garante y el ordenante. Así, por ejemplo, si el ordenante no hubiere pagado las comisiones de garantía o no hubiera constituido o hubieran desmejorado las contragarantías, esas peculiaridades no alteran su obligación frente al beneficiario.

Segundo: la garantía también es abstracta respecto del contrato base entre ordenante y beneficiario. Se refiere a la inoponibilidad, por el garante, de defensas que se funden en el contrato base (v.gr., nulidad de éste). Como la obligación del garante es independiente (en tanto no accesoria) de la obligación del ordenante, *ergo*, las defensas o excepciones relativas a esta última obligación son irrelevantes para juzgar o detener el vínculo del garante para con el beneficiario.

Recapitulando (26):

- i) estas garantías se utilizan frecuentemente en contrataciones internacionales, consistiendo en la obligación que asume un tercero (banco o eventualmente una empresa vinculada o interesada), de cumplir la prestación o pagar una suma de dinero, en caso que una de las partes (generalmente la que debe realizar la obra), deje de hacerlo;
- ii) el pacto lleva consigo la obligación del garante de pagar «a primera demanda», esto es, de hacerlo no bien el garantizado deje de efectuar la prestación por cualquier causa. Supone la renuncia a oponer las defensas del garantizado relativas al contrato, si las hubiere. Por ello, la «primera demanda» genera la exigibilidad de la prestación del garante.

Después del pago, pueden presentarse diversas acciones de restitución, tales como:

- a) *Acción del banco-garante contra el ordenante:* en la práctica no hay necesidad de deducir ninguna acción judicial pues, como se ha dicho,

(25) ALEGRÍA, Héctor, «Las garantías abstractas o a primera demanda en el Derecho argentino y en el Proyecto de Unificación Argentino», en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1987, año 20, págs. 718 y 719.

(26) ALEGRÍA, Héctor, «Las garantías a primera demanda en el Derecho argentino. Situación actual y perspectivas de reforma», en *IV Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras*, Primeras Jornadas de Derecho Bancario, Buenos Aires, 9 al 11 de noviembre de 1988, Buenos Aires, 1989, págs. 184 y 185.

la entidad financiera (garante) que paga al beneficiario, se ha preparado anticipadamente para asegurar su cobro (reembolso) sin necesidad de acudir a los tribunales: exige a su cliente tener dinero líquido depositado en una cuenta abierta por el garante, o una prenda de valores mobiliarios cotizables en bolsa, o prenda sobre mercaderías, etc.

- b) *Acción del ordenante contra el beneficiario*: la acción corresponde en los casos en que el beneficiario ha cobrado del garante indebidamente; por ejemplo, porque el negocio base era nulo, o estaba extinguido, o ya había recibido la prestación con anterioridad de manos del deudor, etc.
- c) *Acción del garante contra el beneficiario*: atento a la estructura propia de la garantía abstracta, no existe naturalmente el derecho de repetición o reembolso contra el beneficiario. Sin embargo, este derecho puede ser reservado expresamente mediante cláusula de la garantía; o bien puede nacer por otras vías alternativas:
 - la primera, por acción subrogatoria u oblicua para el caso de que el ordenante, demandado por el garante, no satisfaga esta obligación y, a su vez, no accione contra el beneficiario en razón del contrato-base que los liga (art. 1.196 del Código Civil argentino);
 - la segunda, cuando no tuviere derecho a reembolso del ordenante. Esto ocurrirá, normalmente, cuando haya pagado sin atender a las pruebas líquidas que tuviere a su disposición para repeler la petición del beneficiario. Si es así, no tendrá acción contra el ordenante, pero la tendrá contra el beneficiario sobre la base del pago indebido (art. 784 del Código Civil argentino).

Como dijimos antes de ahora, aunque no existe regulación legal vigente, la doctrina mayoritaria entiende que las garantías a primera demanda están amparadas por el principio de la libertad de contratación consagrada en el artículo 1.197 del Código Civil argentino y el régimen constitucional nacional, ampliamente liberal (art. 19 de la Constitución Nacional argentina: «*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe*»).

ALEGRÍA (27) se ha pronunciado sobre su admisibilidad en el Derecho argentino en los siguientes términos:

(27) «Las garantías autónomas en el Derecho argentino y en los proyectos de reforma», en *Derecho Mercantil Contemporáneo*, obra dirigida por PIAGGI, Ana I. y ESTOUP, Luis A., Buenos Aires, ed. La ley, 2001, pág. 274 y sigs.; «Las garantías a primera demanda en el Derecho argentino. Situación actual y perspectivas de reforma», en *IV Congreso sobre aspectos jurídicos de las entidades financieras*, Primeras Jornadas de Derecho Bancario, Buenos Aires, 9 al 11 de noviembre de 1988, Bs. As., 1989, pág. 185 y sigs.

- a) Se trata de un caso de aplicación adecuada del principio de autonomía de la voluntad. Este principio, ínsito en el ordenamiento argentino por vía del artículo 1.197 del Código Civil argentino, equipara a la libre contratación con la ley. Es sabido que la norma no importa la libertad de elegir una figura jurídica recogida por el legislador o cambiarle algunos de sus caracteres contingentes, sino básicamente en moverse dentro del amplísimo campo que el artículo 19 de la Constitución Nacional argentina deja al arbitrio de los particulares (comprendidos aquí el propio Estado y corporaciones públicas en determinadas circunstancias) creando incluso figuras «atípicas».
- b) El propio Código Civil argentino consagra un instituto de ribetes bien parecidos (dado que la analogía no es similitud o identidad, es obvio). En efecto, en el artículo 1.994 establece la validez de la fianza aún cuando la obligación del afianzado sea nula por incapacidad de éste. Es decir, el tercero se comprometió y quedó obligado válidamente aun cuando el garantizado no.
- c) El artículo 1.163 del Código Civil argentino recoge una institución de contenido bien similar. Allí el legislador, siguiendo una tradicional corriente latina, admite que *«El que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer las pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato»*. Este contrato de *porte fort* o promesa del hecho del tercero tiene estructura similar a la garantía a primera demanda.
- d) Las obligaciones cambiarias en general y el aval en particular admiten la validez del vínculo aun cuando los otros no lo fueren (art. 7.º de la Ley cambiaria, Decreto 5965/63 argentino) y en especial cuando no lo fuere el del avalado (art. 34, segundo párrafo, Decreto-ley citado).
- e) Aún sin adentrarse en el estudio de las obligaciones abstractas y su libertad de creación, la abstracción, aun «doble», reposa sobre la voluntad del obligado generalmente manifestada como consecuencia de una negociación contractual que le da base.
- f) Frente al beneficiario que recibe la garantía, el acto del obligado consiste en una determinada prestación a realizarse también en muy bien determinadas circunstancias. Desde este punto de vista, su vínculo puede perfectamente fundarse en la declaración unilateral de voluntad, cuya admisibilidad en el Derecho argentino, si bien se ha debatido, no parece en la actualidad despertar voces discordantes.
- g) La posición del beneficiario de la garantía a primera demanda es idéntica a la del beneficiario de un seguro contratado por un tercero interesado.

Sin embargo, estas garantías no han sido ajenas a la crítica. Con claridad, ALEGRIA (28) sintetiza las principales críticas hechas a estas garantías:

- La excesiva protección del adquirente o beneficiario, que a su solo arbitrio puede poner en juego la garantía. Se unen consideraciones comerciales a principios jurídicos (en nuestro Derecho: la igualdad, el debido proceso, la propiedad, por ejemplo, arts. 14, 17 y 19 de la Constitución Nacional argentina).
- La presión de los adquirentes sobre la base de los derechos que las garantías le confieren.
- Los costos adicionales que pueden suponer para las prestaciones.
- La inconveniencia de plasmar garantías abstractas que se desprendan de la debida ejecución de las prestaciones de los contratos.
- El abuso de la abstracción, en contra de la buena fe.

Por otro lado, varios proyectos de reformas de la legislación vigente argentina se refieren a estas garantías:

- Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987

El artículo 2.290 de la Ley 24.032 —vetado por el Poder Ejecutivo— establecía que las llamadas garantías a «primera demanda» o «primer requerimiento» constituyen una declaración unilateral de voluntad (que es regulada como fuente de las obligaciones, art. 2.288) en las que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas independientemente de las excepciones y defensas que pudiera tener el deudor, aunque mantenga el derecho de repetir del beneficiario después del pago. La normativa prohibía que este tipo de obligaciones pudiesen ser asumidas por personas físicas.

- Proyecto de la Comisión Federal de 1993

La regla expuesta en el párrafo anterior es mantenida en el anteproyecto de la llamada «comisión federal», con una sola modificación —que no varía el sentido— del último párrafo del artículo 2.290, que quedó redactado de la siguiente manera: *«Las obligaciones a que se refiere el párrafo anterior pueden ser contraídas por personas jurídicas»*.

(28) «Las garantías abstractas o a primera demanda en el Derecho argentino y en el Proyecto de Unificación Argentino», en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1987, año 20, pág. 695.

- Proyecto de Reformas al Código Civil. Comisión designada por Decreto 468/92

Las garantías a primera demanda fueron también reguladas como un supuesto de declaración unilateral de voluntad e incluidas en un capítulo especial (capítulo IV).

El artículo 1.479 decía: *«Se incluyen en las disposiciones generales de este Título las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda” o “a primer requerimiento” y aquéllas en que de cualquier otra manera se establezca por escrito que el emisor, un banco o una compañía aseguradora, garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas independientemente de las excepciones o defensas que éste pudiera tener; el pago faculta a promover las acciones recursorias correspondientes»*.

En este Anteproyecto de reformas se agrega un párrafo final, que prevé el fraude o abuso manifiesto del beneficiario que surge de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen (art. 1.479). Expresamente dice: *«En caso de fraude o abuso manifiestos del beneficiario que surjan de prueba instrumental u otra de fácil y rápido examen, el garante o el ordenante podrán requerir que el juez fije una caución adecuada que el beneficiario deberá satisfacer antes del cobro»*.

- El Proyecto de Código Civil (Comisión creada por Decreto 685/95)

Finalmente, el anteproyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio de 1998 las denomina «garantías unilaterales» y las regula en los artículos 1.742 a 1.746:

1. El artículo 1.742 dice: *«Tipificación. Constituyen una declaración unilateral de voluntad y están regidas por las disposiciones de este capítulo, las llamadas “garantías de cumplimiento a primera demanda”, “a primer requerimiento” y aquéllas en que de cualquier otra manera se establezca que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pudiera tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. El pago faculta la promoción de las acciones recursorias correspondientes»*.
2. El artículo 1.743 dispone: *«Sujetos. Pueden emitir esta clase de garantías:*

- a) *Las personas públicas.*
 - b) *Las personas jurídicas privadas en las que sus socios, fundadores o integrantes no respondan ilimitadamente.*
 - c) *En cualquier caso, las entidades financieras y compañías de seguros, y los importadores y exportadores por operaciones de comercio exterior, sean o no parte directa en ellas».*
3. El artículo 1.744 expresa: *«Forma. Las garantías previstas en este capítulo deben constar en instrumento público o privado. Si son otorgadas por entidades financieras o compañías de seguros, puede asumirse también en cualquier clase de instrumento particular».*
4. El artículo 1.745 manifiesta: *«Cesión de garantía. Los derechos del beneficiario emergentes de la garantía no pueden transmitirse separadamente del contrato o relación con que la garantía está funcionalmente vinculada, antes de acaecer el incumplimiento o el plazo que habilita el reclamo contra el emisor, salvo pacto en contrario. Una vez ocurrido el hecho o vencido el plazo que habilita ese reclamo, los derechos del beneficiario pueden ser cedidos independientemente de cualquier otra relación. Sin perjuicio de ello, el cesionario queda vinculado a las eventuales acciones de repetición que pudieren corresponder contra el beneficiario según la garantía».*
5. Por último, el artículo 1.746 dice: *«Irrevocabilidad. La garantía unilateral es irrevocable a menos que se disponga en el acto de su creación que es revocable».*

Así las cosas, como puede observarse, las garantías a primera demanda se incorporan en el último Proyecto de reformas argentino, reconociéndose expresamente su validez.

ii) Fideicomiso de garantía

Otro tanto ocurre con el fideicomiso de garantía, figura en la cual también está ausente el *juicio previo*.

Un autor se pregunta: ¿Qué garantía protege no sólo el crédito de quien financia un proyecto, sino también el buen fin del proyecto, poniéndolo a salvo de contingencias ajenas al proyecto mismo? Y responde: El fideicomiso de garantía. Este resultado no se logra hipotecando o prendando los bienes que integran el activo del proyecto. Dado que éstos se mantienen en el patrimonio del empresario deudor, cualquier otro acreedor ajeno al emprendimiento puede atacarlos, sin que la existencia de los derechos reales de garantía permita impedir o repeler la acción de tal acreedor. El remate de los bienes

es la consecuencia, y si bien el acreedor garantizado cobrará en primer término, el proyecto se habrá frustrado. Especialmente en los esquemas negociales conocidos como financiación de proyectos en todas sus variantes, interesa sobre manera al proveedor de la financiación que el proyecto llegue a concretarse y produzca los resultados esperados, ya que el flujo de fondos previsto para el emprendimiento será su verdadera garantía de cobro (29).

Al argumento precedentemente expuesto se añade este otro. En caso de incumplimiento del deudor, el acreedor cuenta con una garantía de rápida realización para satisfacer su crédito; bastará para ello que el fiduciario enajene o adjudique los bienes fideicomitidos de acuerdo a lo pactado en el contrato, sin necesidad de recurrir a actuación judicial previa alguna. De esta manera, se sostiene enfáticamente, se abarata el costo del crédito, pues el acreedor —atento a que su poder de recupero del dinero prestado es muy eficaz— estará dispuesto a cobrar tasas de interés más accesibles y a aceptar condiciones más flexibles en la devolución del préstamo; todo esto redundará, en definitiva, en beneficio de la economía de la comunidad.

En concreto, «esta particular figura aventaja a otro tipo de seguridades personales y reales al perfilarse como una neta garantía autoliquidable, que favorece el abaratamiento y acceso al crédito. En su aplicación han puesto especial atención los acreedores institucionales (bancos y financieras), a fin de sustraerse a los dilatados y costosos procesos judiciales en reclamo de sus acreencias. También se postula como garantía preferida que conceda a la entidad acreedora un tratamiento preferencial en la carga de previsionar en el Banco Central de la República Argentina» (30).

4. EL FENÓMENO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EJECUTADO

Como lo explicamos precedentemente, en las garantías autoejecutables la agresión patrimonial es directa, sin posibilidad de que el ejecutado pueda ejercer contra la misma —en forma *previa*— el derecho de defensa. Éste podrá ejercerse a través de un juicio de conocimiento amplio —distinto de la vía ejecutiva privada— cuya promoción estará a cargo del deudor o tercero garante ejecutado.

(29) CARREGAL, Mario, *Fideicomiso de garantía: lícito y necesario*, L.L. 2000-D, pág. 952.

(30) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, «Propiedad fiduciaria en garantía, ¿es posible en el Derecho vigente?», en *RDPC*, 2001-3, Fideicomiso, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, págs. 165 y 166; KIPER, Claudio M., y LISOPRAWSKY, Silvio V., «Fideicomiso de garantía», en *Teoría y práctica del fideicomiso*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1999, pág. 1 y sigs.; CZARNY, Natalio, «Garantías preferidas por el BCRA. Propuesta de calificar al fideicomiso de garantía como preferida. Fundamento», en revista argentina *El Derecho*, 172-1028.

Es más, si la ejecución llevada a cabo por el acreedor fue abusiva, fraudulenta o sin derecho, en el juicio de conocimiento iniciado por el ejecutado para plantear aquellas defensas que no pudo concretar en la autoejecución patrimonial dirigida en su contra podrá, además, reclamar la reparación de los daños y perjuicios sufridos por la ejecución antijurídica.

La Carta Magna no impone que el deudor deba ser oído previamente en la *misma vía ejecutiva* que se está utilizando en su contra. Lo que sí asegura la Constitución —pues *la defensa en juicio de la persona y sus derechos es inviolable*— es la oportunidad de que «pueda» ser oído en forma previa, y ello a través de distintas vías:

- a) por medio de la propia ley que impone la «vista» o «traslado» previo a favor del deudor *dentro de la propia vía ejecutiva* utilizada contra este último (caso del *juicio ejecutivo*), o,
- b) porque, si bien no impone el «traslado» o «vista» previa en la misma vía ejecutiva incoada, deja librado a la iniciativa del propio deudor la promoción del contradictorio *por cuerda separada* a través de un juicio de conocimiento (caso de las *garantías autoliquidables*); juicio este último que, aunque no esté expresamente previsto por el Derecho procesal o sustancial, tiene fundamentos en el Derecho constitucional.

Erróneamente se sostiene que la única posibilidad con que cuenta el deudor autoliquidado para defender sus derechos es el *juicio de conocimiento «posterior» a la ejecución*; es decir, después de ejecutado patrimonialmente.

Sin embargo, esta afirmación carece de respaldo normativo, toda vez que el deudor tiene —a la luz del art. 18 de la Constitución Nacional— la posibilidad de promover el juicio de conocimiento —con la amplitud probatoria y de audiencia necesarias— *antes, durante y después* de la ejecución para hacer valer sus derechos, sin que ello obste a que el acreedor siga adelante con la propia ejecución extrajudicial. El deudor podrá activar su defensa por cuerda separada (juicio de conocimiento) y no dentro de la propia vía ejecutiva privada a través de la cual se lo está ejecutando.

Se confunde la situación del deudor *autoliquidado* por el acreedor con la del deudor agredido en virtud de un *juicio ejecutivo*.

Todos los Códigos Procesales prevén la existencia de un juicio ordinario *posterior* que tiene como presupuesto la tramitación *previa* de un juicio ejecutivo.

Sólo cuando ha existido un juicio ejecutivo previo se justifica la posibilidad de promover un juicio de conocimiento amplio posterior (no anterior) a aquél pues, en definitiva, el deudor ha tenido la posibilidad de defenderse —aunque acotadamente— en el propio juicio seguido en su contra, lo que

legítima el hecho que se postergue el planteo de aquellas cuestiones ajenas al título ejecutivo para un momento posterior.

Aún tratándose de «juicio» ejecutivo, la Corte Suprema de la Nación de la República Argentina, *in re*, «Laperuta, Guillermo c/The Chase Manhattan Bank SA» (31) y el Doctor Jorge Peyrano —al estudiar a las acciones de revisión y rectificación de la cuenta corriente bancaria (32)— admiten que el «juicio de conocimiento» puede no ser posterior al juicio ejecutivo. He aquí el punto de equilibrio.

El último párrafo del artículo 553 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN) (según Ley 22.434) puede extraerse la posibilidad que tiene el ejecutado de cuestionar la deuda que se le atribuye mediante un proceso de conocimiento, que si bien no paraliza la ejecución, tampoco se ve impedida por ésta. En el caso, mientras era ejecutado por el banco en virtud del certificado de saldo de la cuenta corriente de que era titular, el deudor promovió demanda a través de la cual solicitó la nulidad del contrato celebrado con el ejecutante, pues los aspectos atinentes a la causa sólo podían ser atacados por la vía del proceso ordinario.

Tanto en primera como en segunda instancia se resolvió que no debía sustanciarse la demanda hasta tanto —conforme al art. 553 CPCCN— estuviese firme la sentencia recaída en el juicio ejecutivo. La Corte entendió que los jueces inferiores habían incurrido en arbitrariedad, tras haber desinterpretado la mentada norma (que sí autoriza a tramitar el juicio ordinario concomitantemente con el ejecutivo), lesionando la garantía constitucional que asiste al ejecutado y que le asegura el derecho al debido proceso.

De lo expuesto cabe concluir que en el Derecho Procesal argentino no hay obstáculo legal para que el deudor promueva —concomitantemente o con posterioridad al juicio ejecutivo— el juicio ordinario en el cual se discutan con amplitud el alcance y la relación causal motivo de la emisión del título ejecutivo.

Tal aserto nos guía a la siguiente reflexión: si la concomitancia del juicio ordinario es viable respecto de un juicio ejecutivo que tramita en contra del ejecutado, con mayor razón sería viable cuando el obligado es ejecutado por un mecanismo autoliquidativo en el cual no hay juicio previo.

En efecto, el deudor ejecutado por el acreedor munido de *garantía autoliquidable* lisa y llanamente no puede hacer valer defensa alguna, ni siquiera referida al título, pues no hay «juicio» en su contra en el cual las pueda plantear.

Se justifica que el *deudor* pueda promover un juicio de conocimiento (con la amplitud de audiencia y prueba necesarias) *antes* o *durante* (y por supuesto

(31) Revista argentina *El Derecho*, 123-280.

(32) «Enfoque procesal de las acciones de revisión y de rectificación de la cuenta corriente bancaria», en revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, 1995-III-899.

con posterioridad) a la ejecución para ser oído, aún cuando no podrá impedir que lo ejecuten extrajudicialmente.

En aquellos casos en que el juicio de conocimiento es iniciado con *posterioridad* a la ejecución autoliquidable, podrá adoptar *también* la forma de un *juicio de repetición*. En éste el deudor autoejecutado podrá pretender, además de plantear aquellas defensas que no pudo hacer valer en la ejecución privada, repetir contra el acreedor lo percibido por éste —sin derecho— con motivo de la autoliquidación de la garantía. Puede además acumular la pretensión resarcitoria.

Para el caso de que el acreedor haya ejecutado sin derecho o abusivamente una garantía autoejecutable, deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados al deudor; por ejemplo:

- el deudor obtuvo sentencia a su favor en el juicio de conocimiento iniciado contra la autoliquidación, en el cual se declaró nula la garantía autoliquidable por defectos de especialidad o accesoriedad;
- logró demostrar en dicho juicio que había pagado con anterioridad la deuda garantizada con la autoliquidable que se ejecutó con posterioridad en su contra;
- pudo demostrar en el mentado juicio que la garantía autoejecutable que se ejecutó a su respecto, lo fue como consecuencia de una obligación principal que había sido declarada nula en virtud de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material.

5. LA «PREVENCIÓN» DEL DAÑO ANTE LA EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Tratándose de garantías autoejecutables, como regla, el deudor no puede impedir la «agresión» patrimonial privada del acreedor; sin embargo, puede promover el juicio «previo» para que lo «oigan antes», y esta facultad no le puede ser vedada. Es decir, la ley puede posponer la promoción del juicio de conocimiento, pero no puede *prohibir la facultad constitucional de la cual goza el deudor de poder iniciarlo antes o durante la autoliquidación de la garantía*.

Este juicio de conocimiento amplio que puede promover el deudor contra la ejecución privada y extrajudicial del acreedor, puede tener mayor o menor entidad y efectos, según que «intervenga» o no un juez en la realización de la garantía autoliquidable; intervención jurisdiccional, reiteramos, que no implica que el deudor pueda ejercer su derecho de defensa (como ocurre, por ejemplo, con el «secuestro prendario» en la prenda con registro privada según Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado según Decreto 897/95, concretado en virtud de una resolución judicial —solicitada por el

acreedor— a los efectos de materializar la entrega de la cosa pignorada a éste para que pueda rematarla).

a) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES EXISTE INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL

El deudor se opondrá, a través de un juicio de conocimiento amplio planteando, aquellas cuestiones que no puede hacer valer en la ejecución extrajudicial; sin embargo, como regla, *no podrá detener ni suspender la ejecución extrajudicial* a través de medidas cautelares (v.gr., prohibición de innovar).

Las medidas cautelares no pueden impedir que prosiga el juicio promovido ante otro juez. La solución contraria implicaría otorgar facultades de revisión a un tribunal distinto al que lleva adelante la ejecución, facultad que no existe en ninguna disposición legal.

El deudor que ha iniciado un juicio para oponerse y que pretende paralizar la ejecución privada (v.gr., el secuestro del bien prendado en la ejecución de la prenda privada con registro) contraría el *principio de prevención* según el cual: «*cuando un tribunal se ha avocado al conocimiento de un asunto, ningún otro puede interferir de modo directo o indirecto en el desarrollo y desenlace de aquél*».

Sin perjuicio de la regla expuesta —*el juicio de oposición no suspende la autoliquidación de la garantía por ser de aplicación el principio de prevención*— creemos que «vedar» *a priori* y en todos los casos la posibilidad de plantear la suspensión por parte del deudor, podría constituir una limitación irrazonable (arts. 1.071 y 1.198, aptd. 1.º del Código Civil argentino) del derecho de acceso a la justicia que le asiste a aquél.

En nuestra opinión, los supuestos de abuso o fraude *manifiestos* autorizarían la suspensión. Por ejemplo, el deudor es ejecutado habiéndose pagado la obligación principal, o habiéndose declarado judicialmente inválida por vicios de nulidad, etc.; circunstancias todas éstas conocidas por el acreedor.

En efecto, la valla es prudente siempre y cuando entre los procesos no exista conexidad, porque si entre el que tiene la medida decretada y aquél que pretende obtener la extensión existe algún punto de conexión o complemento, la cautelar podría aplicarse sujetas a pocos y precisos requisitos (33).

Aunque desde otra óptica, y con otros fundamentos, el legislador concursal ha consagrado en el artículo 24 de la Ley 24.522 una *excepción* importante al *principio de prevención*. El mentado artículo de la Ley concursal

(33) GOZAÍNI, Osvaldo A., «Acercas de la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de innovar a procesos conexos», en revista argentina *El Derecho*, 158- 226; Cámara Nacional Civil, sala A, marzo 15-1994, «Vaserman, Olga, c. Vaserman, Ana Sofía, s/nulidad de los actos jurídicos», revista *El Derecho*, 158-227.

dice: «En caso de necesidad y urgencia evidentes para el concurso, y con el criterio del artículo 16, párrafo final, el juez puede ordenar la suspensión temporaria de la subasta y de las medidas precautorias (34) que impidan el uso por el deudor de la cosa gravada en la ejecución de créditos con garantía prendaria o hipotecaria. Los servicios de intereses posteriores a la suspensión son pagados como los gastos del concurso, si resultare insuficiente el producido del bien gravado. Esta suspensión no puede exceder de noventa días. La resolución es apelable al solo efecto devolutivo por el acreedor, el deudor y el síndico».

Un caso paradigmático en materia de garantías autoliquidables, en el cual se aplicó el artículo 24 LCQ precitado, fue el resuelto por el Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros de la Primera Circunscripción Judicial, expediente número 8715, 22/09/2004, «El Rápido, S.R.L. p/Conc. Prev.» (35).

En el caso, la concursada —empresa de transporte público— solicitó en sede concursal la suspensión de una medida de secuestro de automotores ordenada por el juez civil y comercial (no concursal) en la ejecución prendaria incoada contra la deudora.

No obstante que la solución brindada por el fallo precitado corresponde al ámbito concursal exclusivamente, esfera en la cual encontramos una *disposición normativa específica* que autoriza la interferencia de juez respecto de otro, la misma no importa una solución aislada en el escenario del ordenamiento jurídico en general y, por ende, es proyectable a otras ramas del Derecho.

Así, en materia de acción de amparo, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en los autos «Miró, Héctor D.», atendió por vía de amparo el problema suscitado por la detención de un letrado, dispuesta por razones disciplinarias por la Cámara de Mercedes (Sala 1.^a). Tal detención fue juzgada por aquella Corte como improcedente, dado que había sido dictada sin oír al profesional, y sin admitir el carácter sustitutivo de la multa oportunamente impuesta (36).

BIDART CAMPOS ha sostenido que un procedimiento de amparo contra actos procesales viciados (sea por defecto de trámite o de contenido) no puede descartarse con el único argumento de que las decisiones del juez de la causa no deben ser revisadas por otro magistrado ajeno al expediente (37).

(34) Ordenadas por otros jueces (con competencia no concursal).

(35) Revista argentina *Actualidad Jurídica de Mendoza*, primera quincena de abril de 2005, año I, vol. 13, pág. 810.

(36) Revista argentina *La Ley*, 95-626.

(37) *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1969, pág. 266.

b) GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES EN LAS CUALES «NO» HAY INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL

Al igual que en los casos de ejecución privada en los que existe una «mínima» intervención judicial, el deudor ejecutado tampoco puede postular una cautelar dentro del proceso de oposición que suspenda e impida al acreedor ejecutar privadamente la garantía.

Tal pretensión sería violatoria de la garantía constitucional de «libre demandabilidad» enraizada en el artículo 17 de la Constitución Nacional argentina, conforme al cual:

- i) a nadie se le puede impedir el acceso a los tribunales para hacer valer sus derechos;
- ii) de igual modo, resulta violatorio del derecho de propiedad impedir que el *acreedor* ejecute por vía privada la garantía cuya constitución ha sido prevista —precisamente— para recuperar el crédito concedido, en caso de incumplimiento de la deuda garantida (siempre que se le asegure por contraposición y coetáneamente al *deudor* la posibilidad de iniciar el *proceso de oposición contra* la autoliquidación).

Sin embargo creemos que, cuando en la realización de las garantías autoliquidables no hay intervención jurisdiccional alguna, la cuestión cambia con respecto a aquellos casos en las cuales sí existe intervención jurisdiccional.

Cuando no hay injerencia judicial, el deudor tiene más chances —en el juicio de oposición— de obtener medidas precautorias idóneas para «detener» o «suspender» la ejecución privada de la garantía. No está en juego, en este supuesto, el *principio de no intervención*. El deudor ejecutado abusivamente puede oponerse a la ejecución extrajudicial a través de medidas cautelares (v.gr., medida de no innovar) planteadas en el marco de juicio de conocimiento amplio *previo* o *concomitante* a la ejecución; sólo en aquellos supuestos excepcionales en los cuales aparece manifiesto que el acreedor carece de todo derecho o abusa de él al mediar *dolo* o *fraude manifiesto de fácil prueba* (por ejemplo, porque el deudor pagó la deuda cuya garantía se ejecuta; o porque se declaró la nulidad de la obligación principal garantizada con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, etc.).

La Cámara Federal, Civil y Comercial, Sala II, el 11-3-04, en autos «Vázquez, Diana G. C. Poder Ejecutivo Nacional y otro» (38) resolvió que era procedente la medida cautelar solicitada con el objeto de que se ordene al banco demandado abstenerse de iniciar la subasta de un inmueble en el marco de la ley argentina, número 24.441, hasta tanto se resuelva la acción interpuesta para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 39 del

(38) Revista argentina *La Ley*, 2004-E-205.

Decreto 1387/2001, 6 del Decreto 1570/2001 y de la comunicación «A» 3398 del Banco Central de la República Argentina, pues las argumentaciones expuestas en la demanda convencen acerca de la existencia de un derecho *prima facie* verosímil, ya que el resguardo perseguido no podría obtenerse por medio de otra medida precautoria y de negarse la peticionada se provocaría en la actora un perjuicio prácticamente irreparable.

De igual modo, el 6 de febrero de 2003, en autos «The Bank of New York c. Institutos de Servicios Sociales Bancarios», la Corte Federal de la República Argentina resolvió favorablemente e hizo lugar a la presentación directa revocando la decisión recurrida pronunciada por la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social (Sala II), que había denegado el recurso extraordinario deducido. En el caso, se había pedido —como medida cautelar de no innovar— que una Obra Social se abstuviera de ejecutar unos certificados de deuda hasta que se resolviese el recurso de alzada planteado contra las resoluciones que habían determinado las deudas en cuestión.

La peticionante de la cautelar interpuso recurso extraordinario; invocó que se le había privado de un procedimiento administrativo regular, respetuoso del debido proceso y del derecho de defensa sustancial; que se le había negado información sobre la deuda reclamada, así como el acceso a la alzada administrativa; hizo especial hincapié en la insuficiente reparación que significaban para sus agravios los procesos ejecutivos u ordinario posterior y que el levantamiento de la prohibición de innovar precipitaba los perjuicios constitucionales que se procuran evitar mediante su dictado.

La Corte negó que la cautelar impida a la Obra Social acceder a la justicia; sostuvo que queda al arbitrio de la Administración poner fin a la medida cautelar, puesto que ésta se concedió limitadamente hasta tanto se resolviera el recurso ante el Ministerio de Salud y se habilite con ello la vía judicial, según prevé el artículo 95 del Decreto 1759/72. Precisó que el propósito de la medida no fue otro que suspender los efectos de actos administrativos tachados de nulidad. Destacó que la accionada es un ente en liquidación, intervenido por el Poder Ejecutivo, sin objeto social y fuera del régimen de la Ley 23.660, motivo por el que, de no acogerse la cautelar se estaría obligando a la actora a demandar a un ente insolvente, con un régimen patrimonial transitorio, lo que, por sí mismo, evidencia el peligro en la demora.

6. CONCLUSIÓN

Conforme lo expresado precedentemente, creemos que los intereses constitucionales en juego (defensa en juicio, derecho de propiedad y derecho a la conclusión de los procesos en un plazo razonable) pueden ser compatibilizados a la luz de la Carta Magna:

Por un lado, el *acreedor* no encuentra dilaciones al pretender el cobro de su crédito; esto es, *dentro* de la propia vía extrajudicial que utiliza para cobrar su acreencia, el deudor no pueda plantear cuestiones que dilaten o retarden aquel objetivo.

Por el otro, el *deudor* que prueba en forma indubitable que la ejecución que se sigue en su contra es «abusiva» o «ilícita» puede plantear y acreditar tal situación, *excepcionalmente*, a través de un *juicio de conocimiento amplio iniciado por separado y con carácter previo, paralelo o posterior* a la autoliquidación de la garantía, siempre que no interrumpa la pretensión ejecutiva del acreedor.

En estos términos, el deudor puede ejercer «a tiempo» su derecho de defensa sin perjudicar la vía de cobro del crédito del acreedor, quedando, sin embargo, en manos de este último —al ver que se denuncia por «juicio separado» una situación de «abuso» o «ilicitud»— la prudente decisión de no iniciar la ejecución, detenerla y no seguirla hacia adelante, so riesgo de tener que reparar los daños y perjuicios ocasionados por su obrar antijudicial (en caso de haber ejecutado mal y sin derecho, o en forma abusiva).

En definitiva, no puede «prohibirse» que el juicio sea «previo», ni en la ejecución patrimonial ni en la penal. Este derecho del ejecutado no puede ser derogado por el legislador ni por las partes. Se trata de un derecho amparado por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional Argentina, que tutelan el derecho de defensa en juicio de la persona y el derecho de propiedad privada.

En la esfera patrimonial, el legislador puede postergar el ejercicio del derecho de defensa del deudor. Tal parecería ser el caso de las autoejecutables. Sin embargo, por imperio de la Constitución Nacional, el deudor goza siempre de la facultad de poder instar —carga del contradictorio— de manera «previa» el juicio necesario para ser oído. Dicha facultad encuentra base normativa en los artículos 17 (inviolabilidad de la propiedad privada), 18 (inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos), y 19 de la Constitución Nacional Argentina (principio de legalidad). En cambio, en la esfera penal, el juicio o el conocimiento judicial debe ser *indefectiblemente* previo a la ejecución o condena.

En conclusión, desde la óptica de los derechos patrimoniales, el conocimiento judicial «puede verse postergado» por el legislador bajo ciertas condiciones, siempre y cuando se deje en manos del deudor la «posibilidad» o la «facultad» de iniciarlo en forma previa en casos de ejecuciones privadas abusivas o fraudulentas (circunstancias que tiene la carga de probar).

7. LAS GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES Y PROCESO CONCURSAL

A continuación, *relacionaremos* las garantías autoliquidables y el proceso concursal, especialmente, con el trámite verificadorio. En efecto, establecer la vinculación entre garantías autoejecutables y proceso falencial es relevante, toda vez que la relación entre las etapas de conocimiento y ejecución tiene repercusión no sólo en la órbita del proceso individual (ejecución individual) sino también en el ámbito concursal (ejecución colectiva). De manera particular, el proceso verificadorio plantea el interrogante acerca de si desempeña o no la función de etapa de conocimiento judicial previa a la ejecución patrimonial por parte del acreedor.

Previo a establecer estos vínculos es necesario exponer, lo más sintéticamente posible, los aspectos que caracterizan al proceso concursal argentino.

a) ASPECTOS QUE CARACTERIZAN AL PROCESO CONCURSAL Y AL DERECHO CONCURSAL EN GENERAL

1. *Preliminares*

El deudor puede encontrarse ante la imposibilidad de hacer frente al *conjunto de sus obligaciones*; su estado de impotencia patrimonial se revela, pues, con carácter *general*. Para estos supuestos, la ley prevé un proceso que involucra a *todo su patrimonio* y a *todos sus acreedores*. Este proceso, que es de carácter colectivo y que comprende la totalidad del patrimonio y la totalidad de los acreedores, se denomina juicio *concursal*, procedimiento concursal o proceso *colectivo*. A diferencia del proceso individual, el proceso colectivo no tiene como presupuesto el *mero incumplimiento* de alguna obligación, sino un estado generalizado de insolvencia del deudor denominado *estado de cesación de pagos*.

Los caracteres más importantes de este *juicio colectivo*, son los siguientes:

- a) El presupuesto de apertura del proceso concursal es el *estado de cesación de pagos* o insolvencia del patrimonio del deudor, caracterizado como el *estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles*. Este presupuesto del concurso difiere del mero «incumplimiento», presupuesto del juicio individual, aunque el incumplimiento de la obligación constituye uno de los *hechos reveladores* del estado de cesación de pagos.
- b) La ejecución colectiva es un proceso *único*. Dentro de la República Argentina no pueden coexistir, contemporáneamente y en rela-

ción al mismo patrimonio de una misma persona, dos procesos concursales.

- c) En virtud de lo expuesto, un solo órgano jurisdiccional entiende en la totalidad de las pretensiones de contenido patrimonial contra el deudor concursado (*fuero de atracción*). Este proceso colectivo «atrae» la mayoría de los juicios individuales que estaban iniciados contra el deudor.
- d) La existencia de un único proceso concursal y la necesidad de que a él concurren todos los acreedores del deudor produce varios efectos beneficiosos: (I) Un mejor control del deudor y de los acreedores entre sí respecto a cuáles pretensiones crediticias pueden incorporarse al pasivo común. (II) Una mayor celeridad en la tramitación del procedimiento universal. (III) Una mayor economía a fin de que se devenguen menores gastos de justicia.
- e) En el proceso concursal entran en conflicto no sólo los intereses patrimoniales *particulares* del acreedor y del deudor, sino también los intereses de la generalidad de los acreedores, los de la colectividad, interesada en la protección de la empresa como fuente de trabajo y unidad productiva, etc. Ello explica las restricciones al *principio dispositivo* y la mayor vigencia del principio inquisitivo, traducido en mayores poderes del juez concursal y en algunas facultades del síndico, órgano propio y característico de estos juicios (v.gr., el síndico del concurso puede impulsar el desarrollo del proceso y puede producir prueba aún cuando no sea ofrecida por el concursado; el deudor puede desistir del concurso preventivo y de la quiebra que él peticionó, pero con las restricciones fijadas por los arts. 31, 87 de la ley argentina, núm. 24.522 de concursos y quiebras, etc.).
- f) El juicio colectivo produce importantes efectos sobre la persona y sobre los bienes del deudor concursado. Así, en la quiebra, todos los bienes del patrimonio (salvo ciertas excepciones legalmente determinadas) resultan incautados y entregados al síndico para su custodia y administración hasta la liquidación judicial. El quebrado pierde las facultades de administración y disposición de sus bienes (desapoderamiento). Por un cierto periodo, el deudor quebrado es inhabilitado personalmente, medida que le impone numerosas restricciones a sus actividades, sobre todo en la esfera comercial y empresarial.
- g) Particularmente en la quiebra, los mecanismos para dejar sin efecto actos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores y, de este modo, recomponer el patrimonio del fallido, son más simples, exigen menos requisitos y extremos probatorios que los de las accio-

nes del derecho común (simulación, fraude, etc.). A tal efecto, la legislación falencial regula las *acciones de ineficacia concursal*. Por lo demás, la integridad del patrimonio del deudor es resguardada por el *síndico* quien, en el concurso preventivo, ejerce una *vigilancia* sobre el mismo, y en la quiebra lo *administra y dispone*.

- h) La ley concursal tiene un régimen propio de preferencias o privilegios. Es decir, cuando el deudor está *in bonis* rige la llamada «ley común» (Código Civil, Código de Comercio, códigos procesales, etc.); cuando se encuentra en estado de cesación de pagos, en cambio, normalmente no se aplican las reglas del llamado Derecho Común (Código Civil, Código de Comercio, etc.) sino la ley *especial*, que es la ley de concursos o ley *falencial*.

2. Principios que informan el proceso concursal

El proceso concursal se caracteriza por ser *universal, único y predominantemente inquisitivo*:

a) *Universalidad* (o colectividad o pluralidad): El proceso concursal es universal por cuanto en él convergen las pretensiones de todos los acreedores sobre la totalidad de un patrimonio. Este carácter del proceso concursal guarda relación con la noción del patrimonio como universalidad jurídica. Se trata de un proceso que compromete al patrimonio como conjunto de bienes y deudas de una persona (no se limita a algunos bienes singulares y a algunas deudas). Afecta a la totalidad del activo del deudor, convocando a los acreedores a dirimir y a efectivizar sus derechos sobre los bienes que integran ese patrimonio.

Por eso, se habla de universalidad concursal *objetiva y subjetiva*.

En su *aspecto objetivo*, la universalidad se refiere a los *bienes del deudor* comprometidos en el proceso concursal. Una aplicación de este aspecto es el artículo 1 de la Ley 24.522 de concursos y quiebras (*en adelante LCQ*) que dice: «El concurso preventivo o quiebra produce sus efectos sobre la totalidad del patrimonio del deudor, salvo las exclusiones legalmente establecidas respecto de bienes determinados». Entre estas últimas encontramos, verbigracia, el artículo 108 de la Ley 24.522, norma que establece qué bienes están excluidos del desapoderamiento que pesa sobre el quebrado.

En su *aspecto subjetivo*, la universalidad se refiere a los *sujetos involucrados* como acreedores del deudor concursado; es decir, a todos los que pretenden cobrar sus acreencias sobre el patrimonio que se encuentra en cesación de pagos. En este sentido, la carga de *verificar los créditos*, es decir, la carga de concurrir ante el síndico, denunciar el crédito (causa, títulos justificativos y privilegio) y solicitar ser incluido dentro del pasivo al que los bienes del

deudor deben dar satisfacción, se impone a «todos los acreedores», tanto en el concurso preventivo como en la quiebra (arts. 32 y 126, LCQ).

b) *Unicidad*: este carácter se encuentra íntimamente ligado a la universalidad. No pueden coexistir dos procesos concursales relativos a igual patrimonio del mismo sujeto. Existe un proceso único, un juez único, y *fuero de atracción*. En virtud del fuero de atracción, a partir de la resolución judicial que abre el concurso preventivo o la quiebra *todos los juicios de contenido patrimonial* seguidos ante cualquier juzgado de la República Argentina contra el concursado, *deben radicarse ante el juez del concurso preventivo o de la quiebra* (arts. 21 y 132 de la Ley 24.522).

La reforma de la Ley 26.086 (39) ha debilitado tremendamente el fuero de atracción.

Efectivamente, han quedado excluidos de sus efectos en el ámbito del *concurso preventivo* (art. 21 LCQ): 1) los procesos de expropiación, los que se fundan en las relaciones de familia y las ejecuciones de garantías reales; 2) los procesos de conocimiento en trámite y los juicios laborales (salvo que el actor opte por suspender el procedimiento y verificar su crédito conforme lo dispuesto por los 32 y concordantes de la LCQ), y 3) los procesos en los que el concursado sea parte de un litis consorcio pasivo necesario. En estos casos los juicios proseguirán ante el tribunal de su radicación originaria y la sentencia que se dicte en los mismos valdrá como título verificadorio en el concurso. En el caso de las ejecuciones de garantías reales no se admitirá el remate de la cosa gravada ni la adopción de medidas precautorias que impidan su uso por el deudor, si no se acredita haber presentado el pedido de verificación del crédito y su privilegio.

Por su parte, la declaración de *quiebra* (art. 132 LCQ) atrae al juzgado en el que ella tramita todas las acciones judiciales iniciadas contra el fallido por las que se reclamen derechos patrimoniales. Salvo las ejecuciones de créditos con garantías reales, quedan exceptuados de este principio los casos indicados en el artículo 21, incisos 1), 2) y 3) bajo el régimen allí previsto. El trámite de los juicios atraídos se suspende cuando la sentencia de quiebra del demandado se halle firme; hasta entonces se prosigue con el síndico, sin que puedan realizarse actos de ejecución forzada.

c) *Inquisitorialidad*: los procesos concursales pueden ser caracterizados como *predominantemente inquisitivos*, por oposición a los procesos *dispositivos*.

El principio dispositivo suele regir en procesos en los que se dirimen cuestiones que afectan intereses privados. Estos procesos se caracterizan porque las partes (actor y demandado) tienen el poder de *iniciativa*; relatan los hechos, exponen sus pretensiones y defensas en la demanda y en la contestación y,

(39) Publicada en el *Boletín Oficial de la República Argentina* del 11-4-2006.

de este modo establecen los límites del juicio; al dictar la sentencia que pone fin al pleito, el juez no puede apartarse del marco fijado por actor y demandado. Las partes también tienen el poder de *impulso* del procedimiento; así, durante el juicio, pueden ponerse de acuerdo en suspender los plazos del proceso, pueden delimitar la prueba a producir, ofreciendo una prueba y no otra, etc. Actor y demandado también tienen el poder de *disposición* del proceso; así, el actor o demandante puede desistir *del derecho* a cobrar su crédito contra el deudor, desistimiento que produce la extinción de su derecho, no pudiendo reclamarlo en el futuro; puede igualmente *desistir del proceso*, es decir, que se extingue el proceso aunque no del derecho subjetivo, pudiendo luego iniciar un nuevo proceso contra el deudor; también es posible terminar el proceso de mutuo acuerdo (acuerdo transaccional o conciliatorio), etc.

En cambio, en los llamados procesos *inquisitivos* (como el concursal), el rol del juez adquiere mayor protagonismo y sus poderes se acrecientan (por ejemplo, las pruebas no se limitan a las que los particulares arrimen al proceso; el juez, por propia iniciativa, pueden incorporar otras, etc.). El principio inquisitivo rige en los procesos en que están en juego intereses generales o públicos y, por ello, en principio, son indisponibles.

El proceso concursal, una vez abierto, está regido, principalmente, por el principio inquisitivo. Por ejemplo, el juez puede declarar *inadmisibles* créditos cuya verificación es pedida por su titular, aunque el deudor los haya reconocido o no los haya cuestionado; más aún, el juez puede rechazar esos créditos aunque no hayan sido cuestionados por el resto de los acreedores (durante el periodo de observación de créditos) ni por el síndico (en el informe individual), etc.

Por otro lado, el juez tiene amplias facultades en materia de *impulso* procesal y de iniciativa probatoria. En este sentido, el artículo 274 LCQ dispone que el juez tiene la dirección del proceso, pudiendo dictar todas las medidas de impulso de la causa y de investigación que resulten necesarias. A tales fines puede disponer, entre otras cosas: la comparecencia del concursado o quebrado en todos aquellos casos en que omita las informaciones que el juez o el síndico le requieran, incurra en falsedad en las que produzca, o realice actos en perjuicio evidente de los acreedores, pudiendo incluso separarlo de la administración de su patrimonio.

Lo expuesto no obsta a que el proceso concursal tenga rasgos *dispositivos*. Por ejemplo, para la apertura de un proceso concursal, sea preventivo (concurso preventivo), sea liquidativo (quiebra) es menester la iniciativa de parte; así, en principio, el juez no puede declarar *de oficio* la quiebra de un sujeto sin que medie pedido del propio deudor o de un acreedor; tampoco puede abrir el concurso preventivo sin que lo pida el propio deudor. Para acceder al proceso concursal, obtener el reconocimiento de sus acreencias y, en última instancia, cobrar (a través de la propuesta de acuerdo en el concurso

preventivo o, en la quiebra, mediante el proyecto de distribución final una vez liquidados todos los bienes), el acreedor debe pedir la verificación de sus créditos. Si el acreedor no concurre a verificar, ni el juez, ni el síndico, ni el deudor, ni otro acreedor pueden suplir su pasividad y quedará marginado del proceso concursal.

3. *Periodo informativo en el proceso concursal*

a) Proceso de verificación de créditos «tempestiva» (art. 32 LCQ y concordantes). Concepto. Procedimiento. Fines

Todo acreedor por causa o título *anterior* a la presentación en concurso tiene la *carga* de verificar o insinuarse en el pasivo. Estas expresiones significan que todo acreedor, en su propio interés, debe *denunciar* su acreencia (explicar en qué consiste), acompañar los *títulos* justificativos en que se funda, e indicar la *causa* (cuál fue el contrato o hecho jurídico que dio nacimiento a su crédito). Cuando se dice que la verificación del crédito constituye una *carga* para el acreedor, se afirma que él actúa por propia iniciativa y en su propio interés. Si no lo hace, ningún otro sujeto lo hará por él (ni otro acreedor, ni el síndico, ni el juez de oficio), no tendrá posibilidad de ser tenido por acreedor ante el juez de concurso y, por ende, perderá la *chance* de cobrar su acreencia.

El denominado periodo informativo comprende básicamente dos etapas del proceso concursal (40):

- la de verificación y graduación de créditos, que tiene por objeto determinar cuáles son los acreedores que constituyen el pasivo concursal, por qué monto y con qué privilegio;
- la del denominado informe general, en que el síndico ha de poner en conocimiento de los acreedores y del juez toda una serie de datos relativos al concursado, en orden a la decisión que los acreedores deben tomar de apoyar o rechazar la propuesta de acuerdo preventivo que ofrezca el concursado.

A partir de la derogada Ley 19.551 se estructuró un mecanismo de reconocimiento de los créditos que se denominó *proceso de verificación*. Este proceso consta de una primera y básica etapa que se abre con la presentación que quien reclame la calidad de acreedor debe hacer ante el síndico. La ley atribuye a la petición que el pretenso acreedor formula ante el síndi-

(40) RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Concursal*, 2.^a ed., actualizada, t. 1, Santa Fe, ed. Rubienzal Culzoni, 2003, pág. 373 y sigs.

co los efectos de una demanda judicial. Con esos datos y con alguna dosis de conceptualismo, la doctrina entendió que éste era un proceso judicial especial, dentro de un proceso más general que es el concurso, y cuyas características eran:

- necesario, por cuanto todos los acreedores que quisieran participar del proceso concursal debían recurrir a este proceso de verificación;
- típico, en cuanto desplazaba a los que corresponderían según la naturaleza del crédito de que fuera titular el pretensor;
- contencioso y de conocimiento pleno.

Es preciso señalar que parte de la doctrina criticó la calificación del pedido del acreedor como demanda (41). Y en realidad, la idea misma de que la petición ante el síndico abría un proceso contencioso y de conocimiento pleno era bastante dudosa; téngase en cuenta que en una primera etapa el acreedor presentaba sus títulos al síndico y éste —una vez ejercidas sus facultades de investigación— presentaba el informe individual, que era susceptible de impugnaciones por todos los intervinientes; pero esa impugnación no abría propiamente un incidente en el sentido con que esa expresión es usada por la ley concursal, la resolución del juez era provisoria —al efecto de la junta— y no generaba costas. Más dudosa es todavía la conceptualización como proceso contencioso de conocimiento pleno si se atiende a que en caso de cuestionamiento del crédito, se abre una vía denominada de revisión (art. 38, Ley 19.551; hoy art. 37 LCQ) que tramita por la vía del incidente concursal y constituye realmente un proceso judicial de conocimiento pleno, que termina en una sentencia susceptible de apelación.

(41) V.gr.: Osvaldo MAFFIA, quien señaló diversas razones para negarle carácter de «demanda» al pedido verificadorio. Indicó que el pedido de verificación no es una demanda porque no se presenta en el tribunal ni da origen a proceso alguno, requisitos que deben concurrir para que una pieza judicial merezca ese nombre. El trámite de verificación tiene su inicio en la sentencia de apertura, no con el pedido del acreedor que, por el contrario, presupone esa sentencia y esa apertura: existe una etapa de verificación precisamente porque una sentencia abrió el concurso. Es probable que el error de llamar «proceso» a esa etapa nos impulse a pensar en la demanda que le daría origen; pero ocurre que esa pretendida demanda, a su vez, sería tal porque da origen a un proceso. La otra carencia es todavía más visible, ya que el pedido del acreedor no se presenta en el Juzgado, sino que se presenta al síndico en el domicilio constituido *ad litem*. Más aún: ni siquiera llega ulteriormente al tribunal, ya que el síndico lo conserva en el legajo individual que debe llevar según el artículo 33. La solicitud del acreedor insta el quehacer del síndico, quien practicará las compulsas del artículo 33 y oportunamente presentará el informe del artículo 35. Lo que llega al Juzgado es el informe, no el pedido del acreedor, el cual, insistimos, queda en poder del órgano del concurso. En conclusión, que el pedido de verificación no da inicio al trámite, no se presenta al Juzgado ni le llega ulteriormente, basta para negar a ese escrito el carácter de «demanda» en sentido técnico procesal (*Verificación de créditos*, 4.^a ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, ed. Depalma, 1999, pág. 78 y sigs.).

La Ley 24.522 mantiene la terminología cuestionada, pero ahonda la diferencia entre esa primera etapa que se ventila ante el síndico y concluye con el informe individual y la revisión prevista en el artículo 37 que sí es un proceso de conocimiento pleno.

El juez debe dictar resolución sobre la procedencia y alcance de las solicitudes de verificación de créditos formulados al síndico, dentro de los diez días posteriores a la presentación del informe individual (42).

La resolución que produce efecto de cosa juzgada es la que se adopta de conformidad al informe del síndico, cuando éste ha aconsejado verificar lo que al acreedor pidió y no han mediado observaciones del deudor ni de otros acreedores. Del mismo modo, la resolución del artículo 36 LCQ, que declaró admisible o inadmisibles un crédito o privilegio, adquiere efectos de cosa juzgada cuando no se intenta la revisión del artículo 37 dentro del plazo que éste fija, también salvo dolo.

En suma, la etapa de verificación de créditos sirve para (43):

- a) Determinar el alcance del pasivo, en la forma más exacta posible, así como su exigibilidad actual.
- b) Brindar legitimación a los acreedores para su participación en el concurso.
- c) Establecer las relaciones de los acreedores entre sí, pues la verificación tiende no solamente a lograr que se declare el derecho del acreedor contra el deudor, sino también su oponibilidad a los demás acreedores, y, desde tal punto de vista, posibilita un control recíproco entre acreedores, habida cuenta de que la admisión de cada crédito y de su graduación tienen incidencia en las expectativas de cobro de los demás.
- d) Apremiar si el procedimiento concursal debe o no proseguir, habida razón de que la inexistencia de acreedores verificados o declarados admisibles constituye causal para decretar su cesación.
- e) En el concurso preventivo, establecer quiénes se encuentran habilitados para prestar la conformidad referida por el artículo 45 LCQ.
- f) Garantizar la *par conditio creditorum*, toda vez que mediante la carga verificatoria es factible conocer los actos que pudieron haber afectado ese principio concursal, y
- g) facilitar al órgano judicial, con competencia funcional, la satisfacción y tutela de los intereses particulares y públicos que concurren en el proceso concursal.

(42) RIVERA, Julio C., *Ibidem...*, pág. 404.

(43) HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, t. 1, Ciudad de Buenos Aires, ed. Ábaco, 2000, pág. 640.

b) Actuación del síndico durante el proceso de verificación tempestiva

Para poder dictaminar sobre la procedencia o no del crédito, el síndico debe realizar todas las compulsas necesarias en los libros y documentos del concursado y, en cuanto corresponda, en los del acreedor. Puede, asimismo, valerse de todos los elementos de juicio o probatorios que estime útiles y, en caso de negativa a suministrarlos, solicitar al juez de la causa las medidas pertinentes (arts. 33 y 200 LCQ).

c) Período de observación de créditos

Durante los diez días posteriores al vencimiento del plazo para pedir verificación, el deudor y los acreedores que se hubiesen presentado pueden concurrir al domicilio del síndico a efectos de revisar los legajos y formular por escrito las impugnaciones y observaciones respecto de las solicitudes formuladas por cualquiera de los acreedores (arts. 34 y 200 LCQ).

Las impugnaciones deben ser redactadas en dos copias y se agregan al legajo correspondiente; el síndico debe entregar al interesado constancia que acredite la recepción, indicando día y hora de la presentación; dentro de las 48 horas del vencimiento del período de observaciones, el síndico debe presentar al juzgado un juego de copias de las impugnaciones recibidas.

d) Informe individual del síndico (arts. 35 y 200 LCQ)

Vencido el término para la formulación de observaciones, en el plazo de los veinte días subsiguientes, el síndico debe redactar y presentar al juzgado un informe sobre cada solicitud de verificación. En este informe, el síndico debe dar opinión fundada sobre la procedencia de la verificación del crédito y el privilegio. En otras palabras, el síndico debe expedirse acerca de si el acreedor debe ser tenido por tal en el concurso preventivo (aconseja se admita el crédito), o debe ser excluido del mismo (el síndico entiende que dicho sujeto no es acreedor del concursado por lo que el crédito invocado debe ser declarado inadmisibles).

e) Resolución judicial: créditos declarados *verificados*, *admisibles* e *inadmisibles* (arts. 36 y 200, LCQ). Incidente de revisión

Dentro de los diez días de presentado el informe individual del síndico, el juez debe decidir sobre la procedencia y alcances de las solicitudes de

verificación formuladas por los acreedores. La opinión del síndico, plasmada en el informe individual, no es vinculante para el juez, pudiendo separarse de ella.

El juez puede dictar tres tipos de resoluciones, según que el crédito haya sido observado o no por el deudor, por otro acreedor, o por el mismo síndico, y consecuentemente con ello declarará el crédito verificado, admisible o inadmisibile.

El juez declara *verificado* el crédito que no fue observado por el deudor, ni por otro acreedor, ni tuvo dictamen desfavorable del síndico; esa decisión tiene el máximo de efectos favorables para el titular del crédito, ya que: (I) habilita a decidir sobre la propuesta de acuerdo, o sea, este acreedor dice si acepta o no la propuesta que formula el deudor; (II) el crédito integra la base de cálculo de las mayorías a fin de ponderar si se aprobó o no la propuesta de acuerdo dirigida por el deudor a sus acreedores; (III) es irrecurrible (no puede ser revisada a través de un incidente de revisión por otro acreedor o por el deudor, art. 37 LCQ). La resolución judicial que declara «verificado» el crédito tiene autoridad de cosa juzgada material, es decir, en adelante no podrá discutirse lo que el juez resolvió a favor del acreedor. En efecto, para que sea procedente la revisión es necesario que alguien, aunque no necesariamente quien peticiona la revisión, haya observado el crédito insinuado; así por ejemplo, el deudor puede interponer recurso de revisión contra la sentencia que declara admisible el crédito aunque él no haya observado el crédito, si lo hizo otro acreedor.

El juez declara *admisible* el crédito cuando desestima las observaciones realizadas por el deudor u otro acreedor, o por el síndico en el informe individual; la declaración de *admisibilidad* habilita al acreedor a participar en la decisión sobre la propuesta de acuerdo; el crédito admisible integra la base de cálculo de las mayorías a fin de ponderar si se aprobó o no la propuesta de acuerdo dirigida por el deudor a sus acreedores; pero, a diferencia del crédito verificado, es susceptible de incidente de revisión (arts. 37 y 200 LCQ).

La decisión que declara *inadmisible* el crédito acoge las observaciones o el dictamen desfavorable del síndico; su titular no participa en la toma de decisión sobre la propuesta de acuerdo, y tampoco se toma en cuenta para el cálculo de las mayorías, pero puede recurrir la resolución adversa mediante incidente de revisión (arts. 37 y 200 LCQ).

El incidente de revisión (arts. 37 y 200 LCQ) se interpone ante el juez del concurso a fin de que «revea» él mismo la decisión que dictó sobre la procedencia (o no) de la incorporación del crédito del acreedor al proceso concursal; si la revisión prospera, podrá declarar admisible un crédito que había sido declarado inadmisibile y viceversa.

4. La verificación tardía

La verificación del acreedor puede ser «tardía» (art. 56 LCQ). La verificación tardía es la intentada con posterioridad al vencimiento del plazo fijado en la resolución de apertura del concurso para las verificaciones «tempestivas». A diferencia de la verificación tempestiva (que, según se explicó, se peticiona al síndico, arts. 14, inc. 3.º, 32 y 200 LCQ), la tardía se presenta ante el juez del concurso, quien dicta una sentencia admitiendo o no el crédito en el pasivo del deudor concursado.

La verificación tardía produce los siguientes efectos: (I) Se aplican a estos créditos la propuesta de acuerdo preventivo homologada aunque los acreedores no la votaron; (II) Si fueron incorporados después que el acuerdo comenzó a cumplirse, los acreedores no pueden reclamar de sus coacreedores lo que éstos ya hubieren percibido en virtud del concordato; (III) El juez debe fijar la forma en que se aplicarán los efectos ya producidos.

b) PROCESO CONCURSAL Y GARANTÍAS AUTOLIQUIDABLES

Doctrina y jurisprudencia han intentado contestar dos interrogantes:

1. ¿Es necesario que los acreedores con garantía autoejecutable verifiquen su acreencia en el concurso?
2. Dado que cuentan con una garantía de ejecución «privada», ¿cómo cobran?

Pasaremos revista a las opiniones doctrinales y a los precedentes jurisprudenciales que abordaron esa temática. Esta revisión nos permitirá comprender la mecánica del funcionamiento de las autoejecutables en el proceso concursal, en qué medida se tutela el derecho de defensa y de propiedad del cesante en sus pagos, y hasta dónde se protege igual derecho de los acreedores.

A tal efecto, analizaremos —a la luz de esa doctrina y jurisprudencia— cómo juegan los artículos 23, 32, 200 y 210 de la Ley 24.522.

1. Opinión de la Doctrina

- Julio César Rivera (44)

Al tratar las *ejecuciones por remate no judicial*, Rivera recuerda que algunos acreedores tienen derecho a rematar extrajudicialmente los bienes

(44) *Instituciones de Derecho Concursal*, 2.ª ed. actualizada, t. 1, Santa Fe, ed. Rubienzal Culzoni, 2003, pág. 373 y sigs. «La cesión de créditos en garantía y el concurso preventivo del cedente», en revista argentina *El Derecho*, 173-448.

afectados a ciertas garantías; por ejemplo, el Banco Hipotecario Nacional, los bancos cuando actúan como acreedores en la prenda con registro, los almacenes fiscales y titulares de *warrant*. Quedan comprendidos en esta categoría los acreedores titulares de garantías autoliquidables (fideicomiso de garantía, cesión de crédito en garantía o prenda de créditos, etc.).

El artículo 23 LCQ impone al acreedor dos deberes:

- rendir cuentas acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos, dentro de los veinte días de haberse realizado el remate, y depositar el saldo, si lo hubiere, en el término que el juez fije;
- si el remate es posterior al comienzo de la publicación de edictos, hacer saber en el proceso concursal la fecha, lugar, día y hora fijados para el remate, y el bien a rematar, acompañando, además, el título de su crédito.

El incumplimiento de la primera obligación se sanciona con una multa a favor del concurso del 1 por 100 del monto del crédito por cada día de retardo posterior a la intimación judicial. El incumplimiento de la segunda obligación es mucho más grave: causa la nulidad del remate.

En razón de lo dispuesto en el artículo 587 del Código de Comercio argentino, el acreedor prendario de un título de crédito de tercero puede percibir el crédito sin pedir verificación, pues estamos en presencia de una garantía autoliquidable, sin perjuicio de rendir cuentas en los términos del artículo 23 de la Ley 24.522.

• Héctor Cámara (45)

Al referirse a los créditos que escapan al proceso verificadorio, el recordado maestro cordobés trata la situación de los *créditos de pronto pago*, *créditos laborales* y *créditos con garantías reales*.

Específicamente con relación a estos últimos, afirma que la Ley 19.551 equiparó la situación del acreedor hipotecario y la del acreedor asegurado mediante prenda con registro (46); quienes garantizaron su crédito con gravamen real escapan al trámite largo y penoso del proceso universal.

(45) *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. I, Buenos Aires, ed. Depalma, 1978, pág. 577 y sigs.

(46) El artículo 130 habla de acreedores prendarios o hipotecarios, pero el artículo 203 sólo alude dentro de los primeros a los «acreedores garantizados con prenda con registro». Excluye a los acreedores prendarios con desplazamiento civil (art. 3.204 del Código Civil argentino) y comercial (art. 580 del Código de Comercio argentino). También la «prenda cambiaria», según se desprende del artículo 587, pudiendo el endoso llevar la cláusula «valor en prenda», «valor en garantía» o cualquier otra que implique una

El artículo 130, después de expresar «sin perjuicio del cumplimiento oportuno de esa carga» (o sea, peticionar la verificación de créditos) (47) dispone que «los acreedores hipotecarios o prendarios pueden reclamar en cualquier tiempo mediante la realización de la cosa sobre la que recae el privilegio, previa comprobación de sus títulos en la forma indicada por el artículo 203 y fianza de acreedor de mejor derecho».

De manera que los créditos con garantía real pueden eludir la verificación de créditos de los artículos 33 y siguientes en la quiebra, recurriendo al procedimiento más acelerado del artículo 203 LCQ, que deroga implícitamente el artículo 28 del Decreto-ley, número 15.348/46, de prenda con registro de la Argentina.

El texto referido autoriza a los acreedores garantizados con hipoteca o prenda con registro para requerir la venta a que se refiere el artículo 130, segunda parte, mediante la petición en el concurso, que se tramita por expediente separado; esto es, el concurso especial, como se intitula el dispositivo legal, ante el tribunal de ejecución colectiva. El trámite es muy simple; con vista al síndico, el magistrado decide sobre la existencia del crédito y del privilegio pretendidos, y ordena la subasta de los bienes objeto de la garantía (art. 203, 2.^a parte).

Liquidados los bienes y aprobada la subasta —aunque la ley guarda silencio— se procede a distribuir el producto, con arreglo a las prioridades: gastos de justicia, gastos de conservación, impuestos, etc.

El procedimiento del artículo 203 LCQ debe seguirse aunque al constituir la garantía se renunció a todo trámite, no sólo por el carácter publicístico de este juicio —v.gr., art. 23—, sino también porque el artículo 1.197 del Código Civil —las convenciones entre las partes obligan como la ley misma— no puede prevalecer frente al texto prohibitivo del artículo 21 del mismo Código, ya que importaría dejar sin efecto la disposición del artículo 18 de la Constitución Nacional.

El jurista cordobés se preguntó: la demanda del acreedor prendario o hipotecario de verificación de crédito en el concurso, ¿importa renunciar al beneficio del concurso especial? Contestó que la intención de renunciar no se presume, y que la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art. 874 del Código Civil argentino). Así, a los efectos de impedir la subasta en la ejecución colectiva el acreedor hipotecario o

caución (art. 20 del Decreto-ley núm. 5965/63 de la República Argentina). Atento al carácter excepcional del concurso especial, éste quedaba reducido a los créditos hipotecarios o de prenda con registro.

(47) Al respecto afirmaba el jurista que glosamos que el texto no era muy claro, dando la impresión que después de promovido el concurso especial, el acreedor con garantía real debe requerir la verificación del crédito. Que ello carecía de sentido, pues si percibió el importe dejó de ser acreedor. Por tanto, debía entenderse que aludía al supuesto que este acreedor no usó del concurso especial.

prendario promoverá concurso especial: su conducta negligente no puede obstruir aquélla.

Finalmente, CÁMARA incluía entre otros acreedores liberados de la carga procesal de verificar a los facultados para proceder a la subasta extrajudicial (art. 24 LCQ); es decir, los bancos oficiales o mixtos a quienes se acuerda la franquicia de disponer del remate de bienes prendados o hipotecados sin intervención judicial. Ellos son los mercados de valores, de cereales a término y ganadero, y los bancos, entidades financieras y personas que otorgan créditos con caución de títulos, acciones y obligaciones. La legitimidad de estos créditos y su monto es reconocida por el tribunal por vía de rendición de cuentas, según el artículo 24 LCQ, acompañando los títulos y comprobantes respectivos, dentro de veinte días de haberse realizado el remate, que se tramita por incidente, con intervención del concursado y del síndico.

- Francisco Junyent Bas y Carlos Molina Sandoval (48)

Para estos autores, la verificación de créditos es un proceso «necesario», ya que todos aquellos que pretendan participar del proceso concursal deben acudir a esta vía procesal. El hecho de que existan excepciones no le quitan tal carácter.

Sin embargo, no deben petitionar la ordinaria verificación del crédito los siguientes acreedores:

- a) créditos de pronto pago (art. 16 LCQ);
- b) prosecución de juicios de conocimiento en el concurso preventivo (art. 21, inc. 1.º, LCQ);
- c) créditos con garantía real con derecho a remate no judicial (art. 23 LCQ);
- d) acreedores por causa de expropiación y familia (art. 21, inc. 2.º, LCQ);
- e) gastos de conservación y de justicia (art. 240 LCQ);
- f) contratos con prestaciones pendientes (art. 20 LCQ).

De esta manera, ciertos acreedores están facultados por ley argentina para ejecutar, mediante remate no judicial, los bienes del concursado o de los socios con responsabilidad ilimitada. Se trata de instituciones como:

1. Banco Hipotecario Nacional (art. 45, Ley 22.232, ref. por Ley 24.143).

(48) *Ley de concursos y quiebras. Comentada*, t. 1, Ciudad de Buenos Aires, ed. Lexis Nexis, Depalma, 2003, pág. 168 y sigs., y pág. 196 y sigs.

2. Banco Hipotecario, S. A. (art. 15, Ley 24.855, según lo previsto en la Ley 23.696).
3. Administración Nacional de Aduanas (arts. 1.124, 419 a 428 del Código Aduanero, Ley 22.415).
4. Caja Nacional de Ahorro y Seguro (art. 30, Ley 21.629).
5. Bancos oficiales (Ley 15.283), v.gr., Banco de la Provincia de Buenos Aires.
6. Personas jurídicas mencionadas en el artículo 39, Decreto-ley 15.348/46, ratificado por Ley 12.962 y modificado por 6810/63, en el caso de prenda con registro.
7. Los almacenes fiscales y titulares de *warrants* (arts. 17 y 18, Ley 9643).
8. Acreedores hipotecarios y portadores de letras hipotecarias o de sus cupones (arts. 45, 52, 57, Ley 24.441).

Básicamente, se establece una serie de obligaciones dependiendo de dos tiempos procesales divididos por la primera publicación de edictos en el concurso (arts. 27 y 28 LCQ). Ellos son:

1. Si la publicación de avisos de remates extrajudicial *fue anterior* a la publicación edictal, se aplica sólo el artículo 23, 1.^{er} párrafo LCQ (y por supuesto, el art. 23, 3.^{er} párrafo LCQ). El acreedor sólo rinde cuentas del remate bajo pena de perder a favor del concurso, el 1 por 100 del monto de su crédito, por cada día de retardo, si ha mediado intimación judicial anterior.
2. Si dicha publicación de avisos extrajudiciales *fue posterior* a la publicación del artículo 27 LCQ, se exige, además, la comunicación de las condiciones del remate y el acompañamiento del título bajo pena de nulidad.

Finalmente, los autores explican que la rendición de cuentas consiste en presentar en el proceso concursal —no obstante el art. 74 del Código de Comercio argentino— la descripción gráfica de las operaciones efectuadas (subasta extrajudicial del bien), acompañada de las informaciones aclaratorias y necesarias y de los respectivos comprobantes.

• Rodolfo Rouillón (49)

Cuando el jurista rosarino analiza el artículo 23 LCQ, sostiene que se refiere a los acreedores provistos con cualquier clase de garantía real que, por

(49) *Régimen de concursos y quiebras*. Ley 24.522, 13.^a ed. actualizada y ampliada, ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, pág. 92 y cctes.

disposición de las respectivas leyes que regulan esos créditos o garantías, pueden ejecutar el bien gravado sin necesidad de previo juicio.

Así, por ejemplo, el acreedor prendario por prenda comercial común, no registrable, conforme al artículo 585 del Código de Comercio argentino. Entre otros supuestos que sin requerir un juicio, exige algún tipo de actividad jurisdiccional, pueden citarse, a título de ejemplo, el artículo 39 de la ley de prenda registral, que establece la necesidad de orden judicial para obtener el secuestro, y el régimen especial de ejecución de hipotecas cuando se han emitido letras hipotecarias, previsto en el artículo 52 y siguientes de la Ley 24.441.

- Pablo Heredia (50)

Heredia recuerda que el artículo 32 LCQ refiere que «todos» los acreedores por causa o título anterior a la presentación del deudor y sus garantes están compelidos a formular su pedido de verificación.

La expresión «todos» es por demás explícita, terminante, y no permite hacer ningún distingo. Absolutamente todos deben someterse al proceso de verificación, atento el principio de la universalidad del proceso concursal.

Están comprendidos no sólo los acreedores quirografarios, sino también los privilegiados, como medio principal de garantizar el principio de la *par conditio creditorum*.

De esa determinación de la ley se deduce que, en principio, las excepciones a la carga deben ser expresas y de interpretación restrictiva.

Como situaciones especiales cabe destacar, entre otras, las siguientes:

- a) *Créditos con garantías reales (hipoteca o prenda)*

Los créditos con garantía hipotecaria o prendaria no escapan a la carga de verificar. La presentación del pedido de verificación es presupuesto para iniciar o continuar la ejecución respectiva, la que sólo en esas condiciones no resulta suspendida en su trámite (art. 21 LCQ) (51).

- b) *Acreedores con garantía real y derecho a remate no judicial*

Estos acreedores, contemplados en el artículo 23 LCQ, se encuentran excluidos de la carga de verificar. En su caso, la rendición de cuentas que ordena

(50) *Tratado exegético de Derecho Concursal*, t. 1, Ciudad de Buenos Aires, ed. Ábaco, 2000, pág. 640.

(51) Obviamente esta era la opinión del autor antes de la reforma de la Ley 26.086.

el artículo 23 LCQ, acompañando los títulos del crédito y los comprobantes respectivos, implica una suerte de verificación. En el artículo 23 LCQ, se encuentra perfilado, pues, un proceso de verificación de características propias.

c) *Situación de los garantes*

Los garantes mencionados en el artículo 32 son los fiadores, avalistas o terceros que hubieran prestado una garantía prendaria o hipotecaria a favor del contratante que resultó acreedor del concursado, o más genéricamente, que hubieran prestado una garantía personal o real en seguridad de una obligación del concursado. Queda comprendido, además, el caso del tercero que se obligó al pago de una cláusula penal a favor del deudor, hipótesis que se rige subsidiariamente por las normas de la fianza.

Tales garantes deben presentar su pedido de verificación del crédito aunque no hayan pagado la obligación del concursado, porque eventualmente estarán constreñidos a hacerlo.

- Antonio Tonón

Los acreedores que tienen una garantía real con derecho a remate no judicial sólo deben rendir cuentas luego de realizado el remate (acompañando los títulos de sus créditos y los comprobantes respectivos) y depositar el saldo —si lo hubiere— en el término que el juez fije. Asimismo, si el remate es posterior al comienzo de la publicación de edictos, deben hacer saber en el proceso concursal la fecha, lugar, día y hora fijado para el remate, acompañando además el título del crédito. Es decir, no tienen la carga de verificar. Si ésta es la solución, estos acreedores estarían en mejor condición que los acreedores con garantías reales quienes, previo a promover o continuar la ejecución, deben por lo menos haber insinuado sus créditos a la sindicatura (52).

- Alicia Puerta de Chacón (53)

Para esta autora, aún con garantía autoliquidable, los acreedores deben verificar; se funda en que la existencia de vicios en la tramitación extrajudi-

(52) TONÓN, Antonio, *Concursos*, t. 1, ed. Depalma, 1988, págs. 243-247.

(53) PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *El remate no judicial. ¿Un permiso legal para eludir el concurso?* Comentario al fallo 205, CS, 6-5-97; «Cía. Fin. Luján Williams, S. A. C/ González, Jorge, s/acc. priv. prendaria», en Revista argentina *Voces Jurídicas - La Ley*, Gran Cuyo, to. 4/1997/septiembre, pág. 65.

cial determinaría la necesidad de ingresar a la masa los fondos percibidos con sus accesorios legales; esta situación podría evitarse con el debido contralor de legitimidad por parte del juez en el trámite verificadorio, desde que el procedimiento de verificación es un filtro que procura impedir el *concilium fraudis* en perjuicio de los derechos de los demás acreedores.

- Ricardo Nissen (54)

En su opinión, la conducta de un acreedor con garantía autoliquidable (como es el acreedor prendario de un título de crédito de tercero) que pretende eludir el proceso de verificación de créditos y percibir directamente acreencias, está reñida con normas de evidente orden público, pues el sometimiento de todos los acreedores al reconocimiento judicial de sus créditos constituye el modo principal para garantizar las *pars conditio creditorum*, es decir, el trato igualitario de los acreedores en iguales circunstancias.

En resumen, el acreedor puede percibir el crédito, pero con antelación debe solicitar la verificación de la acreencia (art. 32 de la Ley 24.522) como paso previo a la venta de la cosa (art. 23 de la Ley 24.522); asimismo, posteriormente deberá presentar a la sindicatura la liquidación de la operación y entregar el excedente si lo hubiere; de lo contrario, el acreedor se estaría apropiando de la cosa dada en prenda, derecho expresamente prohibido por la ley, sin salvedad de ninguna especie en virtud del artículo 3.222 del Código Civil argentino.

- Miguel Rubín (55)

Este autor recuerda que los acreedores prendarios no están eximidos de verificar sus créditos, en tanto forman parte de «todos los acreedores» mencionados en el artículo 32 de la ley de concursos y quiebras.

Los beneficiarios de cesiones de créditos en garantía tampoco están autorizados por la ley a procurarse la satisfacción de sus acreencias por la vía del artículo 23 de la ley de concursos y quiebras, vía que es de corte excepcional y, por ende, no susceptible de interpretación analógica.

Además, y este no es un tema menor, el deber de explicarse ante los coacreedores concursales no se restringe a la demostración de la legitimidad de la cesión del crédito dado en garantía. La prenda, como toda garantía, es

(54) «Prenda de documentos y facultades del banco frente al concurso preventivo de la deudora prendaria», revista argentina *La Ley*, 1995-C-203.

(55) «El banco acreedor frente a la cuenta corriente de su deudor en concurso», Suplemento de concursos y quiebras, en Revista argentina *La Ley*, marzo de 2003, pág. 37.

accesoria, depende de una acreencia que es, primordialmente, lo que debe justificarse. En efecto, es sabido que las garantías constituyen negocios accesorios. Por lo tanto, la verificación del crédito garantizado depende de la acreditación de la legalidad y la extensión del negocio principal al que accede. Si un crédito es nulo o inexistente, la garantía de que está dotado resulta ineficaz. Luego, para que se pueda admitir el ingreso al pasivo concursal de un crédito respaldado por prenda, además de demostrar el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 580 y siguientes del Código de Comercio, también hay que acreditar la existencia de la operación crediticia a la que sirve.

2. *Posición de la Jurisprudencia*

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de resolver cuestiones vinculadas al proceso concursal y a las garantías autoejecutables. Particularmente, ha abordado el tema referido a la carga de verificar.

- Autos «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.» (56)

Dinar Líneas Aéreas, S. A. solicitó su concurso preventivo. Antes de que se dictara la sentencia de apertura del proceso peticionó, como medida cautelar, que se ordenara al Banco de la Nación Argentina —acreedor, fiduciario y beneficiario— que se abstuviera de retener los fondos provenientes de su recaudación por la venta de pasajes mediante tarjetas de créditos y en agencia de viajes, a efectivizarse mediante el clearing BSP. En concreto, pidió al juez concursal que *prohibiese* al «pretenso» acreedor garantizado con un fideicomiso de garantía que «autoliquide» la garantía. Invocó la *pars conditio creditorum* y la improcedencia de las vías directas y de ejecución de garantías frente a la carga establecida por el artículo 32 LCQ. Este principio resultaría violado, dijo, si el banco acreedor autoejecutara la garantía sin haber insinuado aún su crédito en el concurso del fiduciante deudor (Dinar, S. A.).

Cabe destacar que la recaudación retenida integraba el patrimonio fideicomitado de un fideicomiso de garantía constituido para garantizar el pago de un préstamo otorgado por la entidad financiera. El contrato fiduciario preveía que, en caso de mora, el Banco de la Nación Argentina quedaba —justamente— facultado a retener los fondos referenciados.

Antes de disponer la apertura o rechazo del concurso preventivo, el juez de la causa dictó una medida precautoria y ordenó al banco que, por el

(56) Quiebras, Concursos y Sociedades, 2.^a Nom., Salta, 9-8-2002, «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.», en Revista argentina *La Ley*, 2003-D-19.

término de treinta días, se abstuviese de retener los fondos provenientes de su recaudación, pues mediaba suficiente peligro en la demora atendiendo a la incidencia que la recaudación tenía en el desarrollo de la actividad comercial de la deudora. Argumentó que en virtud del principio de conservación de la empresa en crisis, la ejecución del fideicomiso y la retención de los fondos podían tener una notable incidencia en el desarrollo de la actividad atento al precario estado en que se encuentra la prestación del servicio aeronáutico.

- Autos núm. 37.109 «AMSA y Fideicomiso Mendoza en J.º 36.025, p/conc. prev. p/cuestiones conexas» (57)

La concursada solicitó que se declarara la inaplicabilidad o inoponibilidad al concurso de una cesión de créditos en garantía. Peticionó que, como medida urgente, se ordenase la inmediata entrega de los fondos de terceros pertenecientes a los asociados de AMSA a la mutual cesante en sus pagos para afrontar los compromisos que motivaron dichos descuentos. Relató y argumentó:

- Que celebró con el Banco Mendoza, S. A. (cuyo sucesor es el Fideicomiso Mendoza) una cesión en garantía de los créditos, derechos y acciones que tiene a percibir del Gobierno de la Provincia de Mendoza, que corresponden a retenciones que efectúa la Administración Central por intermedio de la Tesorería General de la Provincia, sobre los sueldos del personal policial perteneciente a AMSA por concepto de cuotas sociales y por el término de 84 meses. En dicho instrumento se otorgaba mandato al acreedor para gestionar el pago de los créditos cedidos.
- Que el acreedor había hecho uso y abuso del mandato conferido en la escritura de cesión, arrogándose el cobro de todos los fondos que se liquidan a su mandante en la Tesorería General de la Provincia y no sólo los oportunamente cedidos.
- Que el descuento por códigos de servicios prestados por terceros a los asociados de AMSA constituía una de las principales actividades de la Mutual y en caso de verse bloqueados los fondos que nunca fueron cedidos, se estaría sometiendo a un perjuicio irreparable a la concursada, sus asociados y a terceros.
- Que de mantenerse dicho sistema se estaría beneficiando indebidamente a quién todavía no ha sido reconocido como acreedor, pues el

(57) 1.º Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Primera Circunscripción Judicial de la Ciudad de Mendoza, 18-2-2, a cargo del juez Héctor Fragapane, publicado en BORETTO, Mauricio, *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, Buenos Aires, ed. Ad-Hoc, 2005.

artículo 21, inciso 2 LCQ, dispone que no podrán iniciarse o continuarse las ejecuciones hasta tanto se haya presentado el pedido de verificación respectivo. Más que una garantía adicional a las pactadas, ha devenido en una forma de pago. De consagrarse la solución propugnada por el Fideicomiso Mendoza, los procesos concursales no tendrían sentido. El acreedor que presione más o llegue primero se vería beneficiado con una cesión supuestamente *in bonis* de todos los ingresos futuros de la posterior concursada.

El Banco Regional de Cuyo, en su carácter de fiduciario del Fideicomiso Mendoza, se opuso a lo pretendido por la deudora; invocó que los derechos y acciones fueron transmitidos en propiedad fiduciaria a su favor; que se trata de una garantía autoliquidable y constituye una prenda común, comercial o con desplazamiento, transmitiéndole al acreedor las facultades de cobrar extrajudicialmente los créditos cedidos y aplicar los fondos a la cancelación de deuda, conservarlos y ejecutarlos, sin perjuicio de la obligación del acreedor de rendir cuentas detalladas y documentadas en el concurso, conforme lo dispuesto por el artículo 23 LCQ.

La sindicatura opinó que la cesión era sólo una forma en que la concursada debía abonar el mutuo; que de ninguna manera se constituyó una prenda común o comercial con desplazamiento —derecho real específico— sobre esos ingresos futuros, por lo que la continuidad de este medio de pago constituye un beneficio especial o privilegio frente a otros acreedores. No habiéndose contratado una prenda con desplazamiento, el fideicomiso no tiene privilegio y, por lo tanto, está en la misma situación que otros acreedores y merece igual tratamiento en lo relativo a la cesión de créditos.

En definitiva, el Tribunal debió resolver si el acreedor podía continuar descontando a los asociados de la concursada los importes necesarios para aplicarlos al pago de la deuda mantenida con la deudora, o bien, debía restituirlos.

El Magistrado llegó a una primera conclusión: la cesión en garantía no resulta violatoria del principio de la *pars conditio creditorum* receptado por el artículo 16 LCQ, pues la cesión de créditos (códigos de descuento) en garantía atacada por la concursada fue celebrada con anterioridad a la presentación concursal y lo que la ley prohíbe es que con posterioridad a la presentación en concurso el deudor realice actos que modifiquen el *status* de los acreedores preconcursales.

Luego se pregunta: ¿Corresponde que el Fideicomiso Mendoza concurre a la sede concursal a verificar su crédito o puede, como manifiesta en su presentación, ejecutar extrajudicialmente la garantía a la que califica como «autoliquidable», cobrar su acreencia y presentarse a rendir cuentas en los términos del artículo 23 LCQ?

Según el juzgado, la solución del artículo 23 LCQ no resulta aplicable, pues el procedimiento de rendición de cuentas que regula dicha norma es de aplicación sólo para aquellos acreedores titulares de créditos con garantía real que tengan derecho a ejecutar mediante remate no judicial.

Consecuentemente, entiende que la resolución del caso debe ser que el pretenso acreedor se presente en el concurso preventivo a insinuar su acreencia, pues ello se enmarca en la obligación genérica establecida por el artículo 32 LCQ. De no ser así, existiría un acreedor de causa o título anterior a la presentación en concurso que estaría percibiendo su crédito sin pasar siquiera por el tamiz jurisdiccional, lo que no puede admitirse a la luz de los principios concursales.

Sin embargo, como el acreedor no debe tener coartada la facultad de gestionar el cobro de su acreencia, se impone conciliar ambos aspectos.

En aras de esa conciliación, resuelve que el mismo Banco continúe haciendo las percepciones e impute las sumas resultantes en una cuenta bancaria a la orden del Juzgado hasta el momento en que el Tribunal dicte pronunciamiento verificadorio; a ese fin, comunicó a la Tesorería General de la Provincia que en lo sucesivo deposite a la orden del Tribunal las sumas provenientes de los descuentos de los códigos, que corresponden a retenciones que efectúa la Administración Central sobre los sueldos del personal policial perteneciente a AMSA por concepto de cuotas sociales, y hasta tanto recaiga en autos pronunciamiento verificadorio en relación a la acreencia del Fideicomiso Mendoza.

- «Foxman Fueguina, S. A., s/concurso preventivo, s/incidente de restitución de fondos» (58)

El Banco Credit Lyonnais Argentina, S. A., apeló la decisión por la cual se dispuso transferir, a la orden del juez del concurso, el importe percibido de ciertas facturas que le habían sido entregadas por la concursada en garantía de diversas operaciones.

La recurrente argumentó del siguiente modo:

- a) La cesión de créditos en garantía es encuadrable como prenda comercial.
- b) Tal garantía la habilitó a cobrar extrajudicialmente las facturas entregadas y a aplicar los fondos a la cancelación de la deuda sin tener que verificar el crédito, que ya no existía a la fecha de abrirse el concurso y publicarse los edictos.

(58) Cámara Nacional Comercio, sala E, 4-4-1997, en Revista argentina *El Derecho*, 173-445.

- c) La resolución atacada llevaría a una situación absurda y originaría un inútil dispendio jurisdiccional, dado que le impondría recurrir a la insinuación del crédito en el pasivo para, una vez admitido, volver a percibir los fondos.

La concursada y la sindicatura propiciaron la confirmación del fallo.

La Cámara de Apelaciones acogió el recurso. Recordó precedentes suyos en los que encuadró un contrato similar como prenda común sobre créditos emergentes de facturas (59) y que la cesión de un crédito —sin contraprestación por esa cesión— en garantía de otra operación constituye, en definitiva, una prenda (60). Para este caso argumentó del siguiente modo:

- Las cesiones de derechos en garantía celebradas por la concursada y el recurrente tuvieron lugar *antes* de la presentación en concurso de Foxman Fuegoína, S. A.
 - Una parte de los cobros de las facturas cedidas se produjo con *anterioridad* a la solicitud de formulación de concurso y, el resto, acaeció de modo previo a la apertura.
 - En las condiciones descritas, no corresponde someter al recurrente al procedimiento de verificación de créditos previsto por el régimen concursal, pues sencillamente, a la fecha de la resolución de apertura, el crédito ya se había extinguido.
 - Consecuentemente, la cesión de créditos y la posterior percepción de las sumas correspondientes no pueden considerarse actos prohibidos en los términos del artículo 17 de la Ley 19.551 —por entonces vigentes— pues las conductas allí reprochadas, además de referirse al concursado, requieren como presupuesto que las mismas se verifiquen cuando el concurso se encuentra abierto (vid. título de la sección II: «Efectos de la apertura»).
- Autos núm. 8093, caratulados «Artes Gráficas Melfa, S. A., p/conc. prev. (61)

A través de una operación fiduciaria de garantía, los accionistas de la sociedad anónima concursada cedieron la totalidad de sus acciones confor-

(59) «Tutelar Compañía Financiera, S. A., c. Lido Plast, S. A., y otros, s. Ordinario», del 21 de octubre de 1994.

(60) «Flor de Lis, S. A.», del 14 de junio de 1990.

(61) Originarios del 3.^{er} Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza, Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

mando con ellas un fideicomiso de garantía para afianzar el pago de los créditos surgidos de una cuenta comitente. Esa cuenta fue abierta por un agente de bolsa a solicitud de una sociedad anónima (comitente) con límite de saldo deudor de hasta cien mil pesos con el fin de operar con cheques de pago diferido. En dicha cuenta se asentarían los importes de las distintas operaciones que la comitente realice, sus saldos activos y pasivos, como igualmente las remesas o pagos que efectúe, así como los restantes débitos originados en las distintas operaciones que se celebren entre las partes. El saldo resultante al momento de la ejecución por liquidación de la cuenta quedaba garantizado con un fideicomiso de acciones de propiedad de los dos socios (fiduciantes) de la sociedad anónima (comitente) en virtud del cual se habían transferido los títulos respectivos a un notario (fiduciario), constituyéndose el fideicomiso de marras a favor del agente de bolsa (agente y beneficiario). El fiduciario debía mantener en su poder el paquete accionario, reintegrándolo a los fiduciantes cuando la entidad deudora (sociedad anónima comitente) cumpliera con abonar el saldo deudor de la cuenta comitente. Caso contrario, el paquete accionario debía ser transferido automáticamente en propiedad al beneficiario (agente de bolsa y fideicomisario), en concepto de cancelación de saldo insoluto.

La sociedad comitente se presenta en concurso preventivo, y el beneficiario se presenta a verificar su acreencia en virtud del saldo deudor existente en la cuenta comitente abierta respecto de dicho ente social.

El Tribunal detectó una serie de defectos en la constitución de la figura fiduciaria en análisis y llegó a la conclusión que no existió verdaderamente un fideicomiso de garantía sino una caución de acciones en garantía de pago (62). A mayor abundamiento, afirmó que de haber existido un fideicomiso de garantía de acciones no se entendía la razón por la cual el beneficia-

(62) En efecto, el 3.^{er} Juzgado de Proc. Concursales sostuvo: «Del propio texto del contrato surge que, maguer la entrega de la totalidad de las acciones al fiduciario y la respectiva anotación en el libro de registro de accionistas, se preveía en el propio acuerdo (cláusula 6.^a) que los dos accionistas no debían incrementar el capital o incorporar nuevos accionistas. ¿Cómo hacer tal cosa si las acciones las ostenta el fiduciario? Es claro que las partes signatarias del contrato desconocían las consecuencias de un fideicomiso. La transmisión fiduciaria de las acciones hubiera importado, sin cortapisas, la transmisión de la propiedad de esas acciones. La fiduciariadad de esa transmisión no empece a su efectividad como modo transmissivo del dominio. En otras palabras, si el fiduciario hubiera recibido el dominio de las acciones se hubiera quedado, en definitiva, con la empresa. Los actos posteriores de las partes son concluyentes para descartar la existencia del fideicomiso y, como dice nuestro vetusto pero vigente Código Comercial, “...la mejor explicación de la intención de las partes...” en el texto del artículo 218, inciso 4.^o Es así que el matrimonio Melfa (los dos socios —fiduciantes— de la sociedad) tomó la decisión de presentar a la empresa en concurso sin que a la fecha tengamos conocimiento de algún planteo de nulidad se asamblea en los términos del artículo 251 de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales. No cabe duda, de otro lado, que los Melfa continuaban administrando su empresa sin injerencia alguna, hasta lo que sabemos, del fiduciario...».

rio de ese negocio venía a pretender verificar su crédito por ante el proceso concursal (es decir, el de la sociedad deudora). Si dicho negocio fiduciario hubiera existido, el reclamo debió enderezarse contra el fiduciario, quien se encontraba obligado a desinteresarlo en virtud del *pactum fiduciae*.

- Autos núm. 3323, caratulados «Lumaco, S.R.L., p/concurso» (63)

En el año 1996, el Banco Hipotecario Nacional celebró con una empresa constructora un convenio de financiación de proyecto constructivo por el cual se obligaba a otorgar un préstamo en dólares estadounidenses a efectivizar en desembolsos periódicos, conforme al avance de la obra, con destino a la construcción de un barrio de 420 viviendas a realizar en el inmueble de propiedad de la mutuaría en un plazo de obra de sesenta meses. La empresa constructora se obligaba a restituir el préstamo en doce cuotas, cuyos vencimientos operaban en cinco meses, el último de ellos coincidente con la fecha prevista para la finalización de la obra. Se previó la cancelación anticipada mediante la preventa y escrituración de unidades. Además, la constructora se obligó a transferir al banco, con carácter irrevocable, el dominio fiduciario del inmueble donde se asentaría la obra y demás derechos según el contrato de fideicomiso que se obligaba a otorgar. De esta manera, se constituyó como garantía un fideicomiso sobre la totalidad de los bienes que constitúan el proyecto: el inmueble, los derechos sobre el proyecto constructivo, las construcciones, equipos e instalaciones incorporados al inmueble y el dinero otorgado por el banco para ser aplicado a la obra. El banco era fiduciario y beneficiario y la empresa constructora fiduciante, beneficiaria de los bienes fideicomitidos remanentes y fideicomisaria.

En curso de ejecución del contrato, la fiduciante solicitó su concurso preventivo. El banco acreedor solicitó la verificación de su crédito por las cuotas impagas hasta ese momento (por las cuotas posteriores a la apertura del concurso solicitó el cumplimiento en el concurso) e invocó privilegio general sobre los bienes fideicomitidos.

La concursada solicitó el rechazo del crédito; argumentó que la deuda no correspondía a su patrimonio y, por ello, el banco no era acreedor concursal.

El síndico opinó que la empresa constructora era deudora (por la responsabilidad patrimonial general y no sobre los bienes fideicomitidos), que el crédito era eventual (dado que el verdadero fin del convenio era el desenvolvimiento de la operatoria, en virtud de la cual la constructora sólo asumía la obligación

(63) Originarios del 3.^{er} Juzgado de Procesos Concursales y Registros de la 1.^a Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

de garantizar el supuesto incierto de insuficiencia de los bienes fideicomitidos. Si la operatoria se desenvolvía normalmente, el acreedor no pretendería cobrar a la constructora, pues habría ido cobrando a través de la venta de las unidades y titulización; por el contrario, si los fondos resultaran insuficientes, entonces respondería la constructora conforme al convenio) y el monto verificable el vigente al tiempo de la insinuación, sin perjuicio de los ajustes devenidos en el futuro. En cuanto a la naturaleza del crédito, lo calificó como quirografario, dado que el privilegio invocado pesaba sobre el patrimonio fideicomitido del propio banco, y no sobre el patrimonio de la concursada.

El juez receptó la posición del síndico.

- Autos núm. 66781, caratulados «Nazar y Cía., S. A. en J.º 25.583 (32.618) Sociedad Militar Seguros de Vida Institución Mutualista en J.º 22.097, Nazar y Cía., S. A., p/conc. prev., p/rec. rev., s/inc. cas.» y su acumulada núm. 66883, caratulada «Sínd. conc. Nazar y Cía., en J.º 25.583, Sociedad Militar Seguros de Vida Institución Mutualista en J.º 22.907, Nazar y Cía., S. A., p/conc. prev., p/rec. rev. s/c. cas.» —D-3—, caso Nazar y Cía., S. A. (64)

Entre los años 1990 y 1992, Nazar y Cía. celebró varios contratos de mutuos con la Sociedad Militar Seguros de Vida Institución Mutual (SMSVIM) con garantía prendaria sobre certificados contra la Dirección Provincial de Vialidad de la Provincia de La Rioja, los que al ser cobrados eran depositados a plazo fijo a nombre de la acreedora.

Cada convenio era celebrado como novatorio del anterior y se constituyeron sucesivas prendas sobre los certificados de depósitos. Finalmente, SMSVIM depositó en una caja de ahorro en la financiera Corprend, S. A., una suma equivalente a la totalidad de los certificados a plazo fijo que tenía a su nombre y que habían sido objeto de las garantías. Poco después Corprend, S. A. solicitó su liquidación y Nazar y Cía., pidió su concurso preventivo.

SMSVIM se presentó a verificar su crédito en el concurso de Nazar y Cía., invocando privilegio prendario, en razón de existir esta garantía sobre los certificados de depósitos en plazo fijo, luego transferidos a caja de ahorro. Expresó que los fondos eran de propiedad de Nazar y Cía., y que se encontraban a su nombre en virtud de lo dispuesto por el artículo 587 del Código de Comercio argentino.

(64) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, del 7-7-2000, ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005. Anotado por MÁRQUEZ, José F., «El fideicomiso de garantía y el concurso del fiduciante», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2003-1, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni.

La concursada y la sindicatura negaron la procedencia de la verificación argumentando que SMSVIM había cobrado y percibido directamente su crédito, pues cobró los plazos fijos a su vencimiento y los colocó a su nombre en caja de ahorro.

SMSVIM también presentó su pedido de insinuación en la liquidación de Corprend, S. A., invocando los artículos 580 a 588 del Código de Comercio argentino y afirmó que: «el dinero depositado en la caja de ahorro en Corprend, S. A. era un acto de conservación de la eficacia del crédito, que subrogaba los bienes dados en prenda». En este proceso se declaró verificado un crédito, encuadrado en el artículo 49, inciso d), de la ley argentina, núm. 21.516.

En el concurso de Nazar, en primera instancia se rechazó el pedido de verificación, por entenderse que el cobro de los plazos fijos y su depósito en caja de ahorro implicaron la extinción del crédito en contra de la deudora originaria. En segunda instancia, por el contrario, se entendió que no se había extinguido el crédito y se lo declaró verificado; la decisión se fundó en que la transferencia de los plazos fijos a caja de ahorro fue *animus pignus* y no con intención de cobro.

Deducidos recursos extraordinarios, la concursada insistió en que el depósito del dinero en caja de ahorro implicó su cobranza y la extinción del crédito y que la verificación de un crédito a favor de SMSVIM en el pasivo de la entidad financiera liquidada implicaba cosa juzgada en el concurso de la deudora.

La Corte mendocina concluyó que al cobrar el acreedor los plazos fijos y depositarlos en caja de ahorro, con acuerdo de la deudora, las partes habían constituido un fideicomiso con fines de garantía, pues existía transferencia de titularidad a favor de SMSVIM y cierta discrecionalidad por parte del fiduciario (la mutual acreedora). Por ello, dijo, pudo presentarse también como acreedor en la liquidación de la entidad financiera.

Por razones procesales, la sentencia no se internó en el carácter del crédito —privilegiado o quirografario—, aunque insinuó que si el crédito original era prendario (privilegiado) y luego, por subrogación, se dio en fideicomiso, el carácter privilegiado debía subsistir. Esta conclusión parece devenir de la asimilación entre prenda de créditos en garantía y fideicomiso de créditos en garantía que realiza la Corte, siguiendo la doctrina de Rivera.

El comentarista del fallo afirma que el caso nos enfrenta a particulares posiciones de las partes: el deudor pretende que los créditos cedidos ya no le pertenecen y el acreedor pugna por que estén comprendidos en la masa concursal. En efecto, expresa el fallo: el acreedor afirma que no ha pretendido ni pretende autoliquidar la garantía; clama a quien lo quiera escuchar, desde las instancias inferiores, que él ha tenido a su nombre el dinero proveniente de la percepción de los créditos que el deudor tenía contra terceros, pero siempre

ha reconocido que el titular de ese dinero es su deudor. La Cámara lo ha escuchado. El deudor, en cambio, no quiere ser el titular de ese dinero; por el contrario, afirma que el acreedor autoliquidó la garantía y se cobró y que, por lo tanto, él nada debe. Su argumento fue receptado por el juez concursal y, en esta instancia extraordinaria, lo acompaña el señor procurador general». Finalmente, sostiene que la sentencia del Supremo Tribunal mendocino llega a un punto intermedio: los créditos son todavía del acreedor (por ello puede verificar en la liquidación de la entidad financiera), pero en fideicomiso (entonces, también puede verificar en el concurso del deudor).

- Autos núm. 39.305, 17-02-03, «Liquidadoras Compañía Luján Williams en J.º 33.215, Cía. Fin. Luján Williams, p/liq. judicial c/Volkswagen, S. A., p/inc. rest.» y autos núm. 39.311, 17-02-03, «Liquidadoras Compañía Luján Williams en J.º 33.215, Cía. Fin. Luján Williams, p/liq. judicial c/Banco Sudameris, S. A., p/inc. rest.» (65)

Las liquidadoras de la Compañía Financiera cesante en sus pagos interponen incidente de restitución de los fondos y/o títulos y/o rendición de cuentas contra Volkswagen C.F.S.A. y Banco Sudameris, S. A. Señalan que conforme a la interpretación que efectúan de diversas cláusulas de los contratos de cesión de cartera de créditos prendarios suscriptos oportunamente por las autoridades estatutarias de la ex compañía financiera y los demandados, lo que existió entre las partes fue una cesión de créditos en garantía (*pro solvendo*) y no una cesión en venta (donde no era necesario verificar).

Ambos demandados se oponen al incidente de restitución. Indican que se celebraron varios contratos de cesión onerosa de créditos con garantía prendaria, que fueron instrumentados en los términos que resultan de los documentos que adjuntan y que encuadra en las previsiones del artículo 1.435 del Código Civil argentino, que remite a las normas para la compraventa; rechazan la aseveración de las incidentantes en cuanto a que tales cesiones lo fueron en garantía a los términos del artículo 580 del Código de Comercio argentino, para concluir que no hay cesión en prenda (y por ende necesidad de insinuar privilegio alguno) sino simplemente una «venta» de la cartera de créditos, saliendo del patrimonio de la ex entidad financiera los créditos cedidos mucho antes de su liquidación «contra la previa percepción de un precio en dinero».

(65) Originarios del Primer Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

La sentencia verificatoria desglosó el análisis de los contratos de cesión, admitiéndose como quirografario y sin mayores consideraciones lo atinente al crédito derivado del incumplimiento de las obligaciones de cobro y dejándose a salvo el carácter eventual del restante tramo: «...a condición resolutoria consistente en la percepción de los importes —judicial o extrajudicial— de los créditos cedidos a sus respectivos deudores...».

El juez sostiene que en el planteo formulado por las incidentantes se advierte una desajustada interpretación de los contratos de cesión, apartándose de las previsiones del artículo 1.198 del Código Civil argentino en cuanto a la forma que deben interpretarse los contratos, esto es, «de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o debieron entender, obrando con cuidado o previsión». Y, siendo que, interpretar, precisamente, es captar el sentido de una manifestación de la voluntad, lo que supone en todos los casos un esfuerzo: «...los modos como los créditos pueden transmitirse en la práctica bancaria son numerosos y variados, ya que no siempre se presentan con la forma clara y nítida que tienen los negocios típicos...»; es en la lectura de los mismos de donde debe surgir la solución del conflicto planteado, antes que comenzar a «dilucidar» la aplicación de teorías de una u otra talla.

Afirma que se trata de contratos de cesión de derechos que deben evaluarse a los términos de la normativa propia de dicho cuerpo normativo, ya que, como se lee en los distintos contratos, se cedieron «créditos» por un precio que fue abonado en el acto por el cesionario. Por ello, la transmisión (formalizada en cada caso a través de endosos) de los contratos prendarios fue en «propiedad» y no en garantía, y no resultan por ello aplicables las previsiones de los artículos 580 y siguientes y cctes. del Código de Comercio argentino que regulan la «prenda de créditos» o cualquiera de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales que, tras admitir la posibilidad en nuestro Derecho de que existan «cesiones de créditos en garantía» (v.gr., negocio fiduciario), siguen las consecuencias propuestas por las incidentantes.

Desde ese punto de vista, no era menester que el acreedor incidentado insinuara privilegio alguno para mantener en su égida la propiedad de los créditos cedidos, lo que así había sido puesto de manifiesto en la resolución del artículo 36 LCQ, reconociéndose el derecho a continuar percibiendo los créditos de los deudores cedidos, lo que, por cierto, iría menguando la acreencia reconocida como «quirografaria» contra la ex entidad financiera en liquidación.

Así entonces, y conforme lo expuesto en cuanto a la naturaleza del acto sometido a examen, son de aplicación las normas del Código Civil argentino que regulan el contrato de cesión de derechos, por cuanto el objeto de la «cesión» es un derecho (art. 1.444), como así también los efectos que para ese tipo de convenio prevé el cuerpo legislativo referido.

Por consiguiente, el tribunal considera improcedente la acción restitutoria de diversos contratos prendarios intentada por las liquidadoras de la ex entidad financiera Luján Williams, S. A., y que fueran cedidas a los términos de la normativa propia del Código Civil «en propiedad» oportunamente al acreedor incidentado, imponiéndose el rechazo sin más de la acción deducida.

- Autos núm. 6.474, caratulados «San Pablo, p/conc. prev» (66)

La concursada solicitó la restitución de los títulos de terceros que había entregado en prenda a ciertos acreedores (a través de un endoso en prenda); fundó su petición en que estos acreedores, de cobrar los títulos a los terceros libradores, estarían violando la *pars conditio creditorum*.

El tribunal rechazó la petición con los siguientes argumentos:

- Los bancos ostentan los títulos en calidad de acreedores pignoratícios, y por lo tanto, cuentan con la facultad que les concede el artículo 21, inciso 2.º LCQ o, en su caso, el artículo 23 LCQ. Por lo tanto, parece excesivo ordenar la restitución de los cheques pignorados a la concursada, pues ello importaría desvirtuar la garantía del crédito y de la especialidad que *prima facie* ostenta el crédito.
- El acreedor prendario —en su carácter de endosante en garantía de títulos de tercero— puede ejercer el derecho de cobro respecto del tercero librador, no obstante lo cual, no podrá imputarlo a la deuda, sino que deberá depositar los fondos en una cuenta bancaria a la orden del Tribunal del proceso concursal, a fin de acreditar el resultado de su gestión de cobranza.
- Consecuentemente, cada banco irá depositando en las respectivas cuentas que se abran los fondos que obtenga del cobro de los cheques. Las sumas permanecerán allí a la espera del pronunciamiento verificatorio o afianzamiento ante la posible existencia de acreedores de mejor derecho (art. 209 LCQ).

De lo resuelto por el Juzgado, inferimos que el Tribunal parece entender que el acreedor prendario cuyo asiento del privilegio era un crédito plasmado en un cheque de pago diferido de tercero debía insinuar su acreencia en el concurso del deudor endosante como paso previo a hacerse de los fondos de aquel tercero no concursado. En suma, el acreedor munido de esta garantía

(66) Originarios del Tercer Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza; ver nuestra obra *Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de créditos en garantía y descuento bancario*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

debe verificar su acreencia; sin embargo, si su acreencia es verificada, puede llegar a cobrar a través de los fondos depositados y no soporta las otras consecuencias del concurso.

- Autos «Acosta, José L. y otros, s/inc. de verif. en: Pino Camby, S. A., s/conc. prev.» (67)

La concursada y los acreedores apelaron un pronunciamiento que había verificado el crédito:

- a) La deudora perseguía la revocación del decisorio con base en cierto contrato de fideicomiso que reputaba vigente, atribuyéndole efecto novatorio de las obligaciones que motivaron el incidente.
- b) Los acreedores cuestionaban la imposición de las costas del proceso.

En el contrato de fideicomiso, la concursada «Pino Camby, S. A.» —fiduciante— transfirió el dominio fiduciario de una cantidad de toneladas de miera de pino eliotti resinada por aquella a Horacio Alberto Ortiz —fiduciario— en beneficio de obreros y personal de los montes de las provincias de Misiones y Corrientes indicados en cierta nómina anexa. Se contempló que los recursos disponibles provenientes de la comercialización de la miera habrían de aplicarse al pago total o parcial de los créditos laborales especificados en el contrato. No se preveía en forma expresa la novación de las obligaciones de la concursada de origen laboral, ni su extinción por efecto de la celebración del fideicomiso. Solamente se establecía que: «(...) sujeto a la existencia de recursos disponibles, los beneficiarios podrán hacer valer sus derechos respecto de los créditos laborales, caso de ser exigibles, contra los bienes fideicomitados que integran el patrimonio separado (...)».

De este modo, a través del contrato de fideicomiso, sólo se afectaba ciertos bienes de la concursada al pago de los créditos laborales, estableciéndose las condiciones de ejercicio de sus derechos contra los bienes fideicomitados, lo que no excluía *per se* la obligación laboral del patrimonio de la deudora, ni a sus otros bienes de la garantía que representan para sus acreedores, incluidos los de esta índole.

Así las cosas, el Tribunal entendió que, aun cuando el contrato haya sido celebrado con intervención de los representantes sindicales de los obreros de la actividad comprometida y homologado por la Subsecretaría de Trabajo y

(67) Cámara Nacional de Comercio, sala E, 24-11-2003, suplemento de concursos y quiebras, revista argentina *La Ley*, a cargo de Héctor ALEGRÍA, de 12 de julio de 2004, pág. 9. Con nota del jurista precitado «Fideicomiso de garantía (efecto sobre los créditos garantizados y verificación en el concurso del fiduciante)».

Empleo de la Provincia de Misiones, no puede considerarse liberatorio de las obligaciones de la concursada.

Héctor ALEGRÍA, anotador del fallo, señaló algunas cuestiones de relevancia en materia de verificación del crédito y de su garantía por el fideicomiso. Diferenció dos aspectos del problema:

- a) la verificación del crédito;
- b) la verificación de la garantía constituida por el fideicomiso.

a) *Verificación del crédito garantizado por el fideicomiso*

El prestigioso jurista sostiene que, dada la inexistencia de novación del crédito al ser garantizado por el fideicomiso, y no existiendo liberación del deudor original, el crédito debe ser verificado en el concurso del deudor (argumento del art. 32 LCQ).

Por lo tanto, no podría predicarse que la constitución del fideicomiso ha excluido al crédito del pasivo concursal y, tampoco, que es un abuso de derecho la verificación concursal cuando existen bienes de afectación especial fiduciaria. En primer lugar, porque la garantía puede renunciarse total o parcialmente (argumento del art. 43 LCQ) o, incluso, resultar insuficientes los bienes fideicomitados y estar expedita la acción del acreedor respecto de sus otras garantías o, en su caso, de los bienes del deudor que respalda los créditos quirografarios.

b) *Verificación de la garantía*

Otra cuestión es si habiéndose constituido un fideicomiso en garantía de un crédito por el deudor que posteriormente cae en concurso, el acreedor debe verificar también como «privilegio» la garantía que emana del fideicomiso.

Para ALEGRÍA la verificación de la garantía (o del fideicomiso) es necesaria, pues el fideicomiso supone que, eventualmente, los bienes pueden reingresar total o parcialmente al activo del concursado a la extinción del fideicomiso por cualquiera de sus causas. Estos bienes, aun integrando un patrimonio separado, y por tanto afectado, salieron del patrimonio del concursado con vocación residual o remanente de retornar total o parcialmente al patrimonio. El fiduciario, titular de los bienes como propietario fiduciario, debe aplicarlos al fin para el cual se le han transmitido (arts. 1, 4, 6 de la Ley 24.441). Además, está vinculado por un contrato con el fiduciante (arts. 2, 4 y cctes., de la Ley 24.441) y, finalmente, deberá rendir cuentas de su cometido.

Además, el artículo 11, inciso 5 LCQ obliga al deudor a presentar una nómina de acreedores, «codeudores, fiadores o terceros obligados o respon-

sables, o privilegios», y el artículo 32 LCQ requiere que quien pretenda verificar su crédito, denuncie monto, causa y privilegios.

El resultado de la solución contraria (calificarlo de quirografario) desnaturalizaría el fideicomiso y es insostenible porque: *a)* El acreedor con garantía de un fideicomiso constituido por el deudor tiene una garantía sobre bienes que integraban el patrimonio del deudor y que tienen vocación eventual de retornar al mismo; *b)* Si el crédito fuere quirografario, podría intervenir en las decisiones del concurso en tal carácter, lo que resultaría inequitativo para los demás acreedores; *c)* Por ser titular de una garantía, también sería inequitativo para él que se lo sometiera a las reglas del acuerdo o a las de distribución del concurso.

- Autos «Club Atlético San Lorenzo de Almagro Asociación Civil, s/conc. Prev.» (68)

Con anterioridad a la presentación en concurso preventivo, la deudora suscribió con Horacio Ameli, por sí y en representación del cuerpo técnico y médico, un convenio de refinanciación de deuda.

En esa oportunidad, el Club Atlético San Lorenzo de Almagro, representada por su presidente Fernando Miele, reconoció adeudar a los integrantes del plantel la suma de U\$S 3.365.416,26 y, en consecuencia, cedió a sus acreedores los derechos y acciones que pudieran corresponderle por distribución de derechos de televisión de partidos a partir del mes de junio de 2002, hasta cubrir la suma de U\$S 120.000 mensuales (cláusulas primera y segunda).

Según el Tribunal, los créditos que se liquidaban en la planilla que integraba el convenio como Anexo A eran de causa anterior a la presentación del concurso del deudor y por lo tanto, pesaba sobre sus titulares la carga de verificar ante el síndico su acreencia para no vulnerar el principio de la *pars conditio creditorum*. De este modo, se evitaría el débito de los derechos de televisación correspondientes al club, lo que adquiriría relevancia en las particulares circunstancias del caso, principalmente ante la existencia de un proceso concursal en trámite, donde la adopción de la solución contraria podría afectar sensiblemente la continuidad de la actividad de la deudora, que debe ser preservada en aras de lograr una solución preventiva que satisfaga los intereses patrimoniales comprometidos y que —asimismo— respete la igualdad de los acreedores.

(68) Cámara Nacional de Comercio, sala C, 13-12-2002, suplemento de concursos y quiebras, revista argentina *La Ley*, a cargo de Héctor *Alegría*, de 12 de julio de 2004, pág. 61.

- «Luconi Winogrand, S. A.» (69)

La Corte Federal Argentina declaró admisible el recurso extraordinario federal (art. 14, Ley argentina, núm. 48) articulado contra un pronunciamiento que había fijado un plazo a la aduana para que verificase su crédito con el apercibimiento de disponer, en caso contrario, el inmediato depósito a la orden del juzgado de los fondos obtenidos en la subasta administrativa de bienes importados por la deudora.

Sostuvo que esa intimación comportaba la negación de una situación de excepción a la que la Aduana tenía derecho con sustento en el Código Aduanero argentino, y que el agravio que invocaba en la ocasión no sería susceptible de reparación ulterior, dado que la carga impuesta judicialmente de verificar el crédito y la consiguiente sujeción de esa repartición a las disposiciones de la ley concursal argentina enervaba la preferencia de que se intentaba prevaler.

- «Cía. Fin. Luján Williams, S. A., c. González, Jorge, s/acc. priv. prendaria» (70)

El juez a cargo del 12 Juzgado Civil, Comercial y Minas de la 1ra. Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza, ante quien tramitara una acción privada prendaria de conformidad con el artículo 39 de la Ley argentina, número 12.962, suscitó un conflicto positivo de competencia, al resistir la solicitud inhibitoria y remisión de autos requerida por el juez titular del Juzgado Civil, Comercial y de Conciliación de Huinca Renancó de Córdoba, que entendía en el concurso preventivo del deudor prendario.

El juez mendocino de primera instancia coincidió con la solución propuesta por la señora Agente Fiscal y consideró que el proceso denominado venta extrajudicial regulado por el artículo 39 de la ley prendaria argentina no resulta atrapado por el concurso del deudor prendario, en razón de que la obligación de verificar impuesta por el artículo 21, inciso 1.º LCQ, sólo alcanza a los procesos en los que se ejecuta judicialmente el derecho real de garantía. Sostuvo que el artículo 21, inciso 1.º LCQ, se refiere específicamente a «juicios», y que la pretensión que ejercita el acreedor prendario a tenor del citado artículo 39 de la ley de prenda no da lugar a un «juicio»,

(69) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23-2-88, fallos 311:157.

(70) Fallo 205, Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 6-5-97, «Cía. Fin. Luján Williams, S. A., c. González, Jorge, s/acc. priv. prendaria», comentado por la Doctora Alicia PUERTA DE CHACÓN en Revista argentina *Voces Jurídicas*, to. 4/1997/sep-tiembre. En este precedente la Corte Federal resolvió el conflicto de competencia, declarando que el 12.º Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, resultaba competente para seguir entendiendo en las actuaciones.

en el sentido de un tipo de procedimiento con efectiva contienda defensiva. Consideró que la verificación no es necesaria, por cuanto el artículo 23 LCQ excepciona expresamente el normal proceso verificadorio, imponiendo en cambio una rendición de cuentas.

Concluye que: «(...) de una interpretación sistemática de la nueva normativa no podría sostenerse que las ejecuciones por remate no judicial (como bien titula la ley) se encuentran abarcadas por el fuero de atracción del concurso, ya que si no necesitan siquiera verificar, resulta absurdo que se vieran sometidas a una limitación ampliamente superior como es el desplazamiento de su competencia hacia ese mismo concurso (...)).»

- «Nieto y Cía., SAICA, p/conc. prev.» (71)

Inmediatamente de incumplida la obligación, el titular de un *back to back credits* (Banco Galicia Uruguay, S. A.) ejecutó extrajudicialmente la garantía contra el deudor principal cesante en sus pagos (Nieto y Cía., SAICA), no obstante que se había abierto su concurso preventivo, y contra los directores (garantes) de la firma concursada; el ejercicio extrajudicial de su derecho no fue cuestionado por el Tribunal, pese a que el Banco acreedor no se presentó a verificar.

c) NUESTRA OPINIÓN

En el escenario concursal, la cuestión es determinar si el acreedor con garantía autoliquidable puede ejecutar al concursado sin «juicio previo» o, en términos concursales, sin necesidad de «verificar». Como se ha visto, las voces de la jurisprudencia y de la doctrina varían y, generalmente, se refieren a una garantía autoliquidable de gran utilización: la prenda de crédito (72).

(71) Conf. autos, núm. 7.424, caratulados «Nieto y Cía, SAICA, p/Conc. Prev.», originarios del 3.º Juzgado de Procesos Concursales de la Ciudad de Mendoza, inédito.

(72) En el concurso preventivo es común que el deudor —al pedir la apertura del mismo e invocando el art. 16 LCQ— solicite al Tribunal la devolución de cartulares de terceros de fecha de vencimiento posterior a la presentación en concurso y entregados al banco antes de la misma en virtud de la realización de una serie de operaciones de crédito con el ente financiero. Caso contrario —suele alegar el cesante en sus pagos— el banquero estaría cobrando con posterioridad a la presentación en concurso una acreencia de causa anterior en violación a la *pars conditio creditorum*. En nuestro parecer, la medida referenciada en el párrafo anterior se encuentra erróneamente planteada por el concursado, y ello en virtud de no haberse analizado debidamente la naturaleza de los negocios jurídicos en virtud de los cuales fueron entregados al ente crediticio los títulos circulatorios. Se trata de saber: ¿cuáles son los efectos que traen aparejados tanto la presentación en concurso preventivo como la declaración de quiebra del cliente endosante —en garantía o en pro-

Las opiniones podrían ser divididas del siguiente modo:

- a) Para algunos, el acreedor sí puede percibir el crédito y sólo debe rendir cuentas luego de realizado el remate, o ejecutada la garantía (arg. art. 23 LCQ). No tiene la carga de verificar.
- b) Para otros, aún con garantía autoliquidable, los acreedores deben verificar. La actuación de quien pretende eludir el proceso de verificación de créditos y percibir directamente acreencias concursales implica una conducta reñida con normas de evidente orden público, pues el sometimiento de todos los acreedores al reconocimiento judicial de sus créditos constituye el modo principal para garantizar las *pars conditio creditorum*.
- c) Para una tercera postura, en principio conciliadora de las dos anteriores, el acreedor con prenda comercial común constituida sobre títulos cambiarios de tercero puede ejercer el derecho de cobro, no obstante lo cual no podrá imputarlo automáticamente a la deuda sino que deberá depositar los fondos en una cuenta bancaria a la orden del Tribunal del proceso concursal, a fin de acreditar el resultado de su gestión de cobranza. Asimismo, las sumas cobradas permanecerán en la cuenta a la espera del pronunciamiento verificadorio o afianzamiento ante la posible existencia de acreedores de mejor derecho conforme al artículo 209 de la Ley 24.522.

1. *Opinión del suscripto: conclusión*

Estamos convencidos que la necesidad de tutelar el crédito con garantía autoliquidable no es incompatible con la protección de los demás sujetos involucrados en el proceso concursal.

Las ventajas que confieren estas garantías, la celeridad y seguridad en el cobro deben compatibilizarse con el debido control de legalidad, debiendo por ello exigirse el trámite verificadorio.

Autorizar la omisión de cumplir con la carga de verificar es inconveniente desde el punto de vista práctico, debido a que, encontrado un vicio o defecto en la constitución de la garantía, debe ordenarse restituir a la masa los fondos percibidos más los accesorios legales; este resultado podría evitarse con el debido contralor de legitimidad por parte del *iudex* (con la colaboración del síndico y del resto de los acreedores) durante el trámite verificadorio.

— de los documentos de tercero, respecto a los contratos de garantía (v.gr., prenda, cesión fiduciaria, etc.) —celebrados con anterioridad a la presentación en concurso o declaración de falencia— en virtud de los cuales el banco ostenta la calidad de acreedor endosatario?

No podemos privar al resto de los acreedores del concurso de la posibilidad de hacer valer la inoponibilidad, la nulidad, o la extinción del crédito o de la garantía en cuestión, y el procedimiento de la verificación es, justamente, el filtro que procura impedir el *concilium fraudis* en perjuicio de los derechos del resto de los acreedores.

La insinuación del crédito es relevante porque intenta proteger no sólo al deudor —como pretende hacerlo el llamado «juicio individual»— sino también a los acreedores a través del control multidireccional (73) que éstos pueden ejercer. A diferencia del juicio individual, en el proceso concursal los protagonistas a quienes se procura dispensar tutela son dos: el deudor —lo mismo que ocurre en la esfera individual— y el resto de los acreedores.

Ahora bien, sin perjuicio de la necesidad de pedir la verificación de su acreencia, el acreedor con garantía autoliquidable no debe esperar al dictado de la sentencia verificatoria (art. 36 de la Ley 24.522), pudiendo ejecutar la garantía extrajudicialmente en los términos de la legislación específica (arts. 587 del Código de Comercio argentino; leyes argentinas de *warrant*, de prenda con registro; de fideicomiso, núm. 24.441); para luego rendir cuentas en los términos del artículo 23 LCQ.

De esta manera, el acreedor puede ejecutar la garantía, aunque con la carga de solicitar la verificación de su acreencia. La resolución que se dicta en el proceso verificatorio produce efectos de autoridad de cosa juzgada material. Por ello, si la sentencia verificatoria es contraria al reconocimiento del derecho del acreedor con garantía autoejecutable, las cosas deben volverse a su estado anterior: si se está a tiempo, se evitará la liquidación del bien; si fuese tarde, habrá que recurrir a la indemnización sustitutiva (74). En cambio, si la sentencia verificatoria reconoce el dere-

(73) ROUILLÓN al comentar el artículo 34 LCQ expresa que: «(...) Existe un control multidireccional propio de la concursabilidad, donde no sólo se enfrentan —potencialmente— cada acreedor con su deudor, sino también cada acreedor con los demás aspirantes a la concurrencia. En estas contiendas, el síndico tiene un rol imparcial, propio de un órgano técnico auxiliar de la magistratura. De ahí que debe facilitar los legajos para su revisión por el deudor y por los solicitantes de verificación, recibir las observaciones e impugnaciones que se presenten, dar constancia de ello al interesado, presentar al Tribunal copias de éstas, y tener en cuenta las argumentaciones de los impugnantes u observantes como un dato más sumado a los fundamentos de la solicitud de verificación, a los detalles del legajo del artículo 14, inciso 5.º LCQ, y a la información recogida por el propio síndico, a fin de elaborar el informe del artículo 35 LCQ. El periodo de observación e impugnaciones tiene por sentido estimular el control recíproco entre concursado y co-solicitantes de verificación, procurar traer la mayor cantidad de información posible para la determinación depurada del pasivo concursal (...)» (*Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 13.ª ed. actualizada y ampliada, ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, pág. 97).

(74) ROUILLÓN, Adolfo A. N., «Las ejecuciones con garantías reales y el fuero de atracción del concurso preventivo del deudor», en Revista argentina *La Ley* 1998-E-107.

cho del acreedor, los actos cumplidos, incluso la subasta, son en principio válidos (75).

Precisamente, para evitar perjuicios graves a la masa por parte del acreedor con garantía autoejecutable es acertada la jurisprudencia que autoriza al acreedor a ejecutar, pero no a imputar el producido al pago de la acreencia hasta tanto exista sentencia verificatoria que reconozca el derecho, salvo que preste fianza para responder en caso de haber ejecutado sin derecho (arg., art. 209 LCQ) (76).

Lo expuesto trae como consecuencia nuestra convicción en cuanto a que la legislación mercantil (arts. 23, 32 y ctes. de LCQ) y la normativa específica que regula cada garantía autoliquidable deben interpretarse en consonancia con el resto de nuestro ordenamiento jurídico (arts. 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional), de manera tal de respetar todos y cada uno de los intereses en juego en el proceso concursal.

Por tanto, la «necesidad» de *la insinuación del crédito* —como paso previo a la ejecución de la garantía autoliquidable— aunque sin la «necesidad» de *esperar al pronunciamiento jurisdiccional verificatorio*, se impone no sólo por un argumento de jerarquía constitucional, sino también por una cuestión de seguridad jurídica y justicia, consistente en que, con el debido control de legalidad, tanto del crédito como de su garantía por parte del órgano jurisdiccional, se asegura al concursado, al propio acreedor con garantía autoejecutable y al resto de los acreedores la tutela del derecho de propiedad (en particular, de su *crédito*) y el respeto a la garantía del debido proceso legal, al ejecutarse una garantía «autoliquidable» en forma regular.

Por ello, nos parece acertado lo resuelto en autos «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.» (77), antes referenciado, pues atento a que el banco acreedor no había insinuado aún su crédito en el concurso del fiduciante deudor (Dinar, S. A.), de tolerar que el acreedor autoejecutase privadamente la garantía, se corría el riesgo de violar el principio de la *pars conditio creditorum*, una de cuyas manifestaciones más claras es el artículo 32 LCQ que impone a todos —sin excepciones— la carga de verificar sus acreencias.

(75) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, autos núm. 69.691, caratulados «Palomo y Cía., S. A. en J.º 146.252/25.469 Bank Boston N.A., c/Palomo y Cía., S. A. p/ejec. hipotecaria s/inc. cas.», en Revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, 2002-I-9.

(76) Conf. autos 6.474, caratulados «San Pablo, p/conc. prev.», originarios del 3.º Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza, y autos núm. 37.109, caratulados «AMSA y Fideicomiso MZA, en J.º 36.025, p/conc. prev. p/cuestiones conexas», originarios del 1.º Juzgado de Procesos Concursales y de Registro de la Ciudad de Mendoza, inéditos.

(77) Quiebras, Concursos y Sociedades, 2.ª nom., salta, 9-8-2002, «Dinar Líneas Aéreas, S. A., s/conc. prev.», en Revista argentina *La Ley*, tomo 2003-D-19.

Asimismo, dada la extrajudicialidad de la ejecución de la garantía, nuestra posición evita abusos contra el deudor, que luego redunden en perjuicio de la empresa en cesación de pagos, vista ésta como consumidora de créditos, productora de bienes y servicios y fuente de trabajo.

Otro argumento relevante en pro de la necesidad de la verificación del acreedor con garantía autoliquidable radica, especialmente tratándose de concurso preventivo en el cual no se produce la caducidad de los plazos de las obligaciones (78), en que la insinuación de la acreencia es la manera que

(78) La doctrina se encuentra dividida, pues la ley concursal, a diferencia de lo que ocurre con el quebranto (art. 128 LCQ), nada dice en materia de proceso prevencional. Hay quienes entienden que sí acaece la mentada caducidad (v.gr., entre muchos, GRAZIABILE, Darío J., «Caducidad de los plazos en el concurso preventivo y exclusión del cómputo de las mayorías», en Revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, suplemento del 18-5-2005), mientras que otros sostienen que no (v.gr., entre muchos, RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. 1, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 1997, pág. 220). Los partidarios de la tesis afirmativa indican que es real que el legislador del Código Civil no pudo haber contemplado el instituto del concurso preventivo cuando estableció —como principio— el régimen de caducidad de los plazos por la insolvencia del deudor y la formación del concurso de acreedores, pues aquel instituto no se conocía a la fecha de sanción del Código Civil argentino (1869), apareciendo en nuestro país a partir de la sanción de la ley argentina, núm. 4156, del año 1902. Se discute si el plazo otorgado al deudor es en beneficio de éste, del acreedor o de ambos; y más allá de la postura que se adopte, lo cierto es que la afección que produce el concurso concierne directamente a la confianza que tuvo el acreedor al concederle dicho plazo. El deudor *in malis* concurre a la sede judicial a fin de normalizar la crisis económica que soporta, y ante el hecho de que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones y entendiéndose que el plazo es otorgado al deudor, bajo la condición resolutoria tácita de que su estado económico no cambie; es decir, mientras el acreedor pueda mantener inalterable su fe en la solvencia del deudor. En virtud de ello, tanto en la quiebra como en el concurso preventivo desaparecen los motivos por los cuales se ha otorgado el plazo. Igualmente, en dichos procesos concursales se producen efectos tanto en el concurso preventivo como en la quiebra que hacen caer los plazos estipulados. El primero de estos es la suspensión y el fuero de atracción que ejerce el proceso concursal respecto de las acciones individuales de contenido patrimonial, y nada significaría esperar el vencimiento de los términos de algunas obligaciones todavía no vencidas si su titular no pudiera hacer valer su derecho individualmente. Concordantemente con esto, y como segundo efecto, debemos entender que en ambos procesos concursales se produce la cristalización del pasivo a fin de viabilizar el perfecto cumplimiento de sus fines, manteniendo imperiosamente la *par condicio creditorum* y viabilizando el cobro de los créditos. Ello, a través de la verificación de créditos, etapa en la cual no quedan excluidas las obligaciones a plazo, siempre que fuesen de causa o título anterior a la presentación del concurso preventivo (GRAZIABILE, Darío J., «Caducidad de los plazos en el concurso preventivo y exclusión del cómputo de las mayorías», en Revista argentina *Jurisprudencia Argentina*, suplemento del 18-5-2005). Para quienes se adhieren a la tesis negativa, la caducidad de los plazos no es compatible con las reglas del concurso preventivo en cuyo trámite no se suspenden las relaciones contractuales, siempre que el concursado cumpla con sus obligaciones en cuya hipótesis el tercero no puede pretender la aplicación de la normativa del artículo 753 del Código Civil argentino, pues conforme a las normas de los artículos 15 y 16 LCQ, el concursado está habilitado de mantener la administración de sus negocios y las operaciones que hacen a su giro. Por lo demás, la cuestión está regida por la ley de concursos, la que no dispone que el concurso preventi-

tiene el juez de constatar que no se está ejecutando una garantía sin haberse tornado exigible la obligación principal.

Finalmente, y sin perjuicio de la necesidad de insinuar la acreencia por parte de los acreedores con garantía autoejecutable previo a ejecutar (aunque sin esperar a la sentencia verificatoria, art. 36 LCQ), el deudor concursado tiene otro instrumento para evitar abusos en el cobro de la acreencia; este instrumento es la rendición de cuentas de la gestión de cobranza prevista en el artículo 23 LCQ, que permite conocer con certidumbre cuánto y cómo cobro el acreedor munido con garantía autoejecutable, sobre todo cuando insinuó pero no esperó al pronunciamiento verificatorio que le reconociera con autoridad de cosa juzgada material la titularidad de su derecho y la respectiva garantía.

La mentada rendición de cuentas también es importante porque evita que el acreedor que ejecutó por «fuera» del concurso y cobró, lo haga de nuevo, aunque esta vez, «dentro» del concurso. La hipótesis planteada no es descabellada. Pensemos, a título de ejemplo, en una prenda con registro constituida sobre un bien de un tercero o en el caso de un acreedor cesionario de un crédito cedido en garantía cuyo bien objeto del gravamen es un crédito a cobrar contra un tercero (v.gr., el librador del pagaré endosado en garantía por el deudor concursado —endosante— a favor del endosatario —acreedor/cesionario—). Si el acreedor insinúa su crédito en el concurso del deudor concursado y además intentó la ejecución de la garantía con respecto al tercero, atento a la posible duplicidad de pago de una misma acreencia, el deudor puede emplazarlo a que informe el resultado de la gestión de cobranza respecto de aquel tercero, toda vez que tiene un incuestionable interés jurídico, cual es, clarificar su situación patrimonial, evitando que el acreedor —tenedor de los cheques de terceros— cobre dos veces la misma acreencia: al cesante en sus pagos —dentro del concurso—, por un lado, y al tercero —fuera del concurso— por el otro.

Por todas las razones expuestas, entendemos que los acreedores con garantía autoejecutable deben «insinuar su acreencia» en los términos del artículo 32 LCQ.

vo cause la extinción de todos los plazos (RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho concursal*, t. 1, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 1997, pág. 220; JUNYENT BAS, Francisco, y MOLINA SANDOVAL, Carlos, «Ley de concursos y quiebras», en *Lexis Nexis*, 2003, t. 1, pág. 136). En los autos «Cía. de Alimentos Fargo, S. A., s/concurso» se resolvió que en el concurso preventivo no opera la caducidad de los plazos previsto en el artículo 128 LCQ, ya que éste es un efecto propio de la sentencia de quiebra no contemplado en el concurso preventivo. En este caso, la distinción tienen una clara justificación, dado que la quiebra no prevé —salvo en los casos específicos previstos en la ley— la continuación de la actividad, lo que implica que si no se estableciera la consecuencia mencionada, la posibilidad de cobro con vencimiento posterior a la sentencia sería ilusoria. La caducidad de los plazos es un efecto típico y propio de los procesos liquidativos (Cámara Nacional de Comercio, Sala «B», 4-3-5, «Fargo», Doctrina Societaria y concursal, núm. 210, ed. Errepar, mayo de 2005).

RESUMEN

GARANTÍAS DE EJECUCIÓN PRIVADA
EJECUCIÓN SIN INTERVENCIÓN
JURISDICCIONAL

Tratándose de garantías autoejecutables, como regla, el deudor no puede impedir la «agresión» patrimonial privada del acreedor; sin embargo, puede promover el juicio «previo» para que lo «oigan antes», y esta facultad no le puede ser vedada. Es decir, la ley puede posponer la promoción del juicio de conocimiento, pero no puede prohibir la facultad constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional) de la cual goza el deudor de poder iniciarlo antes o durante la autoliquidación de la garantía.

En efecto, el deudor ejecutado por el acreedor munido de garantía autoliquidable lisa y llanamente no puede hacer valer defensa alguna, ni siquiera referida al título, pues no hay «juicio» en su contra en el cual las pueda plantear.

Se justifica, entonces, que el deudor pueda promover un juicio de conocimiento (con la amplitud de audiencia y pruebas necesarias) antes o durante (y por supuesto con posterioridad a) la ejecución para ser oído, aún cuando no podrá impedir que lo ejecute extrajudicialmente el acreedor (principio de libre demandabilidad, art. 17 de la Constitución Nacional).

En aquellos casos en que el juicio de conocimiento es iniciado con posterioridad a la ejecución autoliquidable, podrá adoptar también la forma de un juicio de repetición. En éste el deudor autoejecutado podrá pretender, además de plantear aquellas defensas que no pudo hacer valer en la ejecución privada, repetir contra el acreedor lo percibido por éste —sin derecho— con motivo de la autoliquidación de la garantía. Puede además acumular la pretensión resarcitoria.

ABSTRACT

SECURITY SUBJECT TO PRIVATE
FORECLOSURE
FORECLOSURE WITHOUT COURT
INTERVENTION

In matters of security subject to private foreclosure by the lender, as a rule the borrower cannot prevent the lender's «aggression» against the borrower's private assets; the borrower can, however, file for a «preliminary» trial so that he can be «heard first», and there is no banning him from using this power. That is to say, the law can postpone the initiation of the trial process, but it cannot prohibit the borrower's constitutional ability (National Constitution, art. 18) to initiate the process before or during private foreclosure on the security.

Indeed, when a lender armed with security subject to private foreclosure wishes to foreclose, there is, plain and simple, no defence the borrower can put up, not even in regard to the title, because there is no «trial» against him where he can argue a defence.

It is justified, then, for the borrower to be able to file for a trial process (with the necessary breadth of hearing and evidence) before or during (and of course after) foreclosure in order to be heard, even though he will be unable to stop the lender from foreclosing on the security out of court (rule of freedom to file suit, National Constitution, art. 17).

In those cases where the trial process is initiated after foreclosure under a self-liquidation procedure, the process may also take the form of action for recovery. Here, after private foreclosure, the borrower can, in addition to putting up those defensive arguments he could not give in the private foreclosure, attempt to sue the lender to recover what the lender has wrongfully received through the self-liquidation of the security. The

Para el caso de que el acreedor haya ejecutado sin derecho o abusivamente una garantía autoejecutable, deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados al deudor.

action for redress can, in addition, be tried jointly with the other process.

Where the lender has foreclosed wrongfully or abusively on security subject to private foreclosure, the lender must repair the damages done to the borrower.

(Trabajo recibido el 3-7-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 20-10-2009
(*BOE* 8-1-2010)
Registro de Pola de Laviana

EXPEDIENTE DE DOMINIO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

El Registrador no puede calificar el fondo de la decisión judicial, por lo que no podrá estimar que la finca respecto a la que se ordena la reanudación del tracto debería haber sido otra distinta de la señalada en el auto.

Resolución de 5-11-2009
(*BOE* 8-1-2010)
Registro de Albuñol

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL.

Los principios de tracto sucesivo y de prioridad registral obligan a denegar la anotación de un embargo que, aun habiéndose trabado con anterioridad a la enajenación de la finca a un tercero, es aportado al Registro cuando ya se ha inscrito dicha enajenación. Y ello a pesar de que el mandamiento de embargo estuvo presentado con anterioridad, pero se dejó caducar el asiento de presentación.

Resolución de 6-11-2009
(*BOE* 8-1-2010)
Registro de Málaga, número 15

SOCIEDAD DE GANANCIALES EN LIQUIDACIÓN. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN.

En un caso en el que consta anotado el embargo sobre los derechos que corresponden al cónyuge viudo respecto a la sociedad de gananciales, aún no liquidada, no es posible admitir a inscripción la adjudicación en subasta de la mitad indivisa de la finca, a menos que con anterioridad se inscriba la liquidación de la sociedad de gananciales que provoque la previa inscripción a favor del deudor de dicha mitad indivisa.

Resolución de 9 y 11-11-2009

(BOE 8-1-2010)

Registro de La Línea de la Concepción

RECTIFICACIÓN DE LOS ASIENTOS REGISTRALES: PROCEDIMIENTO.

Se trata de una nota marginal de cancelación de una condición resolutoria que indebidamente implicó la cancelación total de la misma, y no una mera cancelación parcial, como correspondía con el pago sólo parcial de la cantidad aplazada. Considerando que los hechos determinantes del error resultan de los asientos del Registro, debe entenderse que se trata de un error de concepto, pero de aquéllos que puede el Registrador rectificar sin necesidad del consentimiento del titular, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros.

Resolución de 10-11-2009

(BOE 8-1-2010)

Registro de Molina de Aragón

INMATRICULACIÓN: SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO.

No hay ningún obstáculo para proceder a la inmatriculación de una finca en virtud de una sentencia dictada en juicio declarativo, siempre que se aporte la certificación catastral y que se cite en el procedimiento a todos los eventuales interesados reseñados en el artículo 201.3 de la LH.

Resolución de 12-11-2009

(BOE 8-1-2010)

Registro de Murcia, número 8

CONSTANCIA DE LOS MEDIOS DE PAGO.

Ninguna de las normas que regulan la materia impone que se especifiquen los medios de pago de cantidades que se han de abonar con posterioridad al otorgamiento de la escritura, quedando este control referido exclusivamente a los pagos simultáneos o posteriores.

Resolución de 16-11-2009

(BOE 8-1-2010)

Registro de Cáceres, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS *AD HOC*. CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

No es admisible que a los solos efectos de la inmatriculación se generen títulos *ad hoc* que no corresponden a la realidad negocial, como en el caso de primero liquidar la sociedad de gananciales, para ocho días después aportar la finca de nuevo a la sociedad de gananciales. Es imprescindible una total coincidencia con la certificación catastral.

Resolución de 17-11-2009
(BOE 8-1-2010)
Registro de Valladolid, número 5

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS FISCALES. BIENES PRIVATIVOS.

A los efectos de lo establecido en los artículos 254 y 255 de la LH, es suficiente acreditar que el documento se ha presentado a la administración tributaria, aunque no conste la liquidación. Inscrita una finca como privativa por confesión, no es en absoluto contradictorio que ahora se confirme el carácter privativo definitivo.

Resolución de 18-11-2009
(BOE 8-1-2010)
Registro de Sevilla, número 2

USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

La previsión recogida en un convenio de divorcio de que las hijas del matrimonio vivirán en una vivienda propiedad del padre hasta que sean independientes patrimonialmente, no encaja en el tipificado legalmente derecho de uso, no siendo por tanto inscribible.

Resolución de 19-11-2009
(BOE 8-1-2010)
Registro de Madrid, número 5

USUFRUCTO: TITULARIDAD.

La única interpretación posible para un caso de reserva de usufructo hasta que fallezca la persona que hace tal reserva y una hermana suya, es considerar que se trata de un usufructo sucesivo. En cualquier otro caso se estaría posibilitando la subsistencia de un derecho de usufructo sin titular.

Resolución de 20-11-2009
(BOE 19-1-2010)
Registro de Chipiona

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Se ordena en un mandamiento judicial la cancelación de una serie de inscripciones de fincas surgidas por división de otra, al haberse declarado judicialmente la nulidad del título notarial de división. Considera el Centro

Directivo que no hay obstáculo en cancelar las fincas inscritas a nombre de los demandados, aunque se dejen sin despachar la de titulares que no han sido parte en el proceso judicial.

Resolución de 21-11-2009
(BOE 8-1-2010)
Registro de Alicante, número 3

OBRA NUEVA: ANTIGÜEDAD. RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN.

El plazo para interponer recurso gubernativo, cuando antes se ha solicitado calificación sustitutoria, se cuenta desde la notificación de ésta. No hay inconveniente en hacer constar en el Registro que una obra nueva está terminada desde antes del año 2000, a pesar de que en la escritura de declaración sólo se acreditó que estaba terminada desde hacía más de cinco años.

Resolución de 23-11-2009
(BOE 19-1-2010)
Registro de Cuenca

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

No es posible anotar un embargo trabado en un procedimiento seguido contra una persona que tiene el mismo nombre y apellidos que el titular registral, pero diferente DNI, siendo también diferentes los nombres de los cónyuges. Y ello con independencia de los errores que pudieran haberse cometido al expedir alguna nota simple de la finca.

Resolución de 24-11-2009
(BOE 8-1-2010)
Registro de Torrijos

NOVACIÓN DE HIPOTECA: PLAZO.

Se considera inscribible una escritura por la que se nova un préstamo hipotecario, acordando la ampliación del plazo de vencimiento del mismo, pero con la particularidad de que a la fecha de otorgamiento de la escritura en cuestión, ya había vencido el plazo inicialmente estipulado. Y es que el plazo de vencimiento no implica la extinción de la obligación, sino sólo la exigibilidad de la misma. Además la novación sólo tiene efectos extintivos cuando así se pacte expresamente.

Resolución de 3-12-2009
(BOE 19-1-2010)
Registro de Santa Cruz de Tenerife, número 4

SEGREGACIÓN: LICENCIA. PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA.

Se plantea la duda de si es necesaria licencia de segregación en el ámbito de la propiedad horizontal tumbada. La Dirección General distingue, según se trate, de casos en los que el suelo no es elemento común, en los cuales será necesaria la licencia al ser equiparable a una parcelación ordinaria, de aquellos otros en los que el suelo sí es elemento común, en los que sí que se trata de verdadera propiedad horizontal y no sería exigible la preceptiva licencia.

Resolución de 4-12-2009

(BOE 19-1-2010)

Registro de Alicante, número 3

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD.

No puede inscribirse una declaración de obra nueva cuya antigüedad se acredita por medio de un certificado técnico en el que se alude a que se halla en una finca ubicada en un paraje que no coincide ni con el que resulta del Registro ni con la certificación del Catastro.

Resolución de 5-12-2009

(BOE 19-1-2010)

Registro de Almuñécar

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN.

No hay ningún obstáculo para hacer constar en el Registro que una finca es privativa por confesión del cónyuge del comprador, aunque el consentimiento del confesante derive de la propia escritura de compra, desconociéndose los motivos por los que en su momento se inscribió la finca con carácter presuntivamente ganancial.

Resolución de 5-1-2010

(BOE 8-2-2010)

Registro de Carmona

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DE LOS ASIENTOS.

El principio de legitimación implica que los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales, sin que quepa en consecuencia su rectificación sin el consentimiento de los actuales titulares de los derechos afectados.

Resolución de 9-1-2010

(BOE 19-2-2010)

Registro de Torrox

OBRA NUEVA: LICENCIA PRIMERA OCUPACIÓN. OBRA NUEVA: LEGISLACIÓN URBANÍSTICA APLICABLE.

El otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva o del acta de terminación marca la fecha a tener en cuenta para determinar la legislación aplicable, que será la vigente en ese momento, con independencia de la fecha de finalización o ejecución de la obra. Para la inscripción de la terminación de obra no es exigible el acta de primera ocupación.

Resolución de 14-1-2010
(BOE 19-2-2010)
Registro de Granada, número 6

LICENCIA DE PARCELACIÓN: DIVISIÓN HORIZONTAL.

Ni conforme a la aplicación matizada del artículo 53 del Real Decreto 1093/97, en los términos que ha propuesto el Centro Directivo en anteriores resoluciones, ni conforme al artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, cabe exigir licencia de división para dividir horizontalmente una vivienda en dos, en tanto se mantiene la unidad de la finca o parcela.

Resolución de 15-1-2010
(BOE 19-2-2010)
Registro de Mojácar

OBRA NUEVA.

No es posible que la licencia de obra se acredite mediante comunicación o traslado directo de un concejal del Ayuntamiento. Sin embargo, no hay obstáculo para la inscripción aunque los metros construidos excedan de la superficie del suelo, en tanto el técnico certifique que la obra se ajusta al proyecto.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 14-11-2009
(BOE 8-1-2010)
Registro Mercantil de Córdoba

ESTATUTOS. INTERPRETACIÓN.

Los estatutos han de ser calificados no sólo por la literalidad de los términos empleados, sino también por la evidente intención de los otorgantes, la valoración global de sus cláusulas y su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzcan efecto. Por ello se admiten las cláusulas debatidas al haberse dejado a salvo lo prevenido respecto a los socios profesionales en la ley especial.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución 3.888/2009, 20-12-2009
(DOGC 3-2-2010)
Registro de Barcelona, número 16

VIVIENDA FAMILIAR: HIPOTECA.

La obligación de manifestar que la vivienda hipotecada no constituye la vivienda habitual de la familia, no decae por el hecho de que el otro cotitular haya señalado que dicha vivienda es la de su familia. Por otro lado, el nudo propietario tampoco está exento de cumplir esta norma.

Resolución 3.883/2009, 18-12-2009
(DOGC 1-2-2010)
Registro de Pineda de Mar

SEGREGACIÓN EN DOCUMENTO JUDICIAL. TÍTULO INSCRIBIBLE: CIRCUNSTANCIAS PERSONALES.

La segregación se entiende hecha cuando se otorga el documento que la recoge. Si dicho documento es una sentencia judicial, esa circunstancia no la exime de la exigencia de licencia urbanística. Si el documento inscribible no recoge todas las circunstancias personales de las partes, en los términos prevenidos en el artículo 51 del RH, será preciso complementarlo.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA VECINDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL ARTÍCULO 14.4 DEL CÓDIGO CIVIL (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. SUPUESTO DE HECHO.—II. NORMAS DE VECINDAD CIVIL. DIFERENCIACIÓN DE LA VECINDAD ADMINISTRATIVA O LA INSCRIPCIÓN EN EL PADRÓN MUNICIPAL.—III. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 14.4 DEL CÓDIGO CIVIL, POR LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CE. RECUPERACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL CATALANA POR RESIDENCIA CONTINUADA.—IV. FRAUDE DE LEY EN EL CAMBIO DE LA VECINDAD CIVIL.—V. LA COMPETENCIA DEL JUEZ ORDINARIO PARA DECLARAR LA DEROGACIÓN DE UNA NORMA POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA.—VI. DEROGACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIDAD FAMILIAR EN LA VECINDAD CIVIL

I. INTRODUCCIÓN. SUPUESTO DE HECHO

Doña Milagrosa, junto con su esposo, su hijo y demandado don Leonardo y la esposa de éste, doña Esperanza, comparecieron ante el Juzgado de Paz de Betelu, el día 8 de enero de 1965, y manifestó que: «desde el año sesenta y dos tiene su residencia en Betelu y haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 15 del Código Civil desea ganar la vecindad navarra y para ello formula la presente declaración».

(1) Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 14 de septiembre de 2009, recurso 664/2004. Ponente: Encarna ROCA TRIAS. Número de sentencia: 588/2009. Número de Recurso: 664/2004. Jurisdicción: CIVIL. Diario «La Ley», número 7275, Sección Jurisprudencia, de 3 de noviembre de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 171920/2009.

Como vamos a ver más adelante, y así destaca el Tribunal Supremo, tal comparecencia no supuso la adquisición de la vecindad foral navarra por parte de doña Milagrosa, pues dicha declaración no fue realizada ante el encargado del Registro Civil.

Posteriormente, su esposo don José Pablo, mediante mandatario con poder especial, presentó certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Betelu, ante el señor Juez Municipal, Encargado del Registro Civil de Pamplona —oficina número 2— el 21 de noviembre de 1968. Certificación en la que se hacía constar que dicho señor residía en Betelu desde hacía más de dos años, declaración esta que sí causó la correspondiente inscripción marginal en la de nacimiento de don José Pablo, así como en la de su esposa y causante doña Milagrosa.

Así partimos del hecho declarado probado por la sentencia del TSJ de Navarra de la adquisición de la vecindad navarra por parte del esposo de la causante, en virtud, no ya de su declaración ante el Juzgado de Paz de Betelu, de fecha 8 de enero de 1965, sino de la que efectuó el 21 de noviembre de 1968 ante el señor Juez Municipal Encargado del Registro Civil de Pamplona (2).

II. NORMAS DE VECINDAD CIVIL. DIFERENCIACIÓN DE LA VECINDAD ADMINISTRATIVA O LA INSCRIPCIÓN EN EL PADRÓN MUNICIPAL

El artículo 14.5 del Código Civil dispone que: «La vecindad civil se adquiere:

- 1.º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad.
- 2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no precisan ser reiteradas».

Seguidamente, el artículo 14.6 determina que: «En caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento».

Ambos preceptos indican que la declaración de adquisición de vecindad civil debe efectuarse ante el Registro Civil o, en su caso, ante el Registro Consular u otro órgano competente, sin que puedan tener consideración de declaración de adquisición de la vecindad civil las manifestaciones contenidas en una escritura pública u otro documento público u oficial, dado que no se trata sim-

(2) El presente procedimiento se origina porque don Victorio demandó a su hermano don Leonardo, heredero de doña Milagrosa, donde pedía que: *a)* se declarase la nulidad de los testamentos otorgados por la causante desde 1967 hasta junio de 1987 y que su sucesión debía regirse por el otorgado en Barcelona en 1947; *b)* se declarase la indignidad del heredero don Leonardo; *c)* se declarase que don Leonardo era titular fiduciario de una serie de bienes que describía en la demanda, que debía restituir a la herencia, y, subsidiariamente, que se condenase a don Leonardo a abonar al demandante don Victorio la legítima que le correspondiera en la herencia de su madre doña Milagrosa, con sus correspondientes intereses, todo ello de acuerdo con el Derecho Civil catalán, aplicable según el demandante, a la sucesión de su madre. El demandado se opuso a la demanda negando que la sucesión de doña Milagrosa debiera regirse por el Derecho catalán, ya que en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código Civil, al tener doña Milagrosa la vecindad civil navarra en el momento de su fallecimiento, debía aplicarse lo establecido en el Fuero Nuevo, que debía regir su sucesión.

plemente de la exteriorización de la declaración de voluntad, sino que es precisa su constancia expresa en el Registro Civil, momento a partir del cual despliega eficacia la manifestación y se produce la adquisición de la vecindad civil.

El artículo 225 RRC establece que el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario.

El elemento determinante para la adquisición de la vecindad civil es el de la residencia, identificándose el lugar de *residencia habitual con el de domicilio civil*, según el artículo 40 del Código Civil.

Concepto distinto es el de la *vecindad administrativa o la inscripción en el padrón municipal* (3), y así lo confirma la STS de 15-11-1991, señalando que según constante doctrina jurisprudencial emanada de la Sala 1.^a del TS, el domicilio no debe confundirse con la vecindad, según la Ley municipal, y que sólo deben merecer la calificación de principios de prueba las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes»; y se reitera en la STS de 30-1-93, con cita, a su vez, de la de (8-3-1983 C-Ad), que «las vecindades administrativas no siempre coinciden con el efectivo domicilio, teniendo escasa influencia las certificaciones administrativas que derivan de los datos del padrón municipal de habitantes, siendo el lugar de residencia habitual aquel que corresponde a la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar debiendo tenerse en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad, con raíces familiares y económicas».

Así pues, en este sentido, es doctrina jurisprudencial reiterada la que señala que los simples datos del padrón de habitantes no hacen prueba plena de la residencia a efectos civiles, dado que lo único que prueba dicho Padrón, por sí solo, es la realidad de haberse hecho por el declarante y funcionario en su caso en él interviniente las manifestaciones que contiene, pero no que las mismas sean exactas.

En consecuencia, como acertadamente señaló el Magistrado Juez *a quo*, no consta en las actuaciones que doña Milagrosa emitiera declaración expresa ante el Juez Encargado del Registro Civil de Pamplona en 1968, tras los dos supuestos años de residencia en Navarra, sino que fue su esposo don José Pablo, mediante mandatario con poder especial, quien efectuó tal declaración.

Doña Milagrosa no adquirió la vecindad foral navarra por manifestación expresa y residencia continuada de dos años, sino de conformidad con el derogado artículo 14.4 del Código Civil, que imponía a la mujer casada la vecindad del marido, y dicha declaración fue suficiente para causar nota marginal en la inscripción de nacimiento de la causante.

Por tanto, si bien las sentencias del TSJ de Navarra, de 3 de marzo de 1994, y la sentencia del TSJ de Cataluña, de 13 de mayo de 1999, han señalado que la nueva vecindad adquirida por declaración expresa ante el Registro Civil, no se pierde por residencia continuada en otro territorio, sin declaración en contrario, ello debe entenderse en el supuesto de declaración expresa, lo que, como hemos dicho, no ocurre en el presente caso, en el que doña Milagrosa no adquirió la vecindad civil navarra por declaración expresa ante el Encargado del Registro Civil sino por seguir la vecindad adquirida por su esposo.

(3) Vid. SSTs de 30-10-1901, 30-4-1909, 18-5-1932, 3-6-1934, 11-10-1960, 10-11-1961.

III. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 14.4 DEL CÓDIGO CIVIL, POR LA ENTRADA EN VIGOR DE LA CE. RECUPERACIÓN DE LA VECINDAD CIVIL CATALANA POR RESIDENCIA CONTINUADA

La vinculación de la mujer casada a la vecindad civil de su esposo dejó de surtir efecto en 1978 con la entrada en vigor de la Constitución, al quedar derogado dicho precepto por ser claramente inconstitucional, y a tenor de la Disposición Derogatoria, apartado 3, a tenor del cual quedaban derogadas cuantas disposiciones se opusieran a lo establecido en la Constitución. Así pues, doña Milagros, por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, recuperó la vecindad civil catalana, en fecha 29 de diciembre de 1988.

No obstante, dice el Tribunal Supremo que aun cuando entendiéramos que dicha vinculación a la vecindad civil del esposo finalizó en fecha 20 de abril de 1986, con el fallecimiento de don José Pablo, en consecuencia, doña Milagrosa recuperó la vecindad civil catalana por residencia continuada en la ciudad de Barcelona durante más de diez años, en fecha 20 de abril de 1996, sin que tenga efecto la declaración prestada en fecha 20 de febrero de 1996, obrante al folio 3212, tomo IV, por su evidente carácter fraudulento.

IV. FRAUDE DE LEY EN EL CAMBIO DE LA VECINDAD CIVIL

Se llega a la conclusión del fraude de ley de la prueba testifical en la que hace constar como domicilio el de la calle X de Barcelona, y, finalmente, el fallecimiento de la causante en fecha 11 de enero de 1998 en la Clínica del Pilar de Barcelona, lo que acredita que doña Milagrosa tenía su residencia habitual y permanente en Barcelona, excepto tres meses al año en los que residía en Sitges.

Todo ello también demuestra que la declaración prestada en fecha 20 de febrero de 1996, cuando faltaban dos meses para que se cumplieran los diez años del fallecimiento de su esposo don José Pablo, no tuvo otra finalidad que la de acogerse a una aparente vecindad foral navarra (ley de cobertura) para eludir la aplicación de la ley sucesoria del Derecho Civil catalán (Codi de Successions) y, de esta forma, privar a su hijo y demandante don Alejandro, de su derecho a percibir el importe de la legítima que le corresponde por aplicación del artículo 355 del Codi de Successions, lo que evidentemente integra un claro supuesto de fraude de ley.

En definitiva, acreditada la recuperación de la vecindad civil catalana de la causante, su sucesión se rige por el Derecho Civil catalán, siendo por ello de aplicación el Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya, Ley 40/1991, de 30 de diciembre.

V. LA COMPETENCIA DEL JUEZ ORDINARIO PARA DECLARAR LA DEROGACIÓN DE UNA NORMA POR INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA

La sentencia objeto de análisis analizó también el primer motivo del recurso de casación que se centraba en que la inconstitucionalidad de un precepto de ley sólo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo que establece su Ley Orgánica en los artículos 2.1.a), 27, 28 y 35.

La Sala apoyó su argumento contrario a este motivo en la disposición derogatoria 3 CE que establece que: *quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución* y de acuerdo con esta disposición, los jueces no deben aplicar la ley preconstitucional cuando sea contraria a lo dispuesto en la Constitución, por haber sido derogada por ésta (4).

Está claramente admitida la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a la Constitución, lo que es una consecuencia clara de la fuerza de la propia norma derogatoria, que obliga a los jueces y tribunales del mismo modo que las otras disposiciones constitucionales y, además, de la vinculación que produce la propia Constitución que como norma suprema ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos (en un sentido muy parecido, la STS de 21 de septiembre de 1999, que declaró derogado el art. 47.2 LRC). Por tanto, el juez puede declarar la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

VI. DEROGACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIDAD FAMILIAR EN LA VECINDAD CIVIL

La derogación del denominado principio de unidad familiar en la vecindad civil, en cuya virtud la ley del marido determinaba la de la esposa y la de los hijos *in potestate*, se mantuvo hasta la reforma efectuada en 1990; sin embargo, la Ley 14/1975, de 2 de mayo, ya excluyó la comunicación a la mujer casada de la nacionalidad española que adquiría su marido (art. 21 del Código Civil, redactado por Ley 14/1975).

El artículo 14.4 del Código Civil redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, y que no fue reformado hasta la Ley 11/1990 decía: «la mujer casada seguirá la condición del marido». Se trataba por tanto, de una norma preconstitucional que contenía una flagrante lesión del derecho a la igualdad de los cónyuges, cuando establecía un trato discriminatorio entre el marido y la mujer, dado que imponía a ésta una vecindad civil, independientemente de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido la iban a afectar a ella, tanto si deseaba adquirirla como si no.

(4) Recomiendan la lectura atenta de la STC 39/2002, de 14 de febrero. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por un juez de 1.ª Instancia acerca del ajuste a la Constitución del artículo 9.2 del Código Civil, que establecía como punto de conexión para la determinación del régimen de bienes de un matrimonio con distinta nacionalidad/vecindad civil, la ley del marido en el momento de contraer matrimonio, de acuerdo con la redacción anterior a la Ley 11/1990 (redactado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, y mantenido por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre). El Tribunal Constitucional señala, con abundante cita de su propia jurisprudencia, que: «[...] cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales, este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción [...]».

La STC 39/2002, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida y derogación del artículo 9.2 del Código Civil, por ser contrario al principio de igualdad, señaló que dicha norma: «[...] representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE», entre las cuales, evidentemente, se encuentra el sexo como criterio de diferenciación jurídica, que en este supuesto se une al de la igualdad en el matrimonio.

La constatación de que el artículo 14.4 del Código Civil había quedado derogado en virtud del párrafo 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución, implica que dicha norma había dejado de aplicarse y que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, nada impedía a doña Milagrosa adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su efectiva residencia, que como consta probado, fue siempre Cataluña. Doña Milagrosa mantuvo la residencia en Cataluña durante un periodo de diez años después de la entrada en vigor de la Constitución, por lo que adquirió por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia, que según las pruebas aportadas fue Cataluña, y en consecuencia, desde diciembre de 1988 ostentó la vecindad civil catalana, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.3.1.º del Código Civil entonces vigente.

RESUMEN

VECINDAD CIVIL. PRINCIPIO DE IGUALDAD

A partir de la entrada en vigor de la CE, la mujer casada gozó de autonomía para adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia. La esposa, que en virtud del principio de unidad familiar había adquirido la vecindad civil navarra del esposo, recuperó la vecindad civil catalana por residencia continuada en Cataluña durante más de diez años después de la entrada en vigor de la Constitución. Por tanto, su sucesión se rige por el Código de Sucesiones de Cataluña.

A partir de la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código Civil, la mujer casada puede adquirir una vecindad civil distinta de la que ostentaba su marido, cumpliendo los requisitos exigidos en el Código Civil.

ABSTRACT

LEGAL RESIDENCE RULE OF EQUALITY

As of the entry in force of the Spanish Constitution, married women have been able to hold autonomous standing as the legal residents of the place where they live. A certain wife, who by virtue of the rule of family unity, shared her husband's standing as a legal resident of Navarra, recovered her own standing as a legal resident of Catalonia due to having lived continuously in Catalonia for more than ten years, after the Constitution entered in force. Therefore, succession in the case of that woman's estate would be governed by the Catalanian Succession Code.

As of the repeal of article 14.4 of the Civil Code due to supervening unconstitutionality, a married woman can hold legal residence in a place other than where her husband has his legal residence, if she complies with the requirements set in the Civil Code.

1.2. Familia

LIMITACIÓN TEMPORAL DEL DERECHO DE ALIMENTOS A FAVOR DE HIJOS MAYORES DE EDAD (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTO DE HECHO.—II. EL DERECHO DE ALIMENTOS: LA FORMACIÓN ACADÉMICA.—III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: RAZONABILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE SU FORMACIÓN COMPLETA, Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL.

I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTO DE HECHO

El tema planteado sobre *el derecho de alimentos de los hijos mayores de edad y la necesaria limitación temporal* que se está acordando por los tribunales está en íntima conexión con un problema económico-social de mayor entidad surgido en los últimos tiempos: la prolongación de la estancia de los hijos mayores de edad en el domicilio familiar, la continuación de su necesidad de vivir a expensas de sus padres y la postergación de su independencia.

La sentencia que hemos tomado como referencia recoge el supuesto de una hija de veintitrés años carente de historia laboral que ha reanudado sus estudios y sigue conviviendo con la madre en el domicilio que fue familiar.

La Audiencia estima que se considera beneficioso establecer una *limitación temporal con respecto a los alimentos de la hija mayor de edad, porque de esta forma se crea en el acreedor una motivación para conseguir un estatus económico independiente, y si el mayor de edad estima que transcurrido este tiempo se le deben seguir prestando, deberá documentar y acreditar un óptimo rendimiento para que se le pueda aplicar la referencia del artículo 142 del Código Civil.*

II. EL DERECHO DE ALIMENTOS: LA FORMACIÓN ACADÉMICA

Como es sabido, por alimentos se entiende no sólo la comida, sino todo lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida. Hay que diferenciar, según la ley, entre alimentos restringidos y alimentos amplios. Los primeros son los auxilios estrictamente necesarios para proporcionar las necesidades al nivel mínimo aceptable por la conciencia social (art. 143 CC) (2).

(1) Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, sentencia de 28 de abril de 2009, recurso 51/2009. Ponente: Paloma SANCHO MAYO. Número de sentencia: 149/2009. Número de Recurso: 51/2009. Diario «La Ley», número 7281, Sección Jurisprudencia, de 11 de noviembre de 2009, Año XXX, Editorial LA LEY. LA LEY 144053/2009.

(2) *Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente los ascendientes y descendientes.*

Los amplios consisten en la ayuda adecuada para proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida, pero no al nivel mínimo [arts. 142 (3), 146 (4) y 147 (5) CC], dentro de éstos se encuentra el referido a la formación académica sobre la que gira nuestro análisis.

El propio Código Civil en su artículo 142.2.º, concreta la importancia y la continuación del derecho de alimentos referidos a la educación e instrucción del alimentista, sobre todo sabiendo que la mayoría de edad se alcanza mucho antes de haber logrado la finalización de los estudios superiores o universitarios. Pero la letra de la ley introduce una razón «abierta» que sea la causa del porqué no se han finalizado los estudios: siempre que no le sea imputable.

Los hijos, mientras están sometidos a la patria potestad y vivan con sus padres, subvienen a sus atenciones no como deber de alimentos sino en razón de la patria potestad: deber más amplio que la aislada obligación de alimentos.

El deber de alimentos nace cuando el hijo *sale de la patria potestad* o el *matrimonio se separa*.

En relación con la prestación alimenticia cabe decir que su cuantía debe ser la adecuada para que el alimentista alcance el nivel mínimo en los alimentos restringidos y el nivel que le corresponda en los amplios. Si el alimentista carece de medios propios, el alimentante deberá facilitarle todo hasta que alcance aquellos niveles, siempre que el alimentante pueda, en caso contrario, habrá de pasar alimentos en tanto alcancen sus medios.

Además pueden darse oscilaciones de la prestación, tanto si aumentan como si disminuyen las necesidades del alimentista, como si aumentan o disminuyen las necesidades del alimentante, aumentará o descenderá correlativamente la cuantía de lo que el alimentante deba proporcionar.

El problema de todos los supuestos examinados se centra en que son los tribunales quienes fijan la continuidad y el montante de la prestación de alimentos. Estos, con su prudente arbitrio, decidirán la cantidad a que ha de ascender. Además la cuantía fijada es susceptible de revisión tantas veces como se alteren las necesidades del alimentista o las posibilidades del alimentante.

Fijación que se realiza por los Tribunales si no hay mutuo acuerdo de los interesados, tanto en su existencia y cuantía como en el límite temporal. También actuarán en el caso de haberse fijado de mutuo acuerdo y posteriormente el alimentista solicita una pensión distinta a la pactada para que se cubran sus necesidades mínimas.

La *forma* de cumplimiento de estos alimentos se realiza a través del pago de la pensión.

En cuanto a la extinción del derecho el artículo 152 señala, en tercer lugar, que *cesará* la obligación de dar alimentos... *cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejora-*

(3) Precepto que expresamente señala que: *se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

(4) *La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.*

(5) *Los alimentos, en los casos a que se refiere el anterior, se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos.*

do de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

Y también cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: RAZONABILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO DE SU FORMACIÓN COMPLETA Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1984 (6), acertadamente concretó como la extinción de la prestación derivada del derecho de alimentos no podía surgir basándose meramente en la ficción de que los alimentistas podían encontrar trabajo. El tribunal determinó que el ejercicio de una profesión-oficio debía ser *una posibilidad concreta y eficaz, según las circunstancias*, lo que no se daba en el caso de autos donde el hijo era un estudiante.

Desde esa sentencia hasta la doctrina jurisprudencial más actual ha habido un largo camino en el que siempre se ha mantenido la necesidad de continuidad en el derecho de alimentos de los hijos tras superar la mayoría de edad, cuando la situación de necesidad no es imputable a ellos. Y así se fija en el 2003, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de noviembre de 2003 (7).

Entre las causas de necesidad «no imputables a los hijos mayores de edad» se encuentra repetitivamente el supuesto de hijos que, como consecuencia de la ruptura familiar, abandonan los estudios y tras unos años deciden reanudarlos tras haber pasado por diversos trabajos temporales, mal remunerados... Es, por ejemplo, el supuesto recogido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 28 de enero de 2009 (8).

(6) TS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 5 de noviembre de 1984. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. LA LEY 53514-NS/0000. La estimación por parte del recurrente de que los demandantes se encontraban en situación de poder ejercer un oficio o profesión, razón por la cual no les era necesaria la pensión alimenticia, no puede prevalecer, porque para que cese la prestación, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva, y además, porque la *interpretación de las normas ha de hacerse, según establece el artículo 3.2 del Código Civil, atendiendo, entre otros aspectos, a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, que es precisamente lo que ha llevado a cabo el juzgador respecto a la mujer, habida cuenta de las dificultades que para encontrar trabajo se presentan hoy, y en cuanto al hijo, dada su calidad de estudiante.*

(7) Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 28 de noviembre de 2003, recurso 510/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 1135/2003. Número de Recurso: 510/1998. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 10175/2004.

El derecho de los hijos a la prestación no cesa automáticamente por el hecho de llegar a la mayoría de edad, sino que subsiste si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos.

(8) Audiencia Provincial de Teruel, sentencia de 28 de enero de 2009, recurso 216/2008. Ponente: María de los Desamparados CERDA MIRALLES. Número de sentencia: 23/2009. Número de Recurso: 216/2008. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 83651/2009. Prestación de alimentos a la hija mayor de edad que no ha completado su formación y que decide reanudarla tras haberla abandonado a los dieciséis años. Concorre en la solici-

Esta línea de hechos se sigue también en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de septiembre de 2009 (9), donde se analiza el artículo 66.1 de la Ley aragonesa 13/2006, de Derecho de la Persona. Ley que al igual que el Código Civil establece el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación siempre que el hijo no hubiera completado su formación profesional, y que no tuviera recursos propios. En el mismo sentido se halla la SAP de Zaragoza, Sección 2.^a de 18 de enero de 2000 (10).

tante el supuesto normativo que comprende, a favor del alimentista mayor de edad, el derecho a reclamar alimentos cuando no haya terminado su formación por causas que no le sean imputables. La decisión de la actora de abandonar los estudios a los dieciséis años, tomada en un marco de ruptura de la convivencia familiar, con cambio de domicilio a ciudad completamente distinta, no puede ser considerada vinculante para determinar que la menor desde dicha edad posee capacidad para sustentarse, y que ahora, en su mayoría de edad, por haber poseído en el intervalo un puesto de trabajo, debe prescindir de los alimentos en sentido amplio.

Este Tribunal considera que en la persona de la solicitante se da el supuesto de hecho de la norma contemplada en el artículo 142, que comprende a favor del alimentista mayor de edad, el derecho a reclamarlos incluyendo los de educación e instrucción cuando no haya terminado su formación por causas no imputables. Y se da este supuesto de hecho a juicio de este Tribunal, porque las decisiones de un adolescente de dieciséis años tomadas en un marco de crisis familiar no es decisión que pueda ser considerada vinculante para determinar que la menor desde dicha edad posee capacidad para sustentarse desde entonces y ahora en su mayoría de edad, por haber poseído en el intervalo un puesto de trabajo, debe de prescindir de los alimentos en sentido amplio.

(9) Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 2 de septiembre de 2009, recurso 5/2009. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Número de sentencia: 8/2009. Número de recurso: 5/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 171761/2009.

El Derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos. No obstante, el referido artículo 66.1 contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación y siempre que concorra la circunstancia indicada en el inciso final de la regla: que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. Y el supuesto de hecho allí previsto es, en efecto, que dicho hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos. El precepto pretende así dar respuesta a los problemas que en la práctica plantea la situación de los hijos ya mayores de edad, pero que carecen de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla.

Por tanto, *la obligación de alimentos que la sentencia dictada en el proceso de separación impuso al padre, aun cuando no se extinga automáticamente por el hecho de haber alcanzado la hija la mayoría de edad, no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino sólo en tanto concurren las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación.*

(10) Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, sentencia de 18 de enero de 2000, recurso 713/1999. Ponente: Luis FERNÁNDEZ ALVAREZ. Número de sentencia: 14/2000. Número de recurso: 713/1999. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 17064/2000. *Los progenitores tienen el deber de ayudar económicamente a sus hijos, aunque lleguen a la mayoría de edad, en tanto no alcancen la posibilidad de proveer por sí mismos sus necesidades, entendida no como una mera capacidad subjetiva de ejercer una profesión u oficio, sino como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes; por lo que se refiere al caso aquí enjuiciado resulta que la hija común ya ha iniciado su vida laboral, si bien mediante contratos temporales y a tiempo parcial, a la vez que sigue con sus estudios, que finalizará el presente año; en tales circunstancias, si tenemos en cuenta*

En resumen, tienen que cumplirse dos directrices importantes para que se dé la continuidad en la prestación: por un lado, que haya cierta razonabilidad en el cumplimiento de la formación completa del hijo mayor de edad, el cual al ir adquiriendo experiencia laboral en el mercado haga aumentar sus expectativas reales de acceso a un empleo.

Por otro lado, la limitación temporal se centra en impedir el favorecimiento de una situación vital pasiva que puede devenir —utilizando una expresión del Tribunal Supremo— en un «parasitismo social».

RESUMEN

ABSTRACT

*ALIMENTOS
LIMITACIÓN TEMPORAL*

*CHILD SUPPORT
TIME RESTRICTION*

Concesión y mantenimiento de la pensión con una limitación temporal a un máximo de un año a favor de hija mayor de edad y a cargo del padre como última posibilidad de que logre una formación académica que le permita acceder al mercado de trabajo. La obligación de prestar alimentos del padre en contra de su voluntad no puede prorrogarse indefinidamente en aquellos supuestos en los que los hijos no tengan ninguna deficiencia que les impida alcanzar su propia autonomía en un tiempo razonable.

Granting and maintenance of child support restricted to a maximum of one year, for a daughter who is of full legal age, payable by her father, as her last possibility of gaining the education needed to enter the job market. A parent's obligation to pay support against his or her will cannot be extended indefinitely in cases where the children have no deficiencies preventing them from achieving autonomy in a reasonable time period.

su edad (veinticinco años), que trabaja a tiempo parcial, dado que continúa con sus estudios (los concluirá este año), que al ir adquiriendo experiencia laboral aumentan las posibilidades de acceso a un empleo, así como el tiempo que normalmente se tarda en obtener unos ingresos anuales que permitan atender a las propias necesidades, *parece adecuado mantener la situación actual, tal como entiende el Juzgador de instancia, si bien poniendo un tope temporal a la prestación alimenticia*, en la forma que se dirá en la parte dispositiva de la presente resolución, y ello sin perjuicio del denominado límite temporal de la cosa juzgada.

1.3. Derechos reales

LA CONSOLIDACIÓN DE DERECHOS, Y SU REFLEJO REGISTRAL

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

SUMARIO: I. CONSOLIDACIÓN DE DERECHOS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS MISMOS.—II. LA CONSOLIDACIÓN Y LA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA CONSECUENTE CON LA EXTINCIÓN DEL DERECHO INSCRITO.—III. FORMA EN QUE DEBE PRACTICARSE LA CANCELACIÓN.

I. CONSOLIDACIÓN DE DERECHOS COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS MISMOS

Los derechos reales se extinguen, entre muchas otras causas, por consolidación. Existe consolidación de derechos cuando confluyen en un mismo sujeto la titularidad dominical sobre una finca y la de los derechos reales que recaen sobre ella. DE LA RICA Y ARENAL lo define como: «aquella figura jurídica nacida de la refundición o consolidación de la titularidad de los derechos reales desmembrados y la del dominio a que afectan» (1). De forma general, se podría explicar diciendo que se trata de la confluencia en una sola persona de dos titularidades opuestas, pero complementarias, que al unirse se funden en una nueva, extinguiéndose las anteriores. Las relaciones jurídico-reales se extinguirán, consecuentemente, cuando el propietario de una finca adquiera los derechos reales que recaigan sobre la misma, o viceversa, cuando los titulares de los derechos reales que gravan una finca devengan propietarios de ésta. También puede existir la consolidación entre dos derechos reales limitados, por ejemplo, entre el usufructo y una servidumbre.

La justificación de esta figura como causa de extinción de los derechos reales se encuentra en el aforismo *nemine res sua servit*, en el sentido de que nadie puede gravar su propia cosa con un derecho real a su favor por el contrasentido que supone. El derecho real que limita el dominio de la cosa deja de tener sentido al reunirse en la persona del propietario, ya que, entonces, se convierte en pleno dominio incluyendo, por lo tanto, la facultad correspondiente al derecho real que se consolida.

La consolidación de derechos reales, como causa de extinción de los mismos, tiene su paralelismo en la confusión de las obligaciones. Las obligaciones personales también se extinguen cuando coinciden en el mismo sujeto las características de acreedor y deudor, tal y como expresa el artículo 1.192 del Código Civil.

(1) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., «La confusión de derechos en el ámbito registral», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, tomo I, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pág. 573.

Que la consolidación de derechos es causa de extinción de aquellos, no ofrece duda, pues así lo dispone el Código Civil en diversos artículos. En este sentido, el artículo 513.3 declara que el usufructo se extingue por concurrir usufructo y propiedad en una misma persona. El artículo 546.1 dice que las servidumbres se extinguen por reunirse en el mismo sujeto la propiedad del predio dominante y la del sirviente. En cuanto al derecho de uso y habitación, el artículo 528 del Código Civil afirma que les son aplicables las normas establecidas para el usufructo, por lo tanto, también las relativas a su extinción por consolidación. En cuanto a los censos, hipoteca y prenda, la Ley no dice nada específico sobre su extinción por consolidación, pero, como apunta DIEZ PICAZO, la doctrina lo acepta unánimemente. Además, en el caso de la hipoteca y la prenda, como son derechos reales de garantía accesorios de la obligación en virtud de cuya seguridad se constituyen, el hecho de que la obligación se extinga por confusión del deudor y acreedor en la misma persona, hace que se extinga también el derecho real accesorio. Se trataría de un supuesto de extinción de derechos reales por extinción de la obligación garantizada por confusión, recogida en el artículo 1.192 del Código Civil. Asimismo, la prohibición de que el acreedor se apropie de la cosa hipotecada o pignorada (art. 1.859 CC), hace incompatible la reunión en un sujeto de las posiciones de acreedor hipotecario o pignoraticio con la de dueño de la cosa dada en garantía. Precisamente, se prohíbe porque esa situación da lugar a la consolidación de los derechos reales con el dominio, y por lo tanto a su extinción.

Al ser la consolidación causa de la extinción de derechos reales, esta extinción debe reflejarse en el Registro de la Propiedad a través de la cancelación del asiento que contiene dicho derecho.

La jurisprudencia ha insistido en que sólo cuando se ha producido una verdadera confusión, con la correspondiente extinción del derecho, es cuando procede practicar la cancelación. De este modo, no puede cancelarse un asiento por consolidación de derechos cuando, por ejemplo, en un caso de venta de finca hipotecada con pacto de retro, el acreedor hipotecario adquiera la finca hipotecada, si el deudor vendedor se ha reservado la facultad de ejercitar esa retroventa en un plazo de dos años (Resolución de 29 de octubre de 1912). No hay confusión de derechos porque el acreedor no adquiere el dominio pleno, sino éste sujeto a condición, y por lo tanto, no puede extinguirse por confusión el derecho hipotecario hasta transcurrido el plazo para ejercitar la retroventa, momento en el que, si el deudor-vendedor no ejercitó tal facultad, el dominio del acreedor sí que se consolidará con su derecho hipotecario. Tampoco existe confusión de derechos ni, por lo tanto, cancelación, en el caso de la Resolución de 14 de septiembre de 1927, en el que el acreedor subhipotecario adquiere la finca hipotecada, ya que él tiene un derecho real sobre el derecho de hipoteca, no sobre el dominio de la finca. En la subhipoteca están garantizadas dos obligaciones distintas, y hasta que el acreedor subhipotecario no adquiriera el derecho de hipoteca no se produciría la confusión. La Resolución de 7 de noviembre de 1906 resuelve no cancelar parcialmente un censo, por no haberse extinguido por confusión, cuando el propietario de parte de una finca gravada con el censo adquiera el censo que recae sobre la misma, pasando a ser censalista y censatario al mismo tiempo. No existe confusión porque sería necesario para la misma que todos los propietarios de la finca hubieran adquirido el censo, y no solamente un titular, sin haberse fijado la porción o cuantía de la que esa parte de la finca responda. En último lugar, la Resolución de 11 de julio de 1988 confirma que tampoco puede cancelarse por con-

fusión de derechos una anotación preventiva que recae sobre el usufructo de una finca, cuando es anterior a otra que da lugar a la enajenación forzosa del usufructo, aunque en la subasta sea adquirido dicho usufructo por los nudos propietarios. El usufructo al reunirse con la nuda propiedad se extingue claramente por consolidación; pero no así la anotación preventiva anterior que dio lugar a la ejecución, recayente sobre dicho usufructo extinguido, precisamente, por ser una carga anterior que no procede cancelar. La DGRN trata de delimitar el concepto de confusión o consolidación a través de estas Resoluciones, procurando su correcta aplicación para evitar que, ante cualquier supuesto semejante a la confusión, se extraigan consecuencias no adecuadas en cuanto a la extinción del derecho y su automática cancelación.

II. LA CONSOLIDACIÓN Y LA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA CONSECUENTE CON LA EXTINCIÓN DEL DERECHO INSCRITO

No cabe duda de que, si hay consolidación, los derechos intervinientes se extinguen por disposición de la Ley, de manera automática y *ope legis* para el Derecho Civil; entonces, si están inscritos en el Registro, lo que procede hacer es, siguiendo el artículo 82.2 LH, cancelarlos de manera automática. Esto es así porque al haberse extinguido esos derechos automáticamente en el Derecho Civil, su no-cancelación posterior puede originar anomalías en la publicidad registral; lo cual hace necesario su cancelación directa para poner de acuerdo Registro y realidad.

En efecto, el artículo 82.2 LH dice que se cancelarán sin los requisitos establecidos en el apartado 1.º del artículo —escritura pública con el consentimiento del titular registral o sentencia que no se halle pendiente de recurso de casación—, las inscripciones o anotaciones cuyo derecho inscrito o anotado se haya extinguido por declaración de la Ley. Este artículo recoge la cancelación automática, excepción a la forma general de practicar una cancelación, ya que en ella no se exige el consentimiento del titular registral ni la sentencia correspondiente, y no son necesarios porque la extinción del derecho es tan clara que el asiento que lo contiene debe cancelarse directamente.

Tradicionalmente y de manera mayoritaria, la doctrina ha considerado procedente cancelar de manera automática un asiento cuando el derecho inscrito se ha extinguido por consolidación. La consolidación de derechos es un supuesto de cancelación automática que debería estar incluida en los casos descritos por el artículo 175 RH (2).

La DGRN además de matizar cuándo existe realmente confusión de derechos, se pronuncia a favor de la confusión como presupuesto de la cancelación automática en numerosas ocasiones. Sirvan de ejemplo las siguientes Resoluciones: Resolución de 19 de julio de 1893, 14 de diciembre de 1899 y 19 de enero de 1914 (3).

(2) El artículo 175 RH recoge una relación, no exhaustiva, de los casos en que debe practicarse una cancelación automática sin consentimiento del titular registral o resolución judicial.

(3) Resolución de 19 de julio de 1893: afirma que es procedente cancelar una hipoteca extinguida por confusión, sin el consentimiento del titular o sus causahabientes. Resolución de 14 de diciembre de 1899: en el supuesto de que una persona adquiera el derecho de hipoteca, como heredero del acreedor hipotecario, «es indudable que,

Sin embargo, en contra de lo manifestado hasta ahora, DE LA RICA Y ARENAL (4), si bien comienza diciendo que la cancelación por confusión de derechos debería ser un supuesto de cancelación automática, enseguida introduce una serie de supuestos de aparente confusión o consolidación de derechos en los que duda sobre la aplicación de la cancelación automática, precisamente, porque no es clara o conveniente la extinción del derecho. Se trata, por ejemplo, del caso del dueño de un predio sirviente gravado con una servidumbre que adquiere la propiedad del predio dominante. Debería producirse la extinción de la misma por reunirse en el mismo titular el dominio de ambos predios. Pero puede ocurrir que el dueño del predio sirviente que adquiere el otro (o viceversa) no quiera extinguir esa servidumbre, por ejemplo, para no disminuir el valor de la finca dominante, o porque se trata de una situación transitoria, ya que enseguida se venderá una u otra finca, restableciéndose la anterior situación de servidumbre entre ambas. Existen también supuestos relativos a la hipoteca en los que, aunque coincidan en la misma persona el dominio de la finca hipotecada y la hipoteca, subsista la hipoteca, dando lugar a casos parecidos a los de hipoteca de propietario. Entre ellos, DE LA RICA Y ARENAL, siguiendo a ROCA SASTRE, destaca la hipoteca en garantía de títulos al portador cuando los títulos son adquiridos por el propietario de la finca hipotecada, entonces, se extingue la parte del crédito que representan, pero queda subsistente la hipoteca en cuanto al resto, que revive si pasan a manos de otra persona. Asimismo, cuando el acreedor hipotecario adquiera la finca por herencia a beneficio de inventario, coinciden propietario de la finca hipotecada y titular de la hipoteca, pero no se produce confusión. De igual modo, en los casos que el Estado al recibir por herencia intestada devenga titular de determinados derechos, debiendo producirse la confusión de alguno de ellos, no se produce la confusión o consolidación ni la correspondiente extinción porque acepta siempre la herencia a beneficio de inventario.

Al examinar todos estos casos, DE LA RICA Y ARENAL se plantea la inoportunidad de cancelar automáticamente estos derechos ya que, como se ha visto, aunque aparentemente se pueda producir una consolidación de derechos, su extinción no está tan clara ni es consecuente. Al no producirse una verdadera consolidación de derechos, ni su extinción, hay que plantearse si sería de justicia que, ante esa aparente situación, se produjese automáticamente la cancelación del asiento que los contiene con las consecuencias que eso conllevaría. En palabras de DE LA RICA Y ARENAL (5): «sería fuerte que el Regis-

teniendo adquirida también la finca hipotecada, ha quedado extinguida la hipoteca por confusión de derechos en una misma persona, y debe cancelarse con arreglo a lo dispuesto en el número 2 del artículo 79 de la Ley Hipotecaria, según ha declarado este Centro en la Resolución de 19 de julio de 1893», y como ya se ha dicho, en la citada resolución se permite la cancelación sin el consentimiento del titular registral. Resolución de 19 de enero de 1914: cuando se adjudica la finca hipotecada al acreedor hipotecario, la hipoteca se extingue por confusión, por Ministerio de la ley, y la cancelación que corresponde puede hacerse, entonces, de forma directa y automática sin necesidad de otorgar escritura pública de cancelación, ni de practicar un asiento específico.

(4) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., «La confusión de derechos en el ámbito registral», *ob. cit.*, págs. 582, 583, 597 y 598. Asimismo, en *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo II, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, págs. 347, 348, 349 y 350.

(5) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., «Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal», *ob. cit.*, pág. 350.

trador procediese *ex officio* a cancelar derechos reales inscritos, aunque por ministerio de la Ley deban reputarse extinguidos por confusión». DE LA RICA considera que en estos casos la cancelación automática no es el procedimiento adecuado para llevar a cabo la cancelación. El simple hecho de coincidir en el mismo sujeto la titularidad de dominio de la cosa y del derecho real impuesto sobre la misma no puede, por sí sólo, ser determinante de una cancelación. El dejar en manos del Registrador la cancelación por una aparente consolidación de derechos, no sería conveniente si esos derechos subsisten y no se han extinguido realmente. Por eso, cree acertado que la cancelación en los supuestos descritos debe hacerse, no de manera automática, sino con un requisito más: la solicitud por parte del interesado al Registrador, tal y como contempla el artículo 190 RH, introducido en el RH de 1947. De esta forma, se salva el problema que se ocasionaría con una cancelación directa y automática cuando no debiera proceder, ya que, al solicitarla el interesado —la persona que tiene verdadero interés en que se cancele por haberse extinguido realmente el derecho—, se asegura que la confusión de derechos se ha producido realmente.

En efecto, el artículo 190 RH exige la solicitud del interesado para cancelar los asientos cuyos derechos se han extinguido por consolidación, y estoy de acuerdo con DE LA RICA en que esta medida ayuda a solucionar los conflictos anteriormente descritos. Pero, el hecho de que la cancelación deba ser rogada, no quiere decir que no se pueda incluir dentro de las llamadas cancelaciones automáticas. La cancelación automática descrita en el artículo 82.2 LH, se caracteriza por practicarse sin el consentimiento del titular registral del derecho que se cancela y sin necesidad de resolución judicial, y en el caso definido por el artículo 190 RH, no se exige ninguno de estos requisitos. Si cancelación automática del 82.2 LH es la que se produce sin consentimiento del titular registral, ésta lo es. Ya que la pide «el interesado», que generalmente será el nuevo titular de los derechos consolidados, y no el titular registral del derecho que se cancela, cuya voluntad no interviene por haberse extinguido el derecho por disposición de la Ley. Por lo tanto, se trata de una cancelación sin consentimiento del titular inscrito, pero pedida a instancia de un interesado en la misma. La cancelación por consolidación o confusión es automática, es decir, sin consentimiento del titular registral, pero lo que no es, es una cancelación practicada de oficio por el Registrador.

Pero, además, y como ya hemos dicho, hay otros supuestos de consolidación de derechos que provocan una cancelación que además de automática, será de oficio por el Registrador, cuando no sea necesaria la solicitud del interesado. Es el caso del artículo 353 RH: cuando se solicite la certificación de cargas de una finca, y el Registrador observe que esas cargas se han extinguido por consolidación, cancelará directamente los asientos que las contienen. Por lo tanto, automatismo de la cancelación por consolidación aunque con la solicitud del interesado, por regla general; y además, cancelación automática y de oficio por parte del Registrador, cuando no exista tal solicitud, pero se pida una certificación de cargas, en virtud del artículo 353 RH.

III. FORMA EN QUE DEBE PRACTICARSE LA CANCELACIÓN

El artículo 190 RH dice: «cuando un derecho inscrito se haya extinguido por confusión de derechos, no será necesario un asiento especial de cance-

lación, y bastará que el Registrador, a solicitud del interesado, practique la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión, extendiendo la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción cancelada. Si la cancelación no se hubiere efectuado de la forma autorizada en el párrafo anterior, se practicará por otro asiento posterior a solicitud de cualquier interesado».

La forma en que debe hacerse esta cancelación queda clara tras la lectura de este artículo: la cancelación debe hacerse en la misma inscripción en que se manifiesta la adquisición que produce la consolidación de derechos pero, eso sí, de forma expresa. No se practica mediante un asiento de cancelación específico, sino que habrá que añadir una nota al margen expresiva de la cancelación. Para que se practique la cancelación de este modo bastará la solicitud del interesado y la presentación del título de adquisición de derechos que justifique su consolidación. Sólo si no se hace así, se extenderá el correspondiente asiento cancelatorio, a solicitud de cualquier interesado. «Cualquier interesado» es, precisamente, cualquiera que tenga interés en la cancelación, a diferencia del «interesado» del primer párrafo del artículo 190 RH, que será, como explica DE LA RICA Y ARENAL (6), el titular en cuyo patrimonio se produzca la confusión de derechos.

Se puede comprobar que la cancelación no se lleva a cabo mediante un asiento de cancelación propiamente dicho, sino a través de una nota marginal. Es una nota que tiene la misma función que un asiento de cancelación, y que equivale al mismo.

La jurisprudencia registral es más dispar a la hora de manifestarse en cuanto a la forma adecuada para practicar la cancelación debida a la consolidación en el Registro de la Propiedad.

En una primera etapa, las Resoluciones de la DGRN, basándose únicamente en el artículo 79.3 LH, se preocupan más por que quede sin efecto el derecho extinguido por la confusión que por cómo llevar a cabo la cancelación. En este sentido, la Resolución de 19 de enero de 1914 dice: «que en caso de adjudicación al acreedor de la finca hipotecada, se extingue la hipoteca por ministerio de la ley, y puede hacerse constar en el Registro tal extinción sin necesidad de otorgar escritura cancelatoria ni de extender inscripción especial de cancelación». Igualmente, se practican cancelaciones mediante la misma inscripción de adquisición de derechos que produce la consolidación (v.gr., Resoluciones de 4 de octubre de 1869, 31 de marzo de 1879, 19 de enero de 1974), otras mediante nota marginal de referencia (Resolución de 28 de mayo de 1889), y otras con un asiento específico de cancelación.

Tras la entrada en vigor del artículo 190 RH, se unifican los criterios sobre la forma adecuada para plasmar una cancelación por confusión de derechos: la cancelación debe constar de forma expresa en la nueva inscripción de adquisición que origina la confusión y se practicará una nota al margen de la misma, expresiva de tal cancelación. Por otro lado, a partir del nuevo Reglamento Hipotecario, se exige, también, la necesidad de la rogación por parte del interesado en la cancelación por confusión. Esta exigencia de solicitud por parte del interesado se empezó a notar antes de la entrada en vigor del RH de 1947, y lo confirma plenamente la Resolución de 19 de noviembre de 1947: en la que, aunque no se requiere documento expreso para la cancelación, sí

(6) Cfr. DE LA RICA Y ARENAL, R., «Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal», *ob. cit.*, pág. 351.

que insiste en la necesidad de la solicitud del interesado, que no contradice el carácter automático de la cancelación (7).

En resumen, la consolidación de derechos produce una extinción automática de los mismos, *ope legis*; y por lo tanto, si estuvieran inscritos, esa extinción debe tener un reflejo registral consecuente, es decir, una cancelación también automática, aunque nada obsta a que sea solicitada de parte. Esta peculiar cancelación no requiere un asiento de cancelación propiamente dicho, sino que se lleva a cabo a través de una nota marginal. Todo ello es consecuencia de la peculiaridad del presupuesto: la extinción automática de los derechos por la Ley, que exige menos formalidades, que la cancelación negocial con el consentimiento del titular.

RESUMEN

CONSOLIDACIÓN CANCELACIÓN

En estas líneas se estudia la consolidación de derechos inscritos como causa de cancelación registral. En concreto, se analiza la consolidación de derechos como causa de extinción de los derechos reales, y por lo tanto como presupuesto de cancelación registral. Se aborda el problema de si dicha cancelación es un supuesto de cancelación automática del artículo 82.2 LH, y si esto es compatible con la solicitud a instancia de parte de la misma. Por último se examina la forma adecuada en que debe practicarse dicha cancelación y cuál es el asiento que corresponde practicar para reflejarla.

ABSTRACT

CONSOLIDATION CANCELLATION

This paper is a study of the consolidation of registered rights as a cause of cancellation of registration. Specifically, it analyses the consolidation of rights as the cause of the annulment of real rights and therefore as grounds for cancellation of registration. The paper addresses the problem of whether such cancellation is a case of automatic cancellation under article 82.2 of the Mortgage Act and whether this is compatible with the request filed by an interested party. Lastly, the paper examines the correct way of performing such a cancellation and the proper sort of entry to be made to reflect the cancellation.

(7) Véase la Resolución de 19 de noviembre de 1947, que establece que al reunirse en la misma persona los conceptos de acreedor y de dueño de las fincas gravadas con hipoteca, ésta debe cancelarse en el Registro, puesto que se ha extinguido por confusión. Para llevar a cabo tal cancelación por confusión, aunque sea automática, debe solicitarse la misma al Registrador, ya que «considerando que con la petición de cancelación no se desconocen ni se niegan los efectos civiles extintivos de la confusión de derechos, sino que, en concordancia con el principio de rogación, se requiere una manifestación de voluntad que ponga en marcha el mecanismo registral, del mismo modo que para los casos de cancelación por extinción de derechos inscritos determinaba el artículo 149 del precedente Reglamento Hipotecario y preceptúa el 173 del vigente, desarrollando el artículo 79 de la Ley Hipotecaria, en el cual se detallan los casos en que la cancelación total de inscripciones o anotaciones preventivas podrá pedirse o deberá ordenarse».

1.4. Sucesiones

APUNTES SOBRE LOS ELEMENTOS REALES DEL FENÓMENO SUCESORIO: EL SUPUESTO DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS COMO DERECHOS SUSCEPTIBLES DE SER TRANSMITIDOS POR TESTAMENTO Y SU REVOCACIÓN E INTERPRETACIÓN

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE EL ÁMBITO DEL FENÓMENO SUCESORIO Y EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO: 1. LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLE E INTRANSMISIBLES. 2. TÍTULOS NOBILIARIOS Y SUCESIÓN HEREDITARIA: LA PERVIVENCIA DE ESTOS DERECHOS COMO TÍTULOS QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO.—II. EL CONTENIDO PATRIMONIAL Y NO PATRIMONIAL DEL TESTAMENTO Y SU REVOCACIÓN EN EL ÁMBITO TESTAMENTARIO: 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA PÉRDIDA DE EFECTOS DEL TESTAMENTO POR SU REVOCACIÓN. 2. LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN DEL SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO Y SUS CONDICIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ: LA FALTA DE EFECTOS DE LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA QUE CONTENÍA DICHA DESIGNACIÓN AL HABERSE OTORGADO EL REAL DECRETO DE CONCESIÓN CON POSTERIORIDAD. 3. LA DESIGNACIÓN DEL SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO PROVOCA EFECTOS NOVATORIOS EN LA CONCESIÓN PRIMITIVA Y EXCLUYE A LOS PARIENTES DEL PRIMITIVO CONCESIONARIO: LA NOVACIÓN DEL ORDEN REGULAR DE SUCESIÓN. 4. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR EN LOS CASOS DE REVOCACIÓN.—III. NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS: LA LEY 33/2006 SOBRE IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA VIGENCIA DE LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN DE SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO Y LOS EFECTOS NOVATORIOS DE DICHA DESIGNACIÓN.

- I. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE EL ÁMBITO DEL FENÓMENO SUCESORIO Y EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO
1. LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES

Como hemos apuntado, uno de los modos de abordar el fenómeno de la herencia consiste en descomponer en tres sus elementos constitutivos. De este modo, si el denominado elemento personal afecta al causante o al sucesor, los elementos formales atañen al título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia y, por fin, el denominado elemento real, o visión estática de

la herencia, está constituido por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados (1).

En el Derecho común, dos son los preceptos básicos del Código sobre el denominado aspecto estático o contenido de la herencia y la propia transmisibilidad de derechos y obligaciones del causante. Se trata, de una parte, del artículo 657, que concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte», y el 661, por cuanto afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

El preciso contenido y exacto alcance jurídico de ambos preceptos ha sido largamente debatido por la mejor doctrina y la jurisprudencia, por lo que corresponde ahora ventilar aquellos casos controvertidos en que el Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades que rodean a su transmisibilidad. En este sentido, destaca la señera sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles e intransmisibles. En especial apunta a las singularidades que ostentan ciertos derechos de carácter público que se sustraen del régimen jurídico ordinario por lo que, independientemente de su condición de personalísimos o no, podrán ser objeto de sucesión. Adicionalmente reitera la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico, toda vez que la ausencia de normas concretas será suplida por la aplicación de las reglas de la interpretación e integración testamentarias (2).

Declara en sus considerandos «que si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código Civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y a las declaraciones legales y convencionales que le afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular —*ossibus inhaerent*—, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona; siendo significativo el hecho de que ni en el concepto ni en la enumeración de derechos intransmisibles esté comprendido el de impugnación de negocios jurídicos que lesionen la legítima, por lo que, a falta de razón

(1) En la materia sigo especialmente la doctrina sentada por mi maestro, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, en sus siempre actualizados *Principios de Derecho Civil*, así como la obra de los Profesores LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil*, y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones*, de ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

(2) Sobre las lagunas de la ley y del ordenamiento, vid., MORETÓN SANZ, «El régimen registral de la tutela preventiva», en *RFDUNED*, 2, 2007, y la bibliografía allí citada.

suficiente en contrario habrá de ser catalogado dentro de la norma general indicada» (3).

Refrenda dicha línea jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1981, reiterando con la anterior que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones, y si bien es cierto que *ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los intuitu personae o personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las cualidades que le son propias* —los en general denominados o calificados de personalísimos— como parentesco, confianza y otras, que por Ley o convencionalmente acompañan a la persona durante su vida; y como el que se está contemplando en autos no cabe asimilarse a ninguno, en los que se da dichas circunstancias, es más, desvirtúa dicho posible carácter el que la cosa sea transmitida a determinada persona, que lo ha de ser con todos los derechos que le sean inherentes, de los que no puede ser excepción el retracto, si la acción para ejercitarlo había nacido por haber sido enajenada a un extraño por un copropietario de la misma cuando se transmite al que sea el sucesor a título hereditario, teniendo este carácter, en aquel momento, el causante de la sucesión».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de julio de 1983, advierte que «la norma contenida en el artículo 661 del Código Civil, del que se deduce en consonancia con el testamento que los demandantes sucedieron a su padre y esposo por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y al artículo 659 del mismo Cuerpo legal, que integra en la herencia “todos los bienes, derechos y obligaciones” que no se extingan con la muerte de su titular, y *aparece como lógica consecuencia, que, como se deduce de la sentencia de esta Sala, de 12 de mayo de 1959, las obligaciones y los derechos nacidos de vínculos contractuales, salvo los supuestos de ser personalísimos o de prohibirlo el pacto o la Ley —no concurrentes en el caso ahora contemplado— se transmiten a los herederos de los contratantes*, pudiendo, por lo tanto, ejercitarlas en juicio, no sólo de forma conjunta por todos los herederos, como ocurrió en la litis de que dimana este recurso, sino también cualquier heredero en provecho de la herencia (STS de 26 de junio de 1948)» (4).

(3) Vid., también la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 1940, destacada por mi maestro, por cuanto concreta que la declaración hecha por el causante de morir intestado constituye una declaración que no puede considerarse otorgamiento estricto de testamento (*op. cit.*, pág. 53).

(4) En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de diciembre de 1998, reitera la línea jurisprudencial al decir: «El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet; nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte, y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo Cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria

Más próxima en el tiempo es la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 1994, que aprecia que: «si, en términos generales, se puede cuestionar o discutir si un derecho de arrendamiento sobre cosas, como es la locación de inmuebles, por propio carácter no es incluíble entre los derechos transmisibles *mortis causa* del arrendatario, en mor al artículo 659 del Código Civil, pues por su naturaleza personal, se extingue con su muerte, pese al juego, en nuestro Derecho Positivo de los artículos 1.112 y 1.257 del Código Civil (lo que pugna con la norma, de cierta analogía del art. 518.1 sobre extinción del usufructo por la muerte del usufructuario), el asunto se torna en una verdad indiscutible, *en pos de la no transmisibilidad, cuando se trata de ese arriendo de privilegio como el de autos que, tanto en su complejo ordenador, como en su misma existencia, y, sobre todo, en la atribución de ese singular derecho de acceso a la propiedad del bien arrendado, está configurado, en su estricta dimensión intuitu personae*, es decir, que existe y opera y, como tal, en su caso, posibilita la conversión en su maximalismo patrimonial de propietario cuando persiste ese arrendatario, esto es, mientras vive el mismo, de tal suerte que con su muerte desaparece el sustrato de subjetividad en contemplación del cual (y al socaire de una, en ocasiones, singular política proteccionista de los colonos, que desvirtúa el cabal sentido de toda locación al otorgar esa conversión en el derecho real pleno), está aquel derecho estructurado, salvo los efectos que de esa legislación especial se puedan derivar a favor de los continuadores del fallecido» (5).

2. TÍTULOS NOBILIARIOS Y SUCESIÓN HEREDITARIA: LA PERVIVENCIA DE ESTOS DERECHOS COMO TÍTULOS QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO

De lo dicho se sigue que, en principio y en defecto de norma específica que resuelva la concreta transmisibilidad de un bien o un derecho, se recurrirá a las reglas de interpretación (6), siendo la regla general la intransmisibilidad de los que sean personalísimos, así como la transmisibilidad de obligaciones y derechos nacidos de vínculos contractuales (7).

puede hacer el propio testador conforme al artículo 1.056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de «la partición de sus bienes», sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia».

(5) Sucesivas Resoluciones ratifican esta visión, concretándose cada supuesto discutido; así también la STS de 7 de mayo de 2007, sobre la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho a la subrogación prevista en la LAU.

(6) En materia de interpretación testamentaria, vid., VIVAS TESÓN, «La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2004 (RJ 2004/1027)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 2004, págs. 335-346, y SAN SEGUNDO MANUEL, «Interpretación del testamento: intención y voluntad del testador», en *RCDI*, 715, págs. 2651 a 2654.

(7) En cuanto a la posibilidad de atribuir por negocios *inter vivos* derechos y bienes para el momento de la muerte de forma distinta a los negocios *mortis causa*, ALBIEZ DOHRMANN sostiene que la limitación a la revocabilidad de la donación sucesoria impide considerarla como figura singular, así afirma que «la donación es, en principio, un negocio que necesariamente ha de ser dispositivo (arts. 609 y 618). Rige la prohibición de bienes futuros cuando tienen la consideración de bienes sucesorios (art. 635) y

En este sentido, no opera el fenómeno sucesorio en ciertas materias, destacando ROCA SASTRE entre estos supuestos, tanto el propio cadáver (8), como la propiedad funeraria, y por lo que a estas líneas interesa, «los títulos nobiliarios, pues su sucesión se rige por normas especiales en las que impera el *ius sanguinis* y, a veces el *ius matrimonii*» (9), ratificando esta visión LACRUZ BERDEJO, que incluye estos títulos nobiliarios entre los derechos que no pertenecen a la herencia al tratarse de uno de los supuestos de «derechos del causante que siguen existiendo en el momento de fallecer éste, pero que tiene vida propia y no forman parte del caudal relicto» (10).

II. EL CONTENIDO PATRIMONIAL Y NO PATRIMONIAL DEL TESTAMENTO Y SU REVOCACIÓN EN EL ÁMBITO TESTAMENTARIO

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA PÉRDIDA DE EFECTOS DEL TESTAMENTO POR SU REVOCACIÓN

En el Derecho Común (11), los artículos que el Código Civil destina a regular la revocación del testamento se encuentran en la Sección décima del Capítulo primero del Título III del Libro III. En particular son los artículos 737 a 740 los que se ocupan del régimen general de la revocación (12), para consagrar los preceptos inmediatamente posteriores, las especialidades de la irrevocabilidad del reconocimiento de un hijo o las que envuelven al supuesto de la revocación del testamento cerrado, concluyendo esta sección el artículo 743 sobre la caducidad e ineficacia parcial o total (13).

su revocación sólo está prevista en determinados casos (art. 644 y sigs.). Por lo tanto, es imposible que pueda darse la donación *mortis causa* como contrato autónomo, impidiéndolo por lo demás, expresamente el artículo 620 del Ce» (*Negocios atributivos post mortem*, Madrid, 1998, pág. 40, nota 24).

(8) Sobre estos aspectos, vid., MORETÓN SANZ, *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid, 2008, pág. 46, nota 26, y las sentencias de las Audiencias allí citadas.

(9) *Op. cit.*, pág. 41.

(10) *Op. cit.*, pág. 41.

(11) Múltiples son las cuestiones destacables en materia sucesoria foral, vid., al respecto y entre otras, MERINO HERNÁNDEZ, «Revocación *post mortem* del testamento mancomunado aragonés y de hermandad navarro», en *RCDI*, págs. 47 a 73; más recientemente el Libro IV del *Codi Civil de Catalunya* o sobre el Derecho Civil mallorquín, MUNAR BERNAT, *La reserva viudal*, Madrid, 2009.

(12) El tenor literal de estos preceptos dice: Artículo 737. Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales. Artículo 738. El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar. Artículo 739. El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte. Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero. Artículo 740. La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero o de los legatarios en él nombrados, o por renuncia de aquél o de éstos.

(13) En cuanto a los requisitos de la revocación de legados mediante actos de enajenación posteriores y la interpretación del artículo 869.2 del Código Civil, DÍAZ-

Como señala la mejor doctrina (14), la revocación resulta una de las causas más frecuentes de la pérdida de efectos de un testamento. En este sentido, declara el Profesor ALBALADEJO que «es revocación del testamento la declaración del testador de no querer ya lo que dispuso en él. Tal declaración puede ser expresa o tácita, y alcanzar a todo o sólo parte de lo que el testamento disponía. El efecto de ese acto de revocar (revocación como acto) es que el testamento queda privado de vigor (revocación como efecto). El de revocar es acto que debe reunir los mismos caracteres que el de testar y pide los mismos requisitos que éste. Que eso sea así se sigue palpablemente de la consideración de que tanto se regula la sucesión testando como revocando (puesto que entonces se da paso a otra regulación distinta de la revocada), luego lo mismo debe exigirse al testar que al revocar» (15).

2. LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN DEL SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO Y SUS CONDICIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ: LA FALTA DE EFECTOS DE LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA QUE CONTENÍA DICHA DESIGNACIÓN AL HABERSE OTORGADO EL REAL DECRETO DE CONCESIÓN CON POSTERIORIDAD

Directamente relacionado con la esencial revocabilidad del testamento y las normas de sucesión de títulos nobiliarios, es el supuesto que ventila el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de julio de 2009. Dicha resolución, dictada, siendo ponente XIOI RÍOS, señala agudamente la defectuosa fundamentación técnica del recurso, sustentada en la inaplicación del artículo 741 del Código Civil para rectificar la interpretación de primera y segunda instancia al desestimar el recurso interpuesto por quien pretendía revocar la transmisión del título. En el caso de autos, la última titular del Condado designa sucesora del mencionado título honorífico a la demandada; como la condesa revocó después el testamento que contenía dicha designación, un tercero ejercitó acción personal para que se declarase la nulidad de aquella cesión del condado y su mejor derecho, sin apreciar el demandante que inmediatamente después de dicha revocación testamentaria y antes del fallecimiento de la condesa fue concedida por Real Decreto la autorización solicitada para designar titular del Condado a la demandada (16).

FRAILE recapitula esta fórmula revocatoria, afirmando que «es causa de ineficacia del legado el hecho de que en el periodo de la *vacatio testamenti* el testador transmita el objeto del legado en los términos del artículo 869.2 del Código Civil. Hay, pues, revocación cuando un legado, válido y objetivamente eficaz, pierde su valor por no subsistir la voluntad de quien lo dispuso manifestada implícitamente en la enajenación de la cosa legada» («Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias», en *ADC*, pág. 858).

(14) Vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, 7, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 5.ª ed., Madrid, 2008, pág. 53 y sigs.

(15) «Comentarios a los artículos de la Sección Décima. De la revocación e ineficacia de los testamentos», *Tomo IX, Vol. 2.º: Artículos 706 a 743 del Código Civil*, Madrid, 1983. Vid., también sobre la revocación del testamento y su cuestionada consideración como negocio *per relationem*, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *El negocio jurídico «per relationem»*, Madrid, 1994, 2.ª ed., págs. 101 a 112.

(16) En el fundamento primero de la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009, consta el resumen de antecedentes que permiten entender el alcance y

Téngase en cuenta en este sentido, que esta sucesión del título, al estar sometida al régimen especial del Derecho nobiliario, imputa al titular en ciertos supuestos excepcionales y cumpliendo ciertos requisitos, la posibilidad de designar sucesor. Son dos los presupuestos que autorizan el ejercicio de dicha facultad: de una parte, los esenciales referidos, en primer lugar, a que el designante sea el fundador o primer concesionario del título, y al tiempo, que el mencionado titular carezca de hijos o descendientes directos. De otra y en cuanto a los requisitos de carácter procedimental, se ha de interesar solicitud a S. M. el Rey, se ha de conseguir la autorización o real venia expresa y cumplir las condiciones señaladas en esta venia real.

En este sentido, el supuesto de hecho ventilado en autos, permite al juzgador señalar que: *«El asiento legal de la figura de la “designación de sucesor” constituye una facultad innata del fundador o concesionario de un título nobiliario, quien en uso de la misma puede efectuar la designación, salvo que se le prohíba expresa o inequívocamente tal facultad en la carta fundacional. Al interpretar la Ley 44 de Toro y la Real Cédula de Carlos IV, de 29 de abril de 1804, que se integró como Ley 25, Título I, Libro VI de la Novísima Recopilación, la jurisprudencia ha proclamado que la potestad real es fuente de toda dignidad nobiliaria y emanando una Real Carta de un acto soberano, a ella debe estarse en cuanto a expresión de la voluntad de S. M. el Rey, y aun en el supuesto de que fuera modificativa de un orden señalado, siempre tendría propia virtualidad, pues es primordial admitir que quien es creador de las dignidades nobiliarias tiene potestad soberana para suprimirlas y, asimismo, para modificarlas aun alterando el orden sucesorio (cfr. SSTs de 26 de marzo de 1968 y 25 de febrero de 1983)».*

el sentido de la desestimación del recurso de casación interpuesto. Su tenor literal es el siguiente: «1. En testamento de 5 de mayo de 1988, la última titular del Condado designó como heredera del título a la demandada doña Marina. 2. El 11 de mayo de 1988 la última titular del Condado pidió autorización a S. M. el Rey para designar sucesor. 3. El 14 de junio de 1988, la última titular del Condado otorgó un nuevo testamento revocando los anteriores. 4. El 6 de julio de 1988 fue concedida por Real Decreto la autorización solicitada para designar sucesor al Condado. 5. El 26 de diciembre de 1988, la última titular del Condado falleció sin descendencia y con extinción de todas las líneas. 6. El 24 de enero de 1997 se mandó expedir la Real Carta de sucesión en el título de Conde a favor de la demandada. 7. Otra persona ejercitó una acción personal para que se declarase la nulidad de la cesión del Condado y su mejor derecho al título. 8. El Juzgado desestimó la demanda. 9. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia argumentando, en síntesis, que: a) concurren los requisitos necesarios para la designación de sucesor, aunque la solicitud de autorización se hiciera unos días después del testamento de 5 de mayo de 1988 y no fuera concedida hasta el 6 de julio de 1988; b) la designación de sucesor no fue revocada por el último testamento otorgado, ya que: i) el documento de 5 de mayo de 1988 no es un testamento por contener sólo la designación de sucesor en el título, el cual no forma parte del caudal hereditario; ii) aunque no fuera así, interpretando el último testamento conforme a la verdadera intención del testador ha de entenderse que, a pesar del testamento posterior del 14 de junio de 1988, subsiste la designación de sucesor al título nobiliario hecha en el testamento del 5 de mayo de 1988, puesto que los hechos posteriores de la causante ponen de manifiesto su voluntad de mantener la validez de la designación. 10. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual fue admitido al amparo del artículo 427.2.3. ° LEC, por interés casacional».

3. LA DESIGNACIÓN DEL SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO PROVOCA EFECTOS NOVATORIOS EN LA CONCESIÓN PRIMITIVA Y EXCLUYE A LOS PARIENTES DEL PRIMITIVO CONCESIONARIO: LA NOVACIÓN DEL ORDEN REGULAR DE SUCESIÓN

A mayor abundamiento, esta designación del sucesor «*provoca verdaderos efectos novatorios en el orden de sucesión inicialmente previsto, convirtiendo al designado y, en su caso, al prescribiente o beneficiario de la usucapión, en nueva cabeza de línea* a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de sucesión del título de nobleza. Solamente la persona en cuyo favor se hizo la designación puede ostentar el título a la muerte de aquél y, consiguientemente, cualquiera otra carece de derecho a reclamarlo, y no puede alegar ninguno vulnerado por la Real Orden que se lo niega (cfr. STS de 27 de junio de 1986). La autorización real para designar sucesor en el título de nobleza implica novación de la concesión primitiva y excluye a los parientes del primitivo concesionario (cfr. STS de 28 de enero de 1928). Es preciso a partir del principio básico e indeclinable en esta materia, de la atribución de su origen a la potestad real de la que todas emanan, como prerrogativa del soberano en su condición de Jefe Supremo del Estado, potestad regia que por su propia naturaleza no se limita a la concesión u otorgamiento, sino que también comprende la pérdida o modificación posterior, modificación o alteración que como se ve comprende hasta el caso de venta o enajenación y que jurídicamente produce una novación de los términos en que se hizo la concesión primitiva en lo referente al orden sucesorio por incompatibilidad del antiguo con el nuevo, que lleva consigo el encabezamiento de nueva línea que produce el desplazamiento de la anterior; la cual deja de tener consideración jurídica, en cuanto a la referencia del “mejor derecho” sucesorio que habrá de conectarse a partir de entonces, con la nueva línea instaurada porque la precedente dejó de tener derecho, ni mejor, ni peor (cfr. STS de 25 de febrero de 1983)».

4. LA VOLUNTAD DEL TESTADOR EN LOS CASOS DE REVOCACIÓN

Siguiendo con el supuesto ventilado por la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009, el juzgador y el pronunciamiento o calificación del documento, de 5 de mayo de 1988, como testamento o no, no resulta determinante para la estimación del recurso de casación, toda vez que «Las razones en las que se funda la desestimación del motivo de casación son las siguientes: a) El artículo 741 del Código Civil dispone que “[e]l reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”. De este precepto se infiere que el testamento no pierde su naturaleza por el hecho de que no contenga disposiciones sobre el patrimonio del causante, sino otros actos de última voluntad. Este razonamiento no es suficiente para la estimación del motivo de casación interpuesto, pues su fundamentación va únicamente encaminada a combatir el argumento principal utilizado por la sentencia recurrida en el sentido de que, al no ser un testamento el documento de designación de sucesor al título, este documento no puede entenderse comprendido en el objeto de la revocación testamentaria formulada en un testamento posterior. La sentencia recurrida, en efecto, no se funda únicamente en el argumento principal expresado, sino que contiene un argumento subsidiario, expresado también como razonamiento operativo y no auxiliar, según el cual, *aun cuando el documento de designación del sucesor al*

título nobiliario (cuya validez no se discute ya en casación) tuviese la consideración de testamento, la interpretación de la voluntad del testador según el tenor del testamento y los actos previos y posteriores a su otorgamiento, que “pone[n] de relieve la voluntad del causante de mantener la validez de dicho nombramiento”, revela que la posterior revocación de todos los testamentos anteriores no comprendió la designación de sucesor al título nobiliario».

Acepta la Sala esta interpretación, toda vez que la jurisprudencia: «declara que: a) en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador (SSTS de 1 de febrero de 1988, 9 de octubre de 2003 y 19 de diciembre de 2006); b) la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, siempre que se mantenga dentro de los límites racionales, no sea arbitraria y no sienta conclusiones ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley (SSTS de 14 de mayo de 1996, 30 de enero de 1997, 21 de enero de 2003 y 18 de julio de 2005); y c) en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador, pero cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (SSTS de 9 de junio de 1962, 23 de septiembre de 1971, 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002). Particularmente respecto de la revocación de testamentos, la STS de 14 de mayo de 1996, declara que la voluntad que se exige en el artículo 739.1 del Código Civil, para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la expresa, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas de interpretación que establece el artículo 675 del Código Civil, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior».

De conformidad con lo expuesto y pese a las reglas atinentes a la revocación: «la interpretación de la cláusula de revocación de los testamentos anteriores efectuada por la sentencia recurrida no es arbitraria. No podría explicarse la sucesión de actos que se han descrito en el Fundamento Jurídico primero de esta resolución si la voluntad de la testadora hubiera sido la de revocar la designación de sucesor al título nobiliario. En efecto, había solicitado pocos días antes autorización real para efectuarla y le fue concedida pocos días después, sin que conste manifestación de disconformidad alguna expresa o tácita».

Por fin la Sala advierte, no sin cautela, que: «si hubiera existido un acto de revocación se hubiera planteado la cuestión relativa a la validez de la revocación de la designación de sucesor al título nobiliario, una vez otorgada la autorización real. Para la resolución de este recurso de casación no es necesario examinar esta cuestión».

III. NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS: LA LEY 33/2006 SOBRE IGUALDAD DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL ORDEN DE SUCESIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

La mejor doctrina, al analizar los derechos de la personalidad, concluye que los títulos nobiliarios no lo son, ratificando esta visión de los títulos como mercedes o dignidades la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (17). Desta-

(17) Por todos, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, 1, Parte General y Derecho de la persona*, Madrid, 2009, 15.ª ed., pág. 172 y sigs.

ca, en este sentido, el rigor de su Exposición de Motivos al decir que se trata «de una distinción meramente honorífica cuyo contenido se agota en el derecho a usarlo y a protegerlo frente a terceros. En la concesión de dignidades nobiliarias de carácter perpetuo, a su naturaleza honorífica hay que añadir la finalidad de mantener vivo el recuerdo histórico al que se debe su otorgamiento, razón por la cual la sucesión en el título queda vinculada a las personas que pertenecan al linaje del beneficiario de la merced. Este valor puramente simbólico es el que justifica que los títulos nobiliarios perpetuos subsistan en la actual sociedad democrática, regida por el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley».

La Ley pone fin a un largo debate judicial en la que, finalmente, el Tribunal Constitucional en su sentencia 126/1997, de 3 de julio, se pronunció a favor de la constitucionalidad del orden de sucesión que por criterios históricos otorgaba preferencia al hombre sobre la mujer. Y apréciase que lo hace en sentido contrario a esta doctrina, fundamentando dicha opción legislativa en la Exposición de Motivos en estos términos: «Sin embargo, las normas que regulan la sucesión en los títulos nobiliarios proceden de la época histórica en que la nobleza titulada se consolidó como un estamento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad o preferencia del varón sin duda ajustadas a los valores del antiguo régimen, pero *incompatibles con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social*. Esta plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoce en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984. El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando éstas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico. Es justo que la presente Ley reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquél de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey» (18).

En cuanto al articulado de la Ley también tiene características propias, singularmente su brevedad, circunscrita a dos únicos artículos. Dice el artículo 1: «El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos». Por su parte, el artículo 2 declara que: «dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y de grado o sólo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer. En estos supuestos, los jueces y tribunales integrarán el orden sucesorio propio del título aplicando el orden regular de suceder en las mercedes nobiliarias, en el cual, conforme a lo prevenido por el artículo anterior, no se prefiere a las personas por razón de su sexo».

(18) Sobre la sucesión en títulos nobiliarios por aplicación del principio de propinquidad, vid., el comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1996, de CASTRO LUCINI, en *RCDI*, págs. 712 a 714.

En buena lógica, las cuestiones más controvertidas en el futuro serán las que resulten de la difícil interpretación de su Disposición Transitoria única. En definitiva, se convierte dicha Disposición en la entraña de la norma, dados los perfiles propios de su contenido y la dificultad intrínseca del régimen transitorio, sustentado por las normas derogadas, las distintas resoluciones judiciales y la propia tradición (19).

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS: LA VIGENCIA DE LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN DE SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO Y LOS EFECTOS NOVATORIOS DE DICHA DESIGNACIÓN

Por tanto, de lo expuesto y a la vista del tenor literal de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, sigue vigente la posibilidad por parte del titular de designar sucesor del título si bien el ejercicio de esta facultad ha de cumplir los requisitos esenciales y procedimentales relativos, por lo que el designante habrá de ser el fundador o primer concesionario del título, y carecer de hijos o descendientes directos, además de que habrá de interesar esta solicitud a S. M. el Rey, conseguir la autorización o real venia expresa y cumplir las condiciones impuestas en esta venia real.

En su virtud y cuando el ejercicio de esta facultad de designación se haga en tiempo y forma, su concesión provocará *efectos novatorios en el orden de sucesión inicialmente previsto, ya que dicha novación con efectos extintivos convierte al designado en nueva cabeza de línea* a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de sucesión del título de nobleza.

(19) Dice dicha Disposición: «En la aplicación de la presente Ley a los títulos nobiliarios concedidos antes de su vigencia, se observarán las siguientes normas: 1. Las transmisiones del título ya acaecidas no se reputarán inválidas por el hecho de haberse realizado al amparo de la legislación anterior. 2. Si se pretendiera la rehabilitación de un título nobiliario vacante, se reputarán válidas las transmisiones realizadas conforme a la legislación anterior hasta su último poseedor legal, con respecto del cual y observando las previsiones de esta Ley, habrá de acreditarse la relación de parentesco por quien solicite la rehabilitación. 3. No obstante lo previsto por el apartado 1 de esta Disposición Transitoria, la presente Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados. La autoridad administrativa o jurisdiccional ante quien penda el expediente o el proceso concederá de oficio trámite a las partes personadas a fin de que aleguen lo que a su derecho convenga de conformidad con la nueva Ley en el plazo común de cinco días. 4. Quedan exceptuados de lo previsto en el apartado anterior aquellos expedientes en los que hubiera recaído sentencia firme en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley». Para su interpretación puede consultarse la reciente aportación del Profesor VERDA Y BEAMONTE, que lleva por título: «Algunas precisiones sobre el régimen sucesorio de la Ley 33/2006, sobre igualdad en la sucesión de los títulos nobiliarios, así como sobre la cesión y la distribución de los mismos», en *RJN*, 71, 2009, págs. 337 a 359.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA, «Comentarios a los artículos de la Sección Décima. De la revocación e ineficacia de los testamentos», en *Tomo IX, Vol. 2.º: Artículos 706 a 743 del Código Civil*, Madrid, 1983.
- «Cuestiones en materia de revocación de testamento», en *AAMN*, 1961, pág. 46 y sigs.
- ALBIEZ DOHRMANN, *Negocios atributivos «post mortem»*, Madrid, 1998.
- CASTRO LUCINI, «La sucesión en títulos nobiliarios por aplicación del principio de propinquidad», vid., el comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1996, en *RCDI*, págs. 712 a 714.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, *El negocio jurídico «per relationem»*, Madrid, 1994, 2.ª ed.
- DÍAZ-FRAILE, «Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias», en *ADC*, págs. 853 a 877.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988 (reimpresión 1992).
- LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2009, 15.ª ed.
- *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2008, 5.ª ed.
- «Edad y sexo (primogenitura y masculinidad) en relación con los títulos nobiliarios. La pervivencia de la primogenitura y la abolición de la masculinidad: una incongruencia más del legislador contemporáneo», en *Discriminación por edad y sexo*, LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2010.
- LÓPEZ VILAS, *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios. Sucesión y rehabilitación*, Madrid, 1974.
- *El nuevo Derecho Nobiliario: la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los Títulos nobiliarios*, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, «El testamento y su pretendida patrimonialidad», en *RDP*, 1966, pág. 463.
- ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.ª ed.
- SAN SEGUNDO MANUEL, «Interpretación del testamento: intención y voluntad del testador», en *RCDI*, 715, págs. 2651 a 2654.
- TABOADA ROCA (Conde de Borrajos), *Las sucesiones nobiliarias y su regulación jurídica legislativa después de la Constitución*, Madrid, 1983.
- TORRALBA MENDIOLA, «Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre Ley aplicable y el paradigma concursal», en *ADC*, LXI, 2008, fasc. III, págs. 1261 a 1361.
- VAGUER ALOY, *La interpretación del testamento*, Barcelona, 2003.
- VERDA Y BEAMONTE, «Algunas precisiones sobre el régimen sucesorio de la Ley 33/2006, sobre igualdad en la sucesión de los títulos nobiliarios, así como sobre la cesión y la distribución de los mismos», en *RJN*, 71, 2009, págs. 337 a 359.
- VIVAS TESÓN, *Voluntad del testador y plazo del derecho a suceder*, Valencia, 1998.
- «La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2004 (RJ 2004/1027)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 2004, págs. 335 a 346.

RESUMEN

TESTAMENTO, CONTENIDO
Y CAUDAL RELICTO
TÍTULOS NOBILIARIOS

La mejor doctrina enumera, a efectos didácticos, tres tipos de componentes de la herencia. De este modo, nos encontraremos ante el denominado elemento personal cuando ventilemos asuntos referidos al causante o al sucesor; por su parte, los elementos formales afectan al título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia. Por último, el elemento real, o visión estática de la herencia, está constituida por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados. En estas líneas se recapitularán las cuestiones básicas sobre el contenido del testamento y la interpretación de su dictado, cuando en este título se haya dispuesto la transmisión de los títulos nobiliarios del causante; todo ello a la luz de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre la igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios y de la reciente línea jurisprudencial del Tribunal Supremo.

ABSTRACT

WILL, CONTENTS AND
INHERITED ESTATE
TITLES OF NOBILITY

The best doctrine lists, for educational purposes, three types of components that make up an estate. «The personal element» is what is dealt with when affairs are discussed referring to the decedent or the successor; next there are «elements of form», which pertain to the inheritance document and, where applicable, the acceptance of the estate. Lastly, there is «the real element», or the static view of the estate, made up of the set of property and rights that may be inherited. Along these latter lines, we will sum up the basic issues concerning the contents of the will and the interpretation of its terms when the will contains provisions concerning the transmission of the decedent's titles of nobility. This will be done in the light of Act 33/2006 of 30 October on the equality of names and women in the order of succession to titles of nobility and the recent line of Supreme Court jurisprudence.

1.5. Obligaciones y Contratos

*EL INCUMPLIMIENTO ES TAL, SI IMPIDE EL FIN NORMAL
DEL CONTRATO FRUSTRANDO LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS
DE LA PARTE*

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL. CONCEPTO.—III. EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL. EFECTOS.—IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE LA ACCIÓN RESOLUTORIA IMPLÍCITA ESTABLECIDA EN EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1.124 DEL

CÓDIGO CIVIL PUEDA PROSPERAR.—VI. ¿CUÁNDO PRODUCE SUS EFECTOS LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL?—VII. EFECTOS ESPECÍFICOS DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS.—VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Las obligaciones unilaterales o simples son las normales, que coinciden, sin especialidad alguna, con el concepto de obligación. Es una relación jurídica entre acreedor y deudor.

Las obligaciones bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas son aquéllas en que también existe relación jurídica entre acreedor y deudor, pero cada parte acreedora o deudora de una obligación bilateral es la inversa, deudora o acreedora de otra obligación bilateral. Cada sujeto es, a la vez, acreedor de una prestación (de una obligación bilateral) y deudor (de la otra obligación bilateral) de otra prestación.

II. EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL. CONCEPTO

El artículo 1.124 del Código Civil no se trata de una condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas, sino de un derecho subjetivo que concede la ley derivado de la reciprocidad de las obligaciones recíprocas, al sujeto que cumple su respectiva obligación, de resolverlas si el otro incumple la suya.

III. EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL. EFECTOS

Si lo reclama el sujeto cumplidor, que se imponga el incumplimiento específico, ejecución forzosa, *in natura*, al sujeto incumplidor; o bien, puede exigir la resolución; incluso puede pedir el cumplimiento específico y, si resulta imposible, la resolución. Y, en todo caso, además, la indemnización de daños y perjuicios.

La resolución implica que no sólo se resuelve la obligación incumplida, sino las dos obligaciones recíprocas; lo que es consecuencia de la reciprocidad de las obligaciones recíprocas. Lo que lleva consigo la restitución de las prestaciones que se hubieran realizado.

No se produce automáticamente la resolución por el incumplimiento, sino que es un derecho que concede la ley y, por tanto, ante tal incumplimiento, los sujetos aceptan la resolución o tienen que ir al proceso, cuya sentencia es declarativa, declara la resolución ya operada, con efecto retroactivo al tiempo del nacimiento de la obligación.

Para que se produzca el supuesto de la resolución del artículo 1.124 del Código Civil, la doctrina de la Sala ha exigido siempre la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas. 2) El incumplimiento grave de la obligación y para que exista este incumplimiento debe concurrir una voluntad deliberadamente rebelde del deudor. Así lo reflejan las SSTs de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986 y 18 de noviembre de 1994. Se considera esencial el incumplimiento de un contrato cuando cause a la otra parte

un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato.

IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL.

La acusada reciprocidad de las obligaciones en juego, no de obligaciones unilaterales, sino bilaterales; la exigibilidad de las mismas; que el reclamante haya incumplido lo que a él le incumbía; y una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor (1).

V. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE LA ACCIÓN RESOLUTORIA IMPLÍCITA ESTABLECIDA EN EL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL PUEDA PROSPERAR

1.º La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes la concertaron (2).

2.º La reciprocidad de las prestaciones estipuladas en el mismo (3), así como su exigibilidad (4).

3.º Que el demandado haya incumplido de forma grave las que le incumbían (5), estando encomendada la apreciación de este incumplimiento al libre arbitrio de los Tribunales de instancia (6).

4.º Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta obstativa de éste que, de modo indubitado, absoluto, definitivo e irreparable la origine, actuación que puede acreditarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante (7).

5.º Que quien ejercite esta acción no haya incumplido las obligaciones que le concernían (8); salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior y del otro, pues la conducta de éste es la que motiva el derecho de resolución de su adversario y le libera de su compromiso (9).

VI. ¿CUÁNDO PRODUCE SUS EFECTOS LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL?

La resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al

(1) Así lo disponen las SSTs de 30 de octubre de 1986, 21 de marzo y 18 de noviembre de 1994 y 7 de noviembre de 1995.

(2) SSTs de 10 de diciembre de 1947 y 9 de diciembre de 1948.

(3) SSTs de 28 de septiembre de 1965 y 30 de marzo de 1976.

(4) SSTs de 6 de julio de 1952 y 1 de febrero de 1966.

(5) SSTs de 9 de diciembre de 1960 y 18 de noviembre de 1970.

(6) SSTs de 17 de diciembre de 1976 y 17 de febrero de 1977.

(7) STS de 5 de mayo de 1970.

(8) SSTs de 6 de julio y 29 de marzo de 1977.

(9) SSTs de 10 de febrero y 11 de abril de 1925, 24 de octubre de 1959, 21 de marzo de 1986, 24 de mayo de 1991, 16 de abril de 1991 y 29 de febrero de 1988.

estado jurídico como si el negocio no se hubiera concluido. Ello lleva consigo la obligación de restituir cada parte lo que hubiese recibido de la otra por razón del vínculo obligacional. Así se viene manifestando por la doctrina jurisprudencial de la que son ejemplo, las SSTs de 29 de abril, 10 de julio de 1998, 24 de julio y 23 de diciembre de 1999. Esto supone que la resolución de la compraventa conlleva como efecto la devolución de la cosa vendida al vendedor, pudiendo en cuanto al precio adoptarse una solución diferente respecto de la restitución de la parte del precio abonado en adecuada aplicación de la liquidación del estado posesorio.

VII. EFECTOS ESPECÍFICOS DE LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS

Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual.

VIII. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia ha interpretado el artículo 1.124 del Código Civil en el sentido de que no está legitimado para resolver la relación de obligación sinalagmática el contratante incumplidor, si bien le reconoce esa legitimación cuando el incumplimiento hubiera venido provocado por el anterior de la otra parte de la relación. Por ello, en estos supuestos de incumplimiento dobles se hace necesario determinar quién, por tener que cumplir primero, dejó de hacerlo antes y justificó, por razones funcionales del vínculo, la infracción contractual de la otra parte de la relación jurídica.

RESUMEN

RESOLUCIÓN INCUMPLIMIENTO

Ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento la rebeldía exigida del incumplidor, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato, por eso, incumplimiento no lo constituye el simple retraso.

ABSTRACT

CANCELLATION BREACH

The default required of a person in order for that person to stand in breach of contract must be a real, true breach. It is not enough to adduce breach of accessory or complementary features whose smallness does not prevent the creditor from obtaining the economic goal of the contract. Therefore, mere delay is not breach.

El artículo 1.124 del Código Civil protege los derechos de terceros adquirentes y atenúa el efecto de la resolución a favor de los adquirentes que no sean de mala fe, puesto que la prueba de la mala fe del tercero, es decir, de la conciencia de defraudar a quien pide la resolución o de ayudar a defraudarle, recaerá sobre quien la afirme.

Article 1124 of the Civil Code protects the rights of third-party purchasers and attenuates the effect of a decision in the favour of purchasers who are not mala fide purchasers, since the burden of proving the third party's mala fides (i.e., showing proof of intent to cheat or help cheat the person asking for the decision) will fall upon the person claiming mala fides.

LA DURACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS, SU PRÓRROGA Y EL NUEVO DESAHUCIO «EXPRESS» EN LA LEY 19/2009, DE 22 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE FOMENTO Y AGILIZACIÓN PROCESAL DEL ALQUILER Y DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA DE LOS EDIFICIOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

SUMARIO: I. LA DURACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA: 1. PLAZO MÍNIMO. 2. CONTRATOS SIN PLAZO DE DURACIÓN PACTADO O CON PLAZO INDETERMINADO. 3. LA EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA OBLIGATORIA: LA NECESIDAD DEL ARRENDADOR DE OCUPAR LA VIVIENDA.—II. LA PRÓRROGA DEL CONTRATO.—III. EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO.—IV. EL NUEVO DESAHUCIO «EXPRESS».

I. LA DURACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA

1. PLAZO MÍNIMO

La anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no regulaba directamente la duración del contrato, lo cual era prácticamente innecesario, ya que imperaba el régimen de prórroga forzosa, con independencia de que se pactara o no la duración del contrato, éste se prorrogaba en beneficio del arrendatario. Las posibilidades de actuación unilateral de las partes sobre la relación arrendaticia se concretaban en el desistimiento del arrendatario y en la existencia de causas tasadas de resolución y denegación de la prórroga forzosa en beneficio del arrendador.

Este régimen tuitivo para la posición jurídica del arrendatario se altera en base al Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, conocido como Decreto Boyer, en cuyo artículo 9 se establecía que los contratos de arrendamientos urbanos que se celebren a partir de la entrada en vigor del Real Decreto tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga

establecido por la LAU de 1964 y sin perjuicio de la tácita reconducción del artículo 1.566 del Código Civil.

Pero aún con esta norma, la jurisprudencia se resistía a eliminar la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento de vivienda que se concluyeron después de la entrada en vigor del Decreto. No obstante, la línea jurisprudencial mayoritaria consideraba que si nada se había pactado sobre la prórroga forzosa en el contrato de arrendamiento celebrado tras la entrada en vigor del Decreto no se aplicaban las normas sobre prórroga forzosa previstas en la LAU de 1964, y por tanto, los contratos tenían la duración libremente pactada por las partes, sin perjuicio de la tácita reconducción del artículo 1.566 del Código Civil, es decir, si durante los quince días siguientes a la terminación del arrendamiento el arrendatario permanecía en la vivienda arrendada con la aquiescencia del arrendador, nacía un nuevo contrato con un plazo de duración anual cuando la renta se hubiera fijado por años o mensual cuando se hubiera fijado por días *ex* artículo 1.581 del Código Civil. En esta tendencia jurisprudencial destacamos las siguientes sentencias: STS de 10 de junio de 1993 (*RJ* 1993/5404), 2 de octubre de 1998 (*RJ* 1998/8366), 13 de junio de 2002 (*RJ* 2002/4893).

Una de las más importantes aportaciones que realizó la LAU de 1994 fue precisar el plazo legal de duración de los contratos de arrendamiento de vivienda intentando equilibrar los intereses de las posiciones jurídicas de arrendatarios y arrendadores.

Así en el artículo 9.1 se establece que la duración del arrendamiento será la libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a cinco años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y facultativamente para el arrendatario por sucesivos plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance el plazo de duración mínima de cinco años.

Dichos periodos anuales de prórroga no se producirán si el arrendatario manifiesta al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas su voluntad de no renovación. La ley no establece la forma de realizar dicha manifestación, por lo que podemos considerar como válida la realizada en cualquier forma siempre que el destinatario de la misma la hubiera recibido dentro del plazo legal, no obstante lo conveniente es que se realice de manera que haya constancia de su recepción por el destinatario y del día en que fue recibida, sobre todo para evitar problemas de prueba.

Por tanto, los arrendamientos de vivienda, cualquiera que sea el plazo de duración pactado por las partes, si es inferior a cinco años se prorroga obligatoriamente para el arrendador hasta alcanzar la mencionada duración mínima.

El plazo de duración comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si ésta fuere posterior, correspondiendo al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición.

Si los contratantes han establecido una fecha a partir de la cual el contrato inicie su eficacia, esta fecha deberá entenderse como *dies a quo* del plazo de duración del contrato.

La duración mínima de cinco años tiene como finalidad dotar de estabilidad al arrendamiento de vivienda, así el arrendatario puede tener la certeza que cualquiera que sea el tiempo de duración inicialmente pactado, será su voluntad la que determine si dicho contrato se prorroga o no hasta que se cumplan cinco años de vigencia.

Esta protección del arrendatario sólo tiene razón de ser cuando la vivienda objeto del contrato de arrendamiento está destinada primordialmente a satisfacer las necesidades permanentes de vivienda del arrendatario, si no existe tal necesidad, la duración del contrato se regirá por lo pactado por las partes.

En el mismo sentido se exceptúa de dicha protección especial al arrendatario de viviendas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los casos en que la renta inicial en cómputo anual exceda en 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual. En estos arrendamientos el plazo de duración del contrato será el libremente pactado por las partes, sin que tenga lugar la prórroga obligatoria para el arrendador a menos que se haya establecido en el propio contrato.

2. CONTRATOS SIN PLAZO DE DURACIÓN PACTADO O CON PLAZO INDETERMINADO

Como sabemos, el contrato de arrendamiento se caracteriza por tener una duración temporal, *ex* artículo 1.543 del Código Civil. No es posible pactar un arrendamiento perpetuo, un arrendamiento por plazo indefinido, ni un arrendamiento vitalicio, pues ello sería contrario a la esencia de la figura jurídica arrendaticia consistente en la cesión temporal del goce de una cosa a cambio de un precio.

La LAU de 1964 había favorecido la contratación por tiempo indefinido, en cambio la Ley 29/1994 refuerza la noción de temporalidad y en el artículo 9.2 tipifica: «Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o éste sea indeterminado, sin perjuicio del derecho de prórroga anual para el arrendatario en los términos indicados en el artículo 9.1».

Este precepto se aplica preferentemente al artículo 1.581 del Código Civil, que también contempla el tiempo por el que debe entenderse hecho el arrendamiento de finca rústica o predio urbano cuando no se hubiera fijado plazo de duración o éste fuera indefinido.

El plazo indeterminado, *ex* artículo 9.2 de la LAU, se refiere a aquellas menciones contractuales que no permitan fijar la duración del contrato con certeza, ya sea inicialmente, ya en un momento posterior, por ello se refiere expresamente a los contratos celebrados por plazo indeterminado.

En el contexto del Código Civil tanto la doctrina como la jurisprudencia son contrarias a la validez de las cláusulas que encierran perpetuidad y admiten la indefinición, si fijado un plazo, ambas partes quedan facultadas para desistir. En el ámbito de la LAU de 1994 es nula la estipulación que somete la duración del contrato a un sistema de prórrogas indefinidas. El artículo 9.2 de la LAU garantiza la coherencia del sistema y las condiciones de duración del contrato así como el margen de autonomías de las partes.

Esta nota de temporalidad, característica de la relación arrendaticia, ha sido recogida también con claridad por la jurisprudencia. Así la SAP de Cádiz, de 15 de junio de 2004 (*JUR* 2004/258367) señala que: «El arrendamiento nunca puede aplicarse por plazo indefinido, habida cuenta que la inteligencia contractual en tal sentido violaría la idea de plazo concreto y definido que es consustancial al arrendamiento, como exige el artículo 1.543 del Código Civil, cuyo correctivo para el caso de omisión o expresión de plazo indefinido es el artículo 1.581 del Código Civil».

En cuanto a la posibilidad de someter la duración del contrato a una condición o término resolutorio, en principio un negocio de duración convencional siempre admite un elemento accidental que ponga fin a su eficacia: así un contrato celebrado por tiempo determinado, pero sometido a un hecho resolutorio. En este caso debemos diferenciar entre el referente temporal y el elemento accidental, de forma que la duración del contrato puede ser convencional y superior a cinco años o bien sujetarse al plazo mínimo de duración *ex* artículo 9.1 de la LAU. Transcurrido este plazo mínimo, el cumplimiento del hecho resolutorio determina su extinción. Por otro lado, puede ocurrir que las partes no fijen plazo alguno y que la única alusión a la duración contractual consista en la previsión de una condición o término, en estos casos se produce una incertidumbre que la Ley debe solventar, siendo de aplicación el artículo 9.2 de la LAU.

3. LA EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA OBLIGATORIA: LA NECESIDAD DEL ARRENDADOR DE OCUPAR LA VIVIENDA

El artículo 9.3 de la LAU concede al arrendador la posibilidad de oponerse al nacimiento de las prórrogas legales cuando tenga necesidad de ocupar la vivienda arrendada para vivir en ella de modo permanente y así lo haya hecho constar de forma expresa en el contrato. Este apartado ha sido modificado por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, en la cual el legislador adopta medidas de estímulo del alquiler con la finalidad de potenciarlo, como son las dirigidas a ayudar a determinadas personas, las orientadas a fortalecer la seguridad jurídica de las partes y a fomentar el incremento de la oferta en el mercado del alquiler. Para ello, se modifican la LAU y la LEC, así como la LPH para facilitar actuaciones que mejoren la eficiencia energética de los edificios.

Se amplían los supuestos en que no procede la prórroga obligatoria del contrato, de tal manera que se extiende a aquellos casos en que el arrendador tenga necesidad de ocupar la vivienda para sus familiares en primer grado, es decir, para los padres y los hijos o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial, siempre que se haya hecho constar así expresamente en el contrato para evitar fraudes y preservar la necesaria seguridad jurídica (1).

Si transcurridos tres meses a contar de la extinción del contrato o en su caso, del efectivo desalojo de la vivienda, no hubieran procedido el arrendador o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimo-

(1) La jurisprudencia ha considerado que es nula, por vulnerar el artículo 6 de la LAU, una modificación contractual de fecha posterior al contrato inicial de arrendamiento en la que el arrendador manifestaba la futura necesidad que tendría de ocupación de la vivienda a los efectos de impedir el nacimiento de sucesivas prórrogas legales. La jurisprudencia afirma que dicha cláusula de necesidad de ocupación futura de la vivienda debe hacerse constar necesariamente en el contrato inicial y no puede ser establecida por futuras modificaciones contractuales que se producen cuando el arrendatario ya tiene el derecho de prórroga legal por haber firmado un contrato de duración inferior a cinco años. En este sentido, destaca la SAP de Madrid, de 30 de septiembre de 2004 (AC 2004/2366).

nial a ocupar ésta por sí, según los casos, el arrendador deberá reponer al arrendatario en el uso y disfrute de la vivienda arrendada por un nuevo periodo de hasta cinco años, respetando en lo demás las condiciones contractuales existentes al tiempo de la extinción, con indemnización de los gastos que el desalojo de la vivienda le hubiera supuesto hasta el momento de la reocupación o indemnizarle a elección del arrendatario, con una cantidad igual al importe de la renta por los años que queden hasta completar cinco, salvo que la ocupación no pudiera tener lugar por causa de fuerza mayor.

II. LA PRÓRROGA DEL CONTRATO

El artículo 10 de la LAU contempla la posibilidad de que el contrato de arrendamiento, una vez transcurridos como mínimo cinco años, quede prorrogado por plazos anuales hasta un máximo de tres años más. Esta prórroga se podrá producir con independencia del tiempo de duración del arrendamiento inicialmente pactado.

Ahora bien, esta segunda prórroga que ha sido denominada «prórroga tácita» plantea una serie de problemas, como son si se trata de una única prórroga o de varias, cual es el régimen legal aplicable así como las condiciones necesarias para su ejercicio. Cuestiones que vamos a tratar de precisar.

A diferencia de lo que ocurre con las prórrogas anuales del artículo 9.1 de la LAU, en éste se permite a cualquiera de las partes impedir este período de prórrogas notificando a la otra parte su voluntad en contrario al menos con un mes de antelación a la fecha de vencimiento del contrato.

La naturaleza jurídica de la prórroga a la que se refiere el artículo 10 de la LAU presenta diferencias con la tácita reconducción regulada en el artículo 1.566 del Código Civil (2):

(2) SERRANO ALONSO en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por Xavier O'CALLAGHAN, Edersa, 1995, págs. 121 y 122, dice: «El examen de todos los precedentes legislativos permite afirmar que aunque la Ley utiliza la expresión "prórroga del contrato", realmente lo que contempla es la denominada "tácita reconducción" que el Código Civil acoge en su artículo 1.566: Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con la aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 y 1.581, a menos que haya precedido requerimiento; de modo que hubiese sido suficiente con que la Ley declarase aplicable la tácita reconducción a los arrendamientos de vivienda. En efecto, del artículo 9, que al regular la prórroga legal señala que si la duración pactada ... fuera inferior a cinco años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales; y del inciso inicial de este artículo 10, que dice: Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquél... el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más; hay que concluir que el artículo 10 se refiere a los contratos de arrendamientos de vivienda en general, cualquiera que sea el tiempo pactado de duración, de modo que esta prórroga del contrato viene a ampliar la duración estipulada, de forma que en los contratos cuya duración inicial fue inferior a cinco años y que las sucesivas prórrogas empleadas por el arrendatario hacen que alcance esos cinco años, puede posteriormente por el juego de la tácita reconducción extender su duración otros tres años más. Y si se trata de contratos estipulados por plazo superior a cinco años, llegado el día del vencimiento, podrá el contrato en los términos que se examinan ampliar su vigencia por otros tres años más».

1. El artículo 1.566 del Código Civil se remite en cuanto a la duración de la prórroga a los artículos 1.577 y 1.581 del mismo cuerpo legal, y tratándose de fincas urbanas, el término de la prórroga se entenderá efectuado por un periodo igual al del alquiler mensual; en cambio el artículo 10 de la LAU fija un plazo taxativo de tres años si bien dividido en tres anualidades.
2. La tácita reconducción *ex* artículo 1.566 del Código Civil exige que al terminar el arrendamiento permanezca el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, pero en cambio el artículo 10 de la LAU señala que la tácita reconducción tendrá lugar siempre que una de las partes no haya notificado a la otra su voluntad de dar por terminado el contrato.
3. La jurisprudencia en diferentes sentencias había entendido que, en virtud de la tácita reconducción, se da por extinguido el contrato y por nacido otro dimanante del consentimiento tácito (3), mientras que en el artículo 10 se plantea la duda de si el contrato es el mismo: PRATS ALBENTOSA entiende que continúa el mismo contrato, mientras que GUILARTE GUTIÉRREZ considera complicado dar una opción definitiva ante la duda entre la literalidad del precepto y la finalidad de las instituciones reguladas.
4. La prórroga del artículo 10 de la LAU opera mientras una de las partes no notifique a la otra su voluntad de dar por terminado el contrato y no se basa en la posesión del objeto arrendado con la aquiescencia del arrendatario, sino en no haberse denunciado cuatro meses antes por una de las partes, mediante notificación dirigida a la otra.

Por tanto, podemos señalar que la prórroga del artículo 10 tiene naturaleza *sui generis*, constituye un estado intermedio entre la prórroga forzosa y la tácita reconducción y se basa en una presunción *iuris tantum* de consentimiento de las partes.

Para poder ejercitar esta prórroga es necesario que hayan transcurrido cinco años de duración como mínimo del contrato y que haya llegado a su vencimiento. No opera si una de las partes notifica a la otra su voluntad de no renovar el contrato. En cuanto a la forma de realizarse la notificación (ya que la Ley no impone un procedimiento determinado) podemos considerar válido el que elija el interesado, siempre que pueda demostrarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho la recepción de la notificación; prueba que corresponde a quien manifieste haber realizado tal notificación.

Así, la SAP de Cáceres, de 31 de enero de 2005 (*JUR* 2005/92447) en referencia a la notificación tipificada en el artículo 10 de la LAU dice: «No es suficiente que el arrendador notifique al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, una vez transcurrido el plazo de duración mínima de cinco años, sino que ha de hacerlo de forma fehaciente y recepticia y respetando el plazo de antelación de un mes, que con la calidad de mínimo establece expresamente el precepto y precisamente es ese carácter de mínimo el que impone sin excepciones, el inexcusable rigor en el cómputo del referido plazo, de tal manera que si no se observa en los términos que recoge el precepto, la notificación defectuosa ha de calificarse de ineficaz por contravenir una norma imperativa».

(3) En este sentido, SSTs de 14 de junio de 1984 y 9 de abril de 1985.

También plantea problemas dilucidar a partir del texto legal si se trata de una o de tres prórrogas sucesivas. El tenor literal del artículo 10 parece indicar que se trata de una sola al puntualizar que el contrato quedará prorrogado por tres años más, mientras que en base al artículo 36.2 de la misma Ley que se refiere a la actualización de la fianza cada vez que el arrendamiento se prorrogue podría interpretarse que se trata de varias como sostiene GUILARTE GUTIÉRREZ (4).

En cuanto a la posibilidad de renuncia a la prórroga, cualquiera de las partes puede oponerse a la renovación del contrato pasados los cinco años iniciales y respecto a si puede pactarse en el contrato su exclusión, la doctrina no ha seguido una opinión unánime, GUILARTE GUTIÉRREZ (5) considera que la prórroga del artículo 10 es de aplicación generalizada, una vez terminada la del artículo 9, y entiende que puede ser excluida por las partes al acabar el contrato, sosteniendo que la renuncia a la aplicación del artículo 10 supone la exclusión voluntaria de una norma, que no es imperativa, ya que la prórroga que contempla puede ser eludida unilateralmente por cualquiera de los contratantes.

Por su parte FERNÁNDEZ HIERRO (6) considera que este argumento no es excesivamente convincente, ya que una cosa es que el uso de un derecho pueda ser renunciado por los contratantes y otra es que dicho derecho se les confiera. En base al contenido del artículo 6, entiende difícil la admisión de la exclusión contractual de la prórroga del artículo 10.

En base al artículo 10.2 de la LAU al contrato prorrogado le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional a que estuviera sometido. Pese a esta afirmación, hay que tener en cuenta que es una norma de remisión genérica, ya que muchos de los preceptos de la LAU fijan un plazo de duración del contrato de arrendamiento superior a cinco años para regular de modo diferente algunas cuestiones, por lo que, una vez que se aplica el artículo 10 de la LAU, el régimen legal de este contrato prorrogado es diferente al de un contrato que no ha alcanzado los cinco primeros años de duración. Por ejemplo, el artículo 18.2 señala que la renta a partir del sexto año de duración del contrato, se podrá actualizar de conformidad con lo estipulado por las partes y no necesariamente conforme al párrafo 1 de este artículo.

III. EL DESISTIMIENTO DEL CONTRATO

El artículo 11 de la LAU regula el desistimiento diciendo: «En arrendamientos de duración pactada superior a cinco años, podrá el arrendatario desistir del contrato siempre que el mismo hubiese durado al menos cinco años y dé el correspondiente preaviso al arrendador con una antelación mínima de dos meses.

(4) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., en *LAU, La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 110: «Si denegamos la posibilidad de que operen sucesivamente las prórrogas, el precepto prácticamente quedaría sin contenido, pues el artículo 11 obliga a concluir que la prórroga trianual del artículo 10 no es aplicable a contratos convenidos por un plazo superior a cinco años».

(5) *Ob. cit.*, pág. 113.

(6) FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., en *LAU: Comentario articulado*, 3.^a ed., ed. Comares, 2004, pág. 86.

Las partes podrán pactar en el contrato que para el caso de desistimiento, deba el arrendatario indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que reste por cumplir. Los periodos de tiempo inferiores al año darán lugar a la parte proporcional de la indemnización».

Únicamente se autoriza el desistimiento unilateral al arrendatario y para ello es necesario que se cumplan cumulativamente las siguientes condiciones:

1. Es necesario que el contrato tenga una duración inicial pactada por las partes superior a cinco años. Por tanto, salvo que expresamente se haya pactado lo contrario, no cabe el desistimiento en los contratos de duración inicial igual o inferior a cinco años o en los contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda, en éstos el arrendatario está obligado a cumplir íntegramente el plazo convenido, por lo que no puede dejar de pagar las rentas aunque abandonara la vivienda antes del transcurso del plazo contractual libremente convenido por las partes.
2. Que hayan transcurrido al menos cinco años.
3. Que haya efectuado un preaviso al arrendador al menos con dos meses de antelación. Cuando el arrendador se negara injustificadamente a recibir la notificación de desistimiento o la falta de recepción de la notificación fuera únicamente imputable a él, se entiende que la comunicación enviada produce todos sus efectos aunque no hubiera sido recibida por el arrendador.

La conjunción de los artículos 11 y 9 plantea problemas, ya que, de acuerdo con el artículo 11, el arrendatario sólo puede desistir pasados los cinco primeros años, mientras que según el artículo 9 puede desistir al finalizar cada anualidad.

La doctrina soluciona la posible antinomia, entendiendo que en los contratos de plazos superiores a cinco años no podrá el arrendatario desistir unilateralmente del contrato durante los cinco primeros años, mientras que pasado este plazo cabe el desistimiento siempre que se cumplan las condiciones del artículo 11.

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 11 (7), las partes pueden pactar en el contrato que para el supuesto de desistimiento el arrendatario debe indemnizar al arrendador con una cantidad equivalente a una mensualidad de renta por cada año del contrato que quede por cumplir o la parte proporcional si se trata de periodos inferiores al año.

El arrendatario está obligado a pagar la renta durante todo el plazo por el que se concertó el contrato de arrendamiento y ello con independencia de que

(7) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del RM*, 5.^a ed., Thomson Civitas, ed. Aranzadi, 2006, pág. 1733: «Este pacto sobre desistimiento contenido en el contrato de arrendamiento es inscribible en cuanto regula los requisitos del desistimiento, pues parece que en este caso, la constancia registral del desistimiento, esto es, la cancelación del arrendamiento por desistimiento requeriría la solicitud de ambas partes, dando por cumplida la indemnización que el precepto prevé, pues aunque es una pretensión personal de indemnización, aparece vinculada al desistimiento pactado y como requisito necesario para que tenga lugar él mismo y no ya sólo como simple efecto».

use o no la vivienda. En caso de incumplimiento, el arrendador puede exigir el cumplimiento forzoso del contrato, es decir, el pago de las deudas conforme se vayan adeudando o la resolución del contrato, es decir, el desahucio si el arrendatario está en el uso de la vivienda y en los dos casos podrá exigir los daños y perjuicios que el incumplimiento del arrendatario le haya ocasionado.

IV. EL NUEVO DESAHUCIO «EXPRESS»

La Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, además de modificar el artículo 9.3 de la LAU en el sentido que hemos expuesto, reforma diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el propósito de mejorar y agilizar los procesos de desahucio, salvaguardando en todo caso los derechos y garantías que protegen al inquilino de buena fe. Las principales ideas a destacar son las siguientes:

Se someten al mismo régimen jurídico los procesos de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas y los procesos de desahucio por expiración legal o contractual del plazo del arrendamiento.

Se amplía el ámbito del juicio verbal para que puedan sustanciarse por este procedimiento las reclamaciones de rentas derivadas del arrendamiento cuando no se acumulan al desahucio, lo que permite salvar, en su caso, la relación arrendaticia, algo que hasta ahora se dificultaba porque el propietario acreedor de rentas o cantidades debidas se veía obligado a acumular su reclamación a la del desahucio si quería acudir al juicio verbal, más sencillo y rápido que el juicio ordinario.

Cuando las reclamaciones de rentas o de cantidades debidas accedan al proceso monitorio y se formule oposición por el arrendatario, la resolución definitiva seguirá los trámites del juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía.

En la sentencia condenatoria de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo, la solicitud de su ejecución en la demanda de desahucio será suficiente para la ejecución directa de la sentencia sin necesidad de ningún otro trámite para proceder al lanzamiento en el día y hora señalados en la propia sentencia o en la fecha que se hubiera fijado al ordenar la citación al demandado.

Caben «las condenas a futuro» por las que si se reclaman rentas periódicas y a la vez se ejercita la acción de desahucio, previa petición en el escrito de demanda, la sentencia incluirá la condena a satisfacer también las rentas debidas que se devenguen hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca *ex* artículo 220 de la LEC.

No procederá el recurso de queja en los procesos de desahucios de finca urbana y rústica cuando la sentencia que procediera dictar en su caso no tuviese la consideración de cosa juzgada.

Se modifica el artículo 22 de la LEC, en el sentido de reducir de dos meses a uno el plazo que debe transcurrir entre el momento en que el arrendador exige por requerimiento el pago de las deudas atrasadas y el momento en que puede presentar la demanda.

Se facilita la notificación de la demanda de desahucio de personas físicas o jurídicas en las modificaciones de los artículos 155 y 164 de la LEC, ya que en último término se procederá, sin más trámites, a fijar la cédula de citación en el tablón de anuncios de la oficina judicial. Incluso en la citación se aper-

cibirá al demandado que de no comparecer a la vista se declarará el desahucio sin más trámites.

En los procedimientos de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, el demandante podrá ofrecer la condonación total o parcial de la deuda si el demandado se compromete a desalojar la finca en determinado plazo no inferior a quince días desde la notificación de la demanda.

En definitiva, se reducen plazos y se eliminan trámites no sustanciales que hasta ahora dilataban en exceso la conclusión del proceso.

Por último, la nueva Ley modifica el artículo 17 de la LPH, al objeto de que mediante un acuerdo de tres quintas partes de propietarios que representen tres quintas partes de cuotas de participación, puedan mejorar la eficiencia energética o hídrica del inmueble. Además se regula el establecimiento en el aparcamiento de los edificios, de un punto de recarga de vehículos eléctricos para uso privado, con la simple comunicación a la comunidad de propietarios.

RESUMEN

ARRENDAMIENTOS URBANOS DURACIÓN

En este trabajo hemos pretendido analizar la duración de los arrendamientos de vivienda, que será la libremente pactada por las partes, si ésta fuera inferior a cinco años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance la duración mínima de cinco años.

Se contemplan excepciones a la prórroga obligatoria del contrato para atender la necesidad del arrendador de ocupar la vivienda para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de divorcio o nulidad matrimonial ex artículo 9.3 de la LAU, que ha sido modificado en este sentido por Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.

También hemos analizado la prórroga y el desistimiento del contrato en base a los artículos 10 y 11 de la LAU, respectivamente. Finalmente, hemos aludido a las principales modificacio-

ABSTRACT

URBAN LEASES LENGTH OF LEASE

In this paper we have endeavoured to analyse the length of housing leases. Housing lease length is freely accorded by the parties. If that length is less than five years, then, on the date of expiration of the lease, the lease is obligatorily extended for one-year periods until the lease attains the minimum length of five years.

Some exceptions to mandatory lease extension are envisaged, to accommodate the lessor's need to occupy the premises as a permanent home for him/herself or the lessor's relatives in the first degree of consanguinity or by adoption, or for the lessor's spouse where there is a final divorce or marriage annulment ruling under article 9.3 of the Urban Lease Act, which was amended in this sense by Act 19/2009 of 23 November on measures to foster and speed up the rental procedure and on building energy efficiency.

We have also analysed lease extension and abandonment on the basis of articles 10 and 11, respectively, of the Urban Lease Act. Lastly, we have alluded to the main modifications made for the improvement and acceleration of eviction processes without ceasing

nes introducidas en los procesos de desahucio para mejorarlos y agilizarlos, salvaguardando en todo caso los derechos y garantías que protegen al inquilino de buena fe.

to safeguard the rights and guarantees protecting all bona fide tenants.

1.6. Responsabilidad Civil

INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES SUFRIDOS POR UNO DE LOS PROGENITORES AL SER PRIVADO POR EL OTRO DE RELACIONARSE CON SU HIJO

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ y LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesoras titulares de Derecho Civil UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y DERECHO DE FAMILIA: 1. DAÑO MORAL. 2. DAÑO CONTINUADO.—III. SUSTRACCIÓN DE MENORES.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

De la intensa problemática que plantea el Derecho de Familia, no cabe ninguna duda de que una de las cuestiones más espinosas que puede debatirse, en materia de relaciones paterno-filiales, deriva del derecho del progenitor no custodio a relacionarse con los hijos menores habidos durante la convivencia, cuando tras la ruptura de la pareja hay desacuerdo de los progenitores sobre este extremo.

El ejercicio del derecho de visita otorgado a uno de los progenitores en los supuestos de ruptura de la pareja, así como el otorgamiento de la guarda y custodia, debe estar presidido siempre por el principio del interés del menor, que debe prevalecer por encima de cualquier otro. Las medidas tomadas al respecto se presumen que se toman atendiendo al desarrollo físico y psíquico del menor. Teniendo como punto de partida esta consideración, no debemos olvidar que este principio debe ser ponderado con el interés de los progenitores, es decir, con el derecho-deber de los padres a mantener vínculos familiares con sus hijos, de velar y disfrutar de su compañía, por lo que es necesario analizar la situación siempre a la vista de las circunstancias concretas del caso. Con estas premisas debe buscarse siempre el equilibrio adecuado de los intereses en juego. Existe un derecho a la vida familiar entre los padres y los hijos menores. Y como regla general esta relación familiar es fundamental para el desarrollo de los hijos, por lo que solo excepcionalmente si esta relación supone un daño para el desarrollo del niño o su salud debe romperse (1).

(1) En caso de desacuerdo o en los casos en que se impide el derecho a relacionarse con los hijos, el juez debe modular este derecho, fijando su modo de ejercicio.

La STS de 30 de junio de 2009 (2) pone de manifiesto una serie de cuestiones en el ámbito del Derecho de Familia merecedoras de un breve análisis.

Los hechos se remontan a 1991, fecha en la que una pareja mantiene una relación sentimental y tienen un hijo, reconocido legalmente por el demandante, aunque no era su hijo biológico. En verano de ese mismo año la mujer ingresó en la Iglesia de la Cinesiología y se trasladó con el hijo de ambos a Florida (Estados Unidos), sin el consentimiento del padre. Ante esta situación, el padre interpuso una demanda y se le concedió por el Juzgado de Primera Instancia la guarda y custodia del hijo, ante la sospecha de que la convivencia con la madre podía afectar de manera negativa la personalidad del hijo. Dicha decisión fue confirmada por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid (3), quien consideró que, con independencia de las orientaciones religiosas (4) de la madre, se había privado al padre de forma unilateral e injustificada del ejercicio de los derechos y deberes inherente a la patria potestad desde 1991. Al residir la madre con el menor en Florida, la sentencia no pudo ejecutarse, por lo que el padre ejerció una acción de responsabilidad extracontractual contra la madre y la citada Iglesia por el daño moral producido al ser privado de su hijo. La demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia y posteriormente confirmada por la Audiencia al considerar que había prescrito la acción. Por el contrario, el Tribunal Supremo considera que estamos ante un supuesto de daño continuado y además entra a resolver sobre el fondo de la cuestión.

Son varios los asuntos que se plantean en este supuesto con una serie de connotaciones especiales al estar dentro del ámbito del Derecho de Familia.

En primer lugar, la consideración de daño continuado y el momento a partir del cual se considera que éste cesa. En segundo lugar, la posibilidad de haber planteado, por parte del padre, una reclamación por sustracción de menores. Y en tercer lugar, la inclusión del daño moral en los procedimientos de separación y divorcio, cuestión de escaso tratamiento en nuestro derecho.

II. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y DERECHO DE FAMILIA

La indemnización que trae causa de una acción que deriva en responsabilidad extracontractual, se puede basar en un daño material, más fácil de identificar o un daño extrapatrimonial o moral.

1. DAÑO MORAL

Como sabemos existe un daño moral cuando éste recae sobre bienes o derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por lo tanto el perjuicio recae en el acervo espiritual de la persona (5). Siendo admitida la reparación del

(2) STS de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009/5490). Ponente: Excm.a. Señora doña Encarna ROCA TRÍAS.

(3) SAP de Madrid, de 13 de enero de 1995.

(4) Un tema muy interesante que queda al margen del recurso de casación es el derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al interés superior del hijo menor. En el supuesto en concreto, objeto de estudio, la progenitora pertenecía a una secta religiosa.

(5) Vid., VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 273.

daño moral por la doctrina y la jurisprudencia, lo extraordinario en el supuesto objeto de análisis es la inclusión de este daño en el ámbito del derecho de familia y más concretamente, en el ámbito paterno-filial, al tratarse de un supuesto en el que tras la ruptura de la pareja se impide, unilateralmente por un progenitor, que el otro tenga algún tipo de relación con el hijo común. Son prácticamente inexistentes los pronunciamientos judiciales españoles (6) acep-

(6) No obstante, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 8 de abril de 2002 (AC 2002/1964), considera que se produce un daño moral por la privación por los codemandados del derecho del actor, como padre biológico, a relacionarse con su hija menor de edad, derecho de comunicación amparado por resoluciones judiciales, produciéndose un daño espiritual en el progenitor que afecta a los derechos de paternidad y filiación, y da lugar a indemnización. «Es innegable que la situación producida en el actor (definida por la sensación de incertidumbre acerca de la posibilidad de ejercicio del derecho que le había sido reconocido por el Juzgado, así como de impotencia frente a la actuación obstativa de los demandados, así como el resultado de privación de contacto con los hijos propios, incluso hasta el extremo de intentar borrar de su memoria la existencia de un padre biológico), produce un daño de orden espiritual en el referido progenitor, que no ha dejado nunca de intentar tener ese acercamiento hacia su hija. E igualmente es de notar que como reconocen los recurrentes en el escrito de formalización del recurso de apelación: «la madre no ha ocultado nunca su deseo de integrar plenamente a su hija Marta en su nueva familia de que sea una hija más de ésta, mediante su adopción sin perjuicio del absoluto respeto a los derechos del señor A. y de ahí que... le proponga una vez más consienta en la adopción con pleno reconocimiento y garantías de su filiación original (*sic*). Nunca se ha pretendido ocultar lo que se estima mejor para su hija, sobre todo en aquel momento social, sin que de ello pueda colegirse un ánimo ni intención de obstaculizar el derecho también natural del padre que ha de compatibilizarse con el de la hija». No es una afirmación nueva ésta que se contiene en el escrito de recurso contra la sentencia, sino que además se ha recogido igualmente por el Juez de Primera Instancia ese deseo de la madre biológica, confesado en el interrogatorio de la parte, y denotado en la correspondencia existente en las actuaciones. Era un deseo conocido, y ello conlleva un sufrimiento añadido en el sentido de que el padre teme que se le quiera forzar a aceptar la integración plena de su hija en familia ajena, ya que el interés evidente de los demandados es precisamente el de integrar a la hija del actor en la familia que ellos han formado incluso mediante un vínculo como el de la filiación adoptiva que, necesariamente, es incompatible con el ejercicio por parte del señor A. de sus derechos dimanantes de su condición de padre a tenor de lo que dispone el párrafo primero del artículo 160 del Código Civil.

Es por lo tanto lógica y atendible la existencia razonable de temor y de angustia del actor ante la conducta de los demandados, conducta que puede llegar a producir no sólo la privación de contacto entre el padre y la hija, sino además la pérdida del afecto o la imposibilidad de que éste nazca entre Marta y su padre. Tal privación de contacto con la hija reúne los requisitos precisos para entender existente el derecho al resarcimiento del daño moral. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque, lejos de obedecer al interés de la menor, se debió a la intención de los demandados de lograr la adopción de la niña por el codemandado señor C., alejando así de las relaciones familiares al actor; y también porque el tribunal de instancia había resuelto ya lo procedente, de conformidad con el artículo 160 del Código Civil, la efectividad de las visitas. En segundo lugar, la privación de contacto ha sido importante ya que el actor no ha logrado tener contacto con la niña pese al tiempo que hace que se viene pretendiendo ejercitar el derecho que le viene conferido. Y en tercer lugar, se dio la situación de afectación en la esfera psíquica (como se establece en la sentencia del Juzgado), y resulta lógica su generación, habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la ineffectividad del derecho, se han de unir la preocupación por la posible

tando el daño moral en este ámbito (7), a diferencia de lo que ocurre a nivel europeo, en donde sí se aprecia daño moral cuando existe una privación de relación entre los padres o familiares y el menor. La propia sentencia recoge la interesante doctrina del Tribunal de Derechos Humanos (8), en la que se

pérdida afectiva de la hija, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia de la posición de la madre, guardadora de la niña, que impide la visita con desprecio de los intereses de la otra parte e incluso de los de la propia hija».

(7) En alguna ocasión se ha admitido la existencia de daño moral por los tribunales dentro del ámbito familiar, pero en supuestos muy diversos al aquí analizado, por ejemplo, entre excónyuges, como en el caso de la sentencia 597/2004 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 24 de noviembre de 2004, como consecuencia de la impugnación de la paternidad, se considera que es indemnizable la procreación de un hijo extra-matrimonial con ocultación de esta circunstancia al otro cónyuge, presunto progenitor, en el caso enjuiciado de los cuatro hijos que presuntamente eran matrimoniales sólo uno era del cónyuge (engañándose al marido sobre la paternidad). O en el supuesto de la sentencia 266/2007, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 5 de septiembre de 2007, en el que el padre descubre que el hijo que creía habido constante matrimonio no es suyo. Otro caso en el que se reconoce indemnización por daños morales es el supuesto en el que se celebra un matrimonio, ocultando el marido a la mujer que era portador del VIH, realizando una vida matrimonial normal, despreocupándose de su enfermedad, caso analizado por la sentencia 653/2007 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de julio de 2007.

(8) Este tipo de daños ha empezado a ser considerado como fuente de la indemnización. «El Tribunal de Roma, en sentencia de 13 de junio de 2000, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visitas, condenó a la madre a indemnizar al padre por haberlo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo. Entendió que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y en proporción de su propio sentido de la responsabilidad, y del prolongado pero vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho. La Comisión Europea de Derechos Humanos, sin embargo, no condenó a Dinamarca en la Resolución de 20 de octubre de 1998, por entender que no había habido violación de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso que las autoridades de un Estado suspenden el derecho de visita atendiendo al interés del menor. Pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania, sentencia) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en un caso en el que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años que sufría el síndrome de alienación parental. Se dice en esta sentencia que: *«El Tribunal recuerda que el concepto de familia, con arreglo a este artículo, no se limita únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede englobar otras relaciones “familiares” factibles cuando las partes cohabitan fuera del matrimonio. Un niño nacido de tal relación se inserta de pleno derecho en esta célula “familiar” desde su nacimiento y por el hecho mismo de éste. Por tanto, existe entre el niño y sus padres una relación constitutiva de una vida familiar* (sentencia Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, serie A, núm. 290, págs. 18-19, ap. 44)». Además, el Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio [ver, entre otras, sentencias Johansen contra Noruega de 7 de agosto de 1996, y Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27)]; de donde concluye el Tribunal que *«el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al convenio*». Hay que poner de relieve que, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor

condena (o bien a un progenitor o al Estado por impedir la relación de progenitor no guardador con sus hijos) a la indemnización de daño moral cierto.

En el supuesto que analizamos, cuando los interesados mantienen una relación sentimental, el hijo biológico de la mujer es reconocido por su pareja, de una forma libre, consciente y voluntaria por ambas partes, y durante el tiempo que dura la convivencia, el padre tiene una relación paterno-filial con su hijo, desempeñando el papel de tal, tratándole, educándole, formándole, queriéndole y cuidándole, en definitiva, velando por el hijo y ejerciendo los derechos y los deberes inherentes a la patria potestad. Cuando se produce la ruptura de la pareja, la madre traslada su residencia a los Estados Unidos, no regresando más a España, truncando la relación del hijo con el padre y arrancando al menor del entorno familiar en que hasta ese momento había desarrollado su vida. Denunciándose este hecho por el progenitor, tras diversos procedimientos se le atribuye la guarda y custodia del menor, aunque nunca se consigue ejecutar la sentencia en USA.

La facultad de decidir el lugar de residencia del menor, creemos que no puede ser resuelta unilateralmente por uno de los padres, ni aunque tenga en exclusiva la guarda y custodia del hijo, pues consideramos que es una facultad que corresponde a ambos progenitores y que será el juez el que deberá decidir en caso de que no exista acuerdo, valorando los motivos por los que se produce este cambio, tales como intereses personales, profesionales, etc. En el caso analizado, debe destacarse que no se trata sólo de un cambio de la residencia habitual, sino que además se impide al padre relacionarse con su hijo menor, lo que sin duda produce daño moral, que en nuestra opinión se extiende no sólo al padre sino también al hijo.

Como bien analiza la Sala, para que exista responsabilidad extracontractual se tienen que dar los presupuestos requeridos para ello, existencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. Claramente se aprecia que la conducta de la madre fue contraria a derecho impidiendo, en primer lugar, la relación del padre con el hijo, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia en la que se le otorgaba al padre la guarda y custodia del hijo. Por lo tanto su actuación se encaminó a impedir las relaciones paterno-filiales.

En segundo lugar, la trascendencia de la existencia de un daño —en este caso daño moral—, viene marcada principalmente por la actitud de la madre, impedir que se lleve a cabo un derecho, derivándose una acción culposa. Es de vital importancia tener claro esto, y por ello lo remarca el Tribunal Supremo. Por tanto, hay que centrar la cuestión en que el cambio de residencia decidido unilateralmente por la madre, que no tiene la custodia, crea una situación que claramente la favorece en la relación con su hijo, impidiendo todo tipo de contacto con el padre, y es precisamente el impedimento que la madre mantiene para que el progenitor se relacione con su hijo (9) y ejerza su derecho-deber lo que provoca el daño moral. Daño que es irreversible. No es

sino al Estado alemán. Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio [sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1.ª, de 11 de julio de 2000 (TEDH 2000, 150), caso Ciliz vs Países Bajos].».

(9) Cuando se impide por uno de los progenitores el régimen de visitas acordado se puede denunciar, el hecho puede dar lugar a una falta regulada en el artículo 618 ó 622 del Código Penal.

que partamos de la base de que en la mayoría de los supuestos de separación hay un daño psíquico para el progenitor a quien no se le concede la guarda y custodia y que por tanto se ve privado del disfrute de la compañía de sus hijos, porque con ello se abriría la caja de pandora para solicitar indemnizaciones a través de la figura de la responsabilidad extracontractual por daño moral en todos los casos de separación o divorcio donde existen hijos. Por lo tanto hay que analizar escrupulosamente todos los supuestos y ver las circunstancias concretas que envuelven cada proceso. Nuestros tribunales menores han considerado, por ejemplo, que un cambio de residencia del progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia, no da derecho a una indemnización por daño moral, habrá que considerar la revisión de las medidas del convenio (10). En este caso no existe una acción culposa por parte del progenitor que cambia las circunstancias (11), sino más bien un hecho usual basado en una actuación posible tras una ruptura matrimonial. Si se considerase un daño moral susceptible de indemnización, en todas las rupturas matrimoniales sería un elemento más a tener en cuenta, lo que provocaría un abuso por aquél que lo solicita.

Demostrado el daño y la actuación que lo ha provocado se ve la relación de causalidad, que como bien señala la Sala:

(10) Sentencia de la AP de Madrid (Sección 11) de 21 de junio de 2001 (*RJ* 2001/252828): «...En lo que atañe a la acción ejercitada por don Manel J. S., dirigida a que se le indemnicen los daños morales que afirma haber sufrido por la decisión de su esposa de trasladar su domicilio a Madrid al haberle apartado de la compañía de sus hijos, impidiéndole injustamente el ejercicio de los derechos tuitivos que como padre le corresponden, hemos de convenir con la juzgadora de instancia en la desestimación de tal pretensión. Ciertamente los procesos de crisis matrimoniales comportan la necesaria separación de los hijos del progenitor que no obtiene la guarda y custodia de los mismos, pero tal consecuencia inherente a la propia situación de crisis que comporta el ejercicio del derecho a obtener la separación o el divorcio que el ordenamiento jurídico reconoce, no puede dar lugar a la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1.902 del Código Civil, no advirtiéndose en la demandada la conducta culposa o negligente desencadenante de precitada responsabilidad. Tampoco podemos olvidar que la misma está asistida de otro derecho constitucionalmente reconocido, cual es el de decidir libremente el lugar de su residencia (art. 19 CE), derecho que no puede sostenerse se haya ejercitado abusivamente por la aludida demandada que ha contraído nuevo matrimonio, por lo que la decisión de trasladar su residencia a Madrid no puede ser generadora de responsabilidad alguna, pudiendo determinar, a lo sumo, la alteración de la medida adoptada, dentro del proceso de separación o divorcio, en relación con la guarda y custodia de los hijos para lo que sí es competente el Juzgado de Familia que está conociendo de tales procesos, Juzgado que ya decidió, al menos en sede cautelar, sobre mencionada cuestión manteniendo a la demandada en dicha guardia y custodia y acomodando el régimen de visitas a la nueva situación creada. Procede, por tanto, desestimar también en este extremo el recurso.

(11) Tampoco defendemos que el traslado de residencia de un menor con el progenitor custodio a otra ciudad sea motivo para cambiar la guarda y custodia, cuando dicho traslado no tiene por objeto alejar al progenitor del hijo, sino que puede estar justificado por la situación de la ruptura, al ser la madre natural de dicho lugar donde se encuentra su familia, incluso, a veces, puede servir para superar las tensiones entre los padres que pueden repercutir en el menor como, por ejemplo, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 19 de mayo de 2006. Otras veces el cambio puede obedecer a razones laborales, y estar justificado por la oferta de un empleo estable y bien remunerado, que no perjudicará al hijo sino que precisamente las mejoras económicas y sociales pueden repercutir favorablemente en el desarrollo del menor, etc.

«Sexto.—El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad entendida, en este caso, no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que esta Sala ha venido utilizando. Así, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2008 señala, citando la de 17 de mayo de 2007, que se debe distinguir entre “la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que la causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica que del resultado haya sucedido”, de “la causalidad jurídica, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente —imputar— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual”. Concluye este Tribunal que, para “sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal (...)”».

En este caso, sin duda existe un nexo causal entre el comportamiento de la madre, que impide de manera efectiva las relaciones del padre con su hijo, y el daño que éste sufre, consistente en un padecimiento físico, impotencia, impacto emocional y angustia.

2. DAÑO CONTINUADO

Ha sido trascendente para el resultado a favor del padre la consideración que la Sala hace sobre el daño continuado. Para evaluar el comienzo del plazo prescriptivo, es necesario concretar el *dies a quo*, existiendo varias soluciones, considerar el comienzo para el cómputo del plazo, el momento en el que se produce el hecho que origina el resultado dañoso; o el momento en el que el daño se manifiesta, en el caso de daños diferidos; quizá cuando se conoce el alcance exacto de los daños o, por último, el momento en el que cesa la actividad dañosa (12). Solución adoptada por la Sala, quien considera que no había prescripción, ya que se tuvo en consideración la mayoría de edad del hijo como momento en el que cesa la actividad dañosa.

III. SUSTRACCIÓN DE MENORES

Al hacer una primera lectura de la sentencia, nos dirige a un posible supuesto de sustracción de menores. El Convenio Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (13) establece un procedimiento de

(12) Vid., REGLERO CAMPOS, «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 651.

(13) Ratificado por Instrumento de 28 de mayo de 1987. BOE de 24 de agosto de 1987, núm. 202.

protección y salvaguarda de los menores tendente a la restitución del menor a su residencia habitual cuando ha sido trasladado a otro país por uno de los padres (14). Tras el análisis de los primeros artículos se observa que se trata de dar una respuesta y garantizar los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes por los demás Estados, cuando ha resuelto su otorgamiento los tribunales del país de origen o residencia. El objetivo perseguido es la restitución del *status quo* del menor, así como en evitar la creación de una competencia artificial de las autoridades del lugar al que fue trasladado (15).

Realmente en el supuesto que nos ocupa parece que está dentro de lo establecido en el apartado a) del artículo 3, que considera ilícito el traslado de un menor cuando existe una infracción de un derecho de custodia, atribuido en este caso al padre. Sin embargo surge una duda respecto del momento en el que el padre solicitó la atribución de la guarda y custodia, que fue posterior a la marcha de la madre a otro país. Quizá ese es el motivo por el que el padre no utilizó este medio para lograr la restitución del hijo a su residencia. A lo que hay que añadir una referencia al plazo, la petición de restitución debe hacerse dentro del año siguiente al traslado, siempre en aras del interés del menor, ya que sobrepasado ese plazo, hay una presunción de integración del menor en la nueva residencia.

CONCLUSIÓN

Nos parece totalmente acertada la doctrina del Tribunal Supremo que considera la existencia de un daño moral cuando hay una acción culpable por parte del otro progenitor, o como en este caso padre no biológico que impide la relación padres-madres con hijos e incluso familiares, como así lo considera el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo condenando al Estado italiano. Daño que en muchos casos se extiende al hijo al que se le priva de tener relaciones con el otro progenitor, ya que para un padre y un hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque las relaciones entre los padres se hayan roto. Y como regla general esta relación familiar es decisiva para el desarrollo de los hijos, por lo que solo excepcionalmente si esta relación supone un daño para el menor debe romperse. Por otro lado, creemos que hay que razonar estos supuestos con suma cautela, porque si se abre la mano en este sentido podría haber un abuso en las solicitudes de indemnización por daño moral en los procesos de ruptura matrimonial.

(14) Estados Unidos firmó el Convenio el 23 de diciembre de 1981. En caso de que la sustracción del menor tenga lugar en uno de los Estados de la Unión Europea, se aplica el Reglamento número 2201/2003, del Consejo de Europa, de 27 de noviembre de 2003, relativo a Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y Responsabilidad Parental.

(15) HERRANZ BALLESTEROS, M., «Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio europeo», en *Ar. Civil* 13/2004, pág. 2067.

BIBLIOGRAFÍA

- HERRANZ BALLESTEROS, M., «Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio europeo», en *Ar. Civil* 13/2004, págs. 2065 a 2085.
- MORENO VELASCO, V., «La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento de visitas», en *La Ley*, 2008, págs 1 a 6.
- REGLERO CAMPOS, L. F., «La prescripción de la acción de reclamación de daños», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 722 a 838.
- VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, págs. 250 a 331.

RESUMEN

DAÑO MORAL GUARDA Y CUSTODIA

La privación de las relaciones de uno de los progenitores con sus hijos por impedirlo el otro progenitor, independientemente de que se trate de imposibilitar el ejercicio de la guarda y custodia o simplemente se trate del impedir el régimen de visitas, ha sido considerada por el Tribunal Supremo como causa de un daño efectivo, un daño moral. Al estimarse en el supuesto analizado que existen los requisitos exigidos para que haya una responsabilidad extracontractual, un hecho, un daño y una relación de causalidad entre ambos. En este sentido, el Tribunal Supremo está en la línea de las Resoluciones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, quien considera que constituye una violación del derecho a la vida familiar el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

ABSTRACT

MENTAL ANGUISH GUARDIANSHIP AND CUSTODY

Depriving parent A of spending time with his or her children because the other parent B prevents parent A from doing so, regardless of whether it is a case of making it impossible for A to exercise guardianship and custody or simply by preventing A from visitation, has been regarded by the Supreme Court as the cause of a kind of actual damage, mental anguish. The Supreme Court considers that the requirements for extra-contractual liability to exist—an event, damage and a causal relationship between the event and the damage—are met. In this sense, the Supreme Court is in line with the European Court of Human Rights, which considers preventing parents from spending time with their children, born of or outside their marriage, constitutes a violation of the right to family life.

2. MERCANTIL

LA ACCIÓN PAULIANA Y LAS APORTACIONES SOCIALES A CAPITAL (I)

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación
Doctor en Derecho y Abogado*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—IV. LAS PARTICIPACIONES Y SU EMBARGO. LA INSOLVENCIA.—V. LAS TRABAS Y SUS GARANTÍAS. EL FRAUDE.—VI. EL TERCERO DE BUENA FE.—VII. RECAPITULACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Con bastante asiduidad se vienen enjuiciando casos en la práctica de nuestros Tribunales sobre la concurrencia de los requisitos de la acción pauliana en relación con aportaciones no dinerarias a capital de sociedades con el resultado de declarar fraudulentas y rescindibles dichas aportaciones no dinerarias al haberse realizado en fraude de acreedores.

No vamos a tratar pormenorizadamente en este trabajo los requisitos de la acción pauliana sobre los cuales ya se ha pronunciado en multitud de ocasiones la jurisprudencia y nuestra doctrina civilista, aunque sí que vamos a abordar en el mismo nuestro parecer sobre la concreta apreciación de dichos requisitos en las resoluciones jurisprudenciales que expondremos, en función de los razonamientos particulares utilizados y reiterados en las mismas.

En consonancia con lo anterior y centrando el análisis desde la perspectiva mercantil —e incluso procesal— de la problemática apuntada, los argumentos jurisprudenciales utilizados para declarar la viabilidad de la acción pauliana, en estos casos, pueden ser agrupados dentro de las siguientes categorías generales que ofrecen, a su vez, la casuística particular que apuntamos:

- (i) La valoración de la aportación social y su singularidad:
 - La no constancia del valor real de las participaciones en el procedimiento y que las mismas tengan un valor nominal inferior a lo aportado.
 - La existencia del derecho de suscripción preferente.
 - La aportación omnicomprendiva de los bienes de los aportantes.
- (ii) Las actuaciones posteriores de los aportantes:
 - La aportación social supone ánimo de ocultación de bienes y con ello ya se puede presumir también que se realizarán actos fraudulentos tales como la enajenación de las participaciones sociales recibidas como contraprestación a la aportación no dineraria o la descapitalización de la sociedad.

- La variabilidad del valor de las participaciones sociales en función del mercado correspondiente.
- (iii) Naturaleza del procedimiento de ejecución contra participaciones sociales:
 - La enorme dificultad que la subasta de participaciones sociales supone para ofrecer liquidez al acreedor con el resultado de la misma.

De lo anterior, podemos volver a reducir los problemas a los efectos del tratamiento de los mismos del siguiente tenor:

- (i) Las aportaciones sociales en cuanto a la realidad y valoración de las mismas, así como objeto de embargo.
- (ii) La traba de participaciones y sus garantías.

De esta forma, y sin perjuicio de que haya de estarse a las características concretas del caso para poder pronunciarse de antemano sobre el carácter fraudulento de la correspondiente aportación no dineraria, entendemos que argumentos como los anteriores que han venido siendo utilizados —como decimos— de forma reiterada en la jurisprudencia analizada, no justifican de por sí el referido carácter fraudulento, ya que, o bien abordan la problemática social desde un punto de vista erróneo, o bien, obvian por completo la naturaleza del propio procedimiento de embargo de participaciones, así como las actuaciones que en el seno del mismo asisten al acreedor para ver garantizados y satisfechos sus derechos.

La flexibilización y relajación de los requisitos para el ejercicio de la acción pauliana que se viene observando en ciertas resoluciones jurisprudenciales y opiniones doctrinales, tales como el relativo a la insolvencia del deudor (subsidiariedad) o bien que resulte simplemente necesario (fraude) con un conocimiento del perjuicio al acreedor y no una auténtica intención de dañar —los cuales, si bien, igualmente compartimos con carácter general— no pueden servir para justificar la existencia de una auténtica enajenación fraudulenta en todas estas situaciones sociales. Incluso, el requisito de la buena fe o no del tercero, también debiera evaluarse en cada supuesto y de forma especial, ya que a nuestro juicio, no en todo caso ha de tratarse a la sociedad que recibe la aportación como si de un tercero de mala fe se tratara.

Sirva lo anterior no para legitimar auténticas enajenaciones fraudulentas que se producen, sí es verdad, cuando el deudor ve el riesgo de que su patrimonio sea apremiado por parte del acreedor y considera que con tal «ocultación» ha de bastar para distraer su patrimonio en contra del principio de responsabilidad patrimonial; pero sirva también para hacer notar como el recurso generalizado a la acción pauliana no se encuentra plenamente justificado en la totalidad de esta clase de actuaciones empresariales, debiendo ser estimado con una mayor cautela por parte de nuestros juzgados y tribunales, «subsidiariamente», que es como en realidad ha de contemplarse.

Todo ello sin contar que también en razón del caso determinado es muy probable que al acreedor le hubiera interesado más iniciar el embargo y ejecución de las participaciones que ha recibido su deudor, que actuar conforme a la acción pauliana cuyo resultado supone generalmente un procedimiento judicial más largo, así como el ingreso de nuevo en el patrimonio del deudor

de los bienes inicialmente aportados, con el riesgo añadido que dicha operación le pudiera suponer por la concurrencia de otros acreedores de este deudor en relación con dichos bienes inicialmente aportados.

No resulta nuestro propósito, por la práctica imposibilidad del mismo, exponer cuáles son las circunstancias que irremediablemente supondrían la rescisión de la aportación social por fraude de acreedores ya que la multiplicidad de las circunstancias de cada negocio social desaconsejan —a nuestro juicio— dicha labor, aunque sí evidenciar como el propio negocio de aportación no puede ni debe ser considerado como fraudulento con carácter general, como parece ser de la lectura del tratamiento que del supuesto se realiza por la jurisprudencia.

A estos efectos, primero expondremos a continuación la más relevante casuística jurisprudencial a la que hacíamos referencia para, posteriormente, abordar los problemas apuntados con anterioridad en otro trabajo inmediatamente posterior al presente.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

(1) La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de mayo de 2009 (RJ 2009/3049), declara la improcedencia de la acción pauliana contra unas aportaciones sociales, debido principalmente a que las aportaciones de bienes fueron realizadas con anterioridad a la fianza del crédito existente, al exponer lo siguiente:

«En el motivo único del recurso se enumeran los requisitos de la acción pauliana cuando, realmente, sus presupuestos son simplemente, como se ha apuntado anteriormente, el eventus damni, que implica la subsidiariedad, y el consilium fraudis, que implica la conciencia del perjuicio. Normalmente, el crédito del acreedor es anterior al acto dañoso y fraudulento, aunque cabe la acción cuando se produce la enajenación en consideración al crédito futuro [así, sentencia de 15 de marzo de 2002 (RJ 2002/2841)].

No es este el caso. En el presente se constituye una fianza, es decir, el contrato (20 de marzo) cuando ya los fiadores carecen de bienes inmuebles (desde el 7 de marzo) y cuando nace el crédito, por vencimiento de la póliza (30 de abril) se presenta la demanda (8 de mayo): como dice, en caso semejante, la sentencia de 8 de marzo de 2003 (RJ 2003/2564), no ha lugar a la acción rescisoria por no haber perseguido los bienes de los deudores para hacer efectivo el cumplimiento de su obligación como lo eran las participaciones sociales de los mismos o, en su caso, haber ejercitado la acción rescisoria contra su transmisión de tales participaciones a terceros. Pero se ha ejercitado la acción revocatoria frente a una transmisión de inmuebles a una sociedad de la que era socios únicos y que se había constituido antes de la constitución de la fianza. No cabe, pues, que ésta prospere y, por ello, la sentencia no ha infringido los artículos que se alegan como infringidos; el recurso debe ser desestimado con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001/1892)».

(2) En la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2007 (RJ 2007/5315), se confirma la procedencia de una acción rescisoria de unas aportaciones sociales no dinerarias, de acuerdo con los razonamientos de la sentencia de apelación que habían sido los siguientes:

«La Audiencia Provincial, al conocer el recurso de apelación interpuesto por los demandados, confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, apreciando la existencia de los requisitos exigidos para la prosperabilidad de la acción de rescisión por fraude de acreedores contenida en el artículo 1.111 del Código Civil (LEG 1889/27), pues como textualmente señala: la concurrencia en el presente caso del primero de los requisitos no ofrece ninguna duda, así los propios demandados reconocen que firmaron el 14 de julio de 1995 como avalistas en la operación por la que la Sociedad de Garantía Recíproca "Araval" garantizaba el crédito de 25.000.000 de pesetas otorgado por la entidad crediticia "Caja Rural de Teruel" a la Sociedad Agraria en Transformación "S.A.T. Forniche Alto", de la que el demandado señor Javier era administrador, crédito que a su vencimiento resultó impagado. / El segundo de los requisitos debe darse igualmente por acreditado, pues los propios demandados reconocen, y así puede verse de la documental aportada (folios 106 y siguientes), que con fecha 20 de noviembre de 1995 constituyen la sociedad limitada "Spa & Health, S. L." de la que la señora Pilar se adjudica 370 participaciones sociales por un valor de 3.500.000 pesetas y para cuyo pago aporta a la sociedad la mitad indivisa de tres bienes inmuebles, una vivienda en Teruel, una plaza de garaje y otra vivienda en Sagunto, y 200.000 pesetas en metálico; y el señor Javier se adjudica 224 participaciones sociales por un valor de 2.240.000 pesetas, para cuyo abono aporta la nuda propiedad de la mitad indivisa de dichos inmuebles. No ofrece ninguna duda de que dicha mercantil tiene la consideración de tercero beneficiario, pues tiene una personalidad jurídica distinta de la de sus accionistas. / El tercero de los requisitos, que el acto haya sido celebrado en fraude de acreedores, hay que darlo por acreditado en el presente caso, pues la constitución de la referida sociedad únicamente tuvo como finalidad el salvaguardar los bienes de los posibles acreedores, tal como se deduce de los siguientes hechos: A) de la propia fecha de constitución de la sociedad (20-11-95), pocos meses después de haber avalado un crédito otorgado a una Sociedad Agraria de Transformación de la que el demandado señor Javier es administrador y justo un mes antes de que dicha Sociedad Agraria comience a incumplir las obligaciones asumidas frente a la entidad prestamista (diciembre de 1995) y tres meses antes de que se solicite la suspensión de pagos (16-2-1996); B) de que la sociedad que constituyen no tenga actividad alguna, y así lo reconocen los demandados, ni haya cumplido con la obligación legal de presentar sus cuentas y balances anuales en el Registro de la Propiedad desde su constitución; C) de que los bienes que se aportan para la constitución de la misma estén claramente infravalorados, tal como quedó acreditado por la prueba pericial, que valoró los bienes a la fecha de su aportación en 22.719.425 pesetas, mientras que las participaciones sociales que reciben por ellos son valoradas en 5.740.000; D) que los únicos accionistas de la misma sean los dos demandados que la constituyen; y E) de que los hoy demandados, tras la aportación de los inmuebles a la sociedad, no se reserven bien alguno con el que afrontar las obligaciones asumidas, pues aunque a cambio de la aportación reciban participaciones sociales, éstas, como ya se ha dicho, tienen un valor nominal muy inferior al de los bienes aportados. / CUARTO.- La concurrencia del cuarto de los requisitos, que el acto o contrato impida la efectividad de aquel crédito y que el actor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, se presenta en el recurso como eje de la impugnación al negar rotundamente su concurrencia sobre la base de que la mercantil ahora demandante, al haber embargado las participaciones sociales de la sociedad "Spa & Health, S. L.", "ha embargado los derechos que ostentan sobre los bienes inmuebles

litigiosos”, y pueden, a través de la realización de dicho embargo, cobrar la deuda. Tal afirmación debe ser rechazada, pues, como muy bien indica la demandante, citando una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3-11-97, es de constatar la práctica imposibilidad de hacer efectiva la deuda reclamada a través del embargo de participaciones sociales, dada la regulación que del mismo realizan los artículos 31 y 38 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (RCL 1995/953), máxime cuando, como en el presente caso, el administrador de la sociedad cuyas participaciones se embargan es el propio deudor sin cuya colaboración el embargo de participaciones deviene prácticamente imposible. Si a esto añadimos el hecho de que se desconoce el valor real de las participaciones al no existir balances ni cuentas de la sociedad, por lo que tenemos que tomar como base el importe nominal de las mismas, que resulta a todas luces insuficiente para cubrir la deuda contraída con la entidad demandante Araval; deuda que podría atenderse, al menos en una gran parte, de realizar el embargo directamente sobre los bienes cuya fraudulenta aportación es el objeto de la presente reclamación y cuyo valor es superior al de las mentadas participaciones; y el hecho de que dichas participaciones son el único bien junto con el usufructo de la mitad indivisa de dos de los inmuebles que no se aportó a la sociedad y que se reservó la demandada señora Pilar, que se ha podido embargar, queda patente y claro que la aportación impide o dificulta en gran medida la efectividad de aquel crédito y que la demandante carece de otro recurso para ello. / QUINTO: La concurrencia del último de los elementos exigidos resulta in cuestionable en el presente caso, en el que el tercer adquirente, la mercantil “Spa & Health, S. L.” es constituida por los propios deudores, siendo ellos los únicos propietarios y administradores de la misma. Por todo ello, al concurrir todos los requisitos exigidos, la acción ejercitada debe prosperar y, en consecuencia, el recurso debe ser desestimado».

Una vez declarada la efectividad de la valoración de la prueba realizada en la instancia y no combatida por la vía del error de derecho en la apreciación de la misma, el Tribunal Supremo expone del siguiente tenor la *ratio decidendi* de la sentencia de apelación para desestimar el recurso de casación:

«TERCERO

El segundo motivo se interpone al amparo del número 4 del artículo 1.692, por infracción de los artículos 31 y 38 de la Ley 2/1995 (RCL 1995/953), de Sociedades de Responsabilidad Limitada, infringidos por su inaplicación al supuesto debatido.

Alegan los recurrentes que la resolución infringe lo dispuesto en los artículos 31 y 38 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lo que determinaría la inaplicación del artículo 1.111 del Código Civil (LEG 1889/27), ya que el embargo de las participaciones permitiría su enajenación forzosa, haciendo inviable acudir a la acción rescisoria, pues la tasación de las participaciones realizada por un perito independiente, garantizaría el resultado perseguido por la entidad demandante, a la vez que “dejaría sin fundamento la acción ejercitada, pues... el acreedor dispone de otros medios menos gravosos para hacer efectivo su derecho de crédito” (sic).

Este motivo también se desestima.

Debe significarse que la ratio decidendi utilizada por la Audiencia Provincial se refiere a que el valor de los bienes aportados es muy superior al de las participaciones, resultando éstas, a todas luces, insuficientes para el cobro del crédito;

habiendo declarado esta Sala, como recuerda la sentencia de 15 de junio de 2007 (RJ 2007/5569), que el recurso de casación sólo cabe sobre la ratio decidendi de la sentencia recurrida, pero no sobre los obiter dicta de la misma —sentencias de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9383), 16 de julio de 2001 (RJ 2001/5227), 2 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6866) y 17 de marzo de 2006 (RJ 2006/5241)».

Así pues, la acción rescisoria en fraude de acreedores de las aportaciones de los codemandados de inmuebles en el momento de su constitución a una sociedad fue decidida en esta litis, sobre la base de la apreciación del citado fraude consistente en salvaguardar los bienes de los posibles acreedores de los codemandados, lo que se razonó en base a lo siguiente:

- a) La constitución de la sociedad que recibió las aportaciones sociales inmobiliarias con posterioridad al aval de un crédito prestado por los aportantes, justo antes de que el obligado principal incumpliera sus obligaciones y fuera declarado en insolvencia.
- b) La inexistencia de actividad social y la ausencia de cumplimiento de las obligaciones de depósito registral de las cuentas anuales.
- c) La infravalorización de las aportaciones sociales.
- d) La coincidencia subjetiva entre los accionistas aportantes y los demandados en el procedimiento.
- e) El hecho de no reservarse los aportantes otros bienes con que cumplir sus obligaciones, lo que debido a la citada infravalorización impide la realización del crédito por la actora.

(3) La sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de julio de 2007 (RJ 2007/4701), también reconoce la existencia del fraude de acreedores ante las aportaciones sociales no dinerarias al razonar del siguiente tenor:

«**TERCERO**

El segundo motivo, siempre bajo el artículo 1692.4 LECiv (LEG 1881/1) denuncia la aplicación indebida del artículo 1291.3 del Código Civil (LEG 1889/27) y del artículo 1.294 del mismo Código, relativo a la subsidiariedad de la acción por fraude. Consideran los recurrentes que no se ha probado la insolvencia de los deudores demandados, porque son titulares de las participaciones sociales que el Banco no intentó ni embargar ni ejecutar.

Este motivo no puede estimarse tampoco por estos argumentos y ello porque, en primer lugar, los recurrentes hacen supuesto de la cuestión al entender que no se ha probado su insolvencia, cuando en la sentencia recurrida ha quedado acreditado que la principal finalidad de la aportación de los bienes a la sociedad que se creaba por parte de los fiadores, ahora recurrentes, fue la de “sustraer el citado patrimonio de las deudas en que hubiera podido incurrir como consecuencia de su calidad de garante de deudas de la sociedad Peninsular Eléctrica, y en especial de la deuda existente a favor del acreedor apelante”, que “impide y dificulta extraordinariamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo”. Y estas conclusiones no han sido impugnadas por los recurrentes por la vía correcta del error de derecho en la apreciación de la prueba.

En segundo lugar, los recurrentes entienden que no carecían de bienes, puesto que a cambio de los inmuebles aportados adquirieron unas participaciones proporcionales al valor aportado en la sociedad. Esta alegación tampoco puede aceptarse, puesto que no se ha probado en las instancias el valor de estas participaciones, sino que al contrario, se ha declarado probado que el acto de dis-

posición efectuado por el deudor mediante la aportación de sus bienes inmuebles a la sociedad “supone no sólo una disminución evidente de su garantía patrimonial, sino que impide y dificulta extraordinariamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo”, tal como afirma la sentencia recurrida. Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala no ha exigido una declaración judicial de insolvencia para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores [SSTS de 20 de febrero de 2001 (RJ 2001/2606), 27 de junio de 2002 (RJ 2002/5896)], pudiendo aplicarse la doctrina de la sentencia de 7 de julio de 1998 (RJ 1998/6271), de acuerdo con la cual, “no es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso legal, antes de ejercitar la acción rescisoria [...] y que todo ello es cuestión de hecho sujeta a la libre apreciación del tribunal de instancia” [ver asimismo SSTS de 6 de abril de 1992 (RJ 1992/6942) y 27 de abril de 2007]. La carga de la prueba de la insolvencia correspondía al Banco actor en este procedimiento, y así se ha considerado probado en la sentencia recurrida, por lo que no existe la lesión que se aduce por los recurrentes.

Razones todas ellas que llevan a la desestimación del segundo motivo del recurso de casación».

Los argumentos, pues, son los siguientes:

- a) La acreditación en la instancia de que la principal finalidad de la aportación no dineraria fue sustraer del patrimonio de los aportantes dichos bienes.
- b) La extraordinaria dificultad del acreedor para la satisfacción de su crédito.
- c) La inexistencia de prueba en las instancias sobre el valor de las aportaciones que implicaran la proporcionalidad entre lo aportado (bienes) y lo recibido (participaciones).

(4) Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2007 (RJ 2007), confirma la inexistencia del fraude de acreedores en las aportaciones realizadas, y por tanto la inviabilidad de la acción pauliana al rechazar el recurso de casación, razonando lo siguiente:

«CUARTO

El segundo motivo del recurso, que se formula por el mismo cauce que el anterior, se destina a denunciar la infracción de los artículos 1.111, 1291.3 y 1.294 del Código Civil (LEG 1889/27) y de la jurisprudencia contenida en las sentencias que se citan en el encabezamiento del motivo.

El argumento en torno al cual se plantea la denuncia casacional, parte de afirmar la concurrencia del requisito de la subsidiariedad que debe darse para el éxito de la acción rescisoria, ejercitada de forma subsidiaria en la demanda, y que fue negada por la sentencia recurrida, con olvido, según la recurrente, de que la jurisprudencia de esta Sala ha configurado el señalado presupuesto en el sentido de que la insolvencia del deudor no ha de ser total, absoluta o radical, bastando que el acto dispositivo comporte una notable disminución del patrimonio del deudor que impida al acreedor percibir su crédito o dificultando en gran medida su satisfacción, como —en la tesis de aquella— ha ocurrido en el caso examinado, donde la aportación de los inmuebles a la sociedad, a cambio de unas participaciones con un valor sensiblemente inferior al de éstos, ha supuesto una situación de insolvencia cuasi-absoluta del deudor y una notabilísima dis-

minución de su patrimonio que conlleva que el reintegro del crédito sea sumamente dificultoso.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado ampliamente el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores, que se traduce en una también amplia concepción de la insolvencia del deudor, la cual, en efecto, y en tanto que requisito de la acción rescisoria por fraude, no ha de ser total y absoluta, sino que basta con que comprometa seriamente las posibilidades de satisfacción del derecho del acreedor. Pero esta amplitud conceptual no debe confundirse con la eliminación del presupuesto mismo en que la insolvencia del deudor consiste, que en todo caso ha de concurrir, siquiera sea bajo esa generosa consideración, y que en el presente caso falta, pues ante la constancia del mayor valor de las participaciones sociales respecto del importe del crédito de la actora y el hecho del embargo de las que son titularidad del deudor —en número que incluso se especifica en la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos hace expresamente suyos la resolución recurrida, y según resulta de la certificación del Registro Mercantil aportada a los autos—, no pueden imponerse las afirmaciones de la recurrente tendentes a poner de manifiesto una extrema dificultad para agotar la vía de apremio con la realización forzosa de los títulos, que, además, de estar huérfanas de todo sustento probatorio, resultan infundadas, siendo evidente la posibilidad material de su enajenación forzosa y de su adjudicación incluso al acreedor —que, no se pierda de vista, se haría de ese modo propietario de unas participaciones sociales representativas del patrimonio de la sociedad acrecentado con la aportación de los inmuebles cuya validez y eficacia se cuestiona—, como también se ha de convenir que el ordenamiento jurídico procesal dispone de medios suficientes para que el derecho del acreedor ejecutante se haga efectivo en el marco del proceso de ejecución, y, en particular, a través del procedimiento de apremio.

El motivo, por todo ello, se desestima».

En esta Resolución, el Tribunal Supremo niega la existencia de insolvencia del deudor, requisito básico para el ejercicio de la acción pauliana, puesto que:

- a) El valor de las participaciones era superior al crédito de la actora.
- b) La propia existencia de un embargo previo de dichas participaciones que supone que el acreedor tuviera asegurada su satisfacción, incluso por la adjudicación de tales participaciones en el seno del correspondiente procedimiento de apremio.

(5) La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de julio de 2001 (RJ 2001/8415), también estima la procedencia de una acción rescisoria en fraude de acreedores por haberse constituido una sociedad con las aportaciones no dinerarias tras haberse instado juicio ejecutivo contra los bienes objeto de dichas aportaciones y no haber fructificado el mismo, debido a la transmisión operada a favor de la sociedad constituida por los deudores. De esta forma se pronuncia el Tribunal Supremo al respecto:

«El único motivo del actual recurso de casación lo residencia la parte recurrente en el artículo 1692-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque, sigue afirmando dicha parte, en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 111, 1.291 y 1.294 del Código Civil, así como la jurisprudencia concordante.

Este motivo debe ser desestimado.

Efectivamente, del *factum* de la sentencia recurrida, que hace suyo el contenido en la sentencia de primera instancia, se desprende después de una *hermeneusis* lógica y racional, que el día 16 de marzo de 1992 la entidad actora cerró la cuenta de crédito y requirió fehacientemente de pago a los demandados José G. S. y su difunta esposa María Rosa G. B., respecto de la póliza de préstamo, con un saldo deudor en ambas pólizas, de crédito y de préstamo, de más de 25 millones de pesetas, siendo así que el día 18 de marzo, dos días después, por tanto, de dicho requerimiento de pago, los citados demandados constituyeron la sociedad García Bazo, S. L., que fue inscrita el 24 de marzo de 1994, la misma fecha en que se presentaron por la entidad actora sendas demandas de juicio ejecutivo en reclamación de los créditos antes citados, y en los que se intentó el embargo de los bienes que los deudores habían declarado al Banco como de su propiedad al contratar aquellas pólizas, pero sin que pudiese hacer efectivo dicho embargo por haberse aportado tales bienes a la sociedad antes citada.

Es más, en la sentencia recurrida, también, al aceptar y recoger las fundamentaciones de la de primera instancia, se afirma paladinamente según consta en su *factum* que toda la actuación de los deudores está absolutamente impregnada de fraude, y que la transmisión efectuada por los mismos a una sociedad familiar lo hizo única y exclusivamente en perjuicio del acreedor. Sin que pueda ser tenida en cuenta la alegación de la parte recurrente, consistente en afirmar que la parte recurrida era titular de las participaciones sociales, según se razona debidamente en la sentencia recurrida.

Y como a tenor de consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, la determinación de tal actividad fraudulenta es una *questio facti* que corresponde a la soberanía de la instancia [sentencias de 12 de julio de 1940 (RJ 1940/701), 27 de abril de 1962 (RJ 1962/2121), 9 de noviembre de 1966 (RJ 1966/4860), 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9885), 28 de junio de 1994 (RJ 1994/5990) y 21 de octubre de 1998 (RJ 1998/8230), entre otras]. Y al haberse detectado tal fraude en la sentencia recurrida, se cumplimenta uno de los requisitos de los exigibles para el éxito de dicha acción pauliana.

En cuanto al de la insolvencia de los deudores y al *nexo credititio*, requisitos que se exigen además para la estimación de las consecuencias del ejercicio de una acción revocatoria —recogida en nuestro Derecho en el art. 1.111 del Código Civil—; hay que decir que ambos están constatados incontrovertidamente en autos, por la falta de éxito de los ejecutivos planteados y por la póliza mencionada».

(6) El auto del Tribunal Supremo, de 16 de enero de 2001 (RJ 2001/3954), sobre inadmisión de recurso de casación, se pronuncia también sobre la cuestión aquí tratada del siguiente tenor:

«Por último, resulta asimismo inadmisibile el tercer motivo del recurso, en el que al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la LECiv se denuncia la infracción de los artículos 1.111 y 1.291 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que los interpreta, por faltar los requisitos a los que los citados preceptos condicionan el éxito de la acción revocatoria o pauliana. Es la proyección de la jurisprudencia de esta Sala —que el recurrente menciona desde un parcial enfoque— sobre la realidad de los hechos recogidos en la sentencia de instancia la que revela la manifiesta falta de fundamento del alegato. Los presupuestos, a cuya concurrencia se sujeta la acción revocatoria, se han ido delimitando y precisando jurisprudencialmente y pueden sintetizarse en los siguientes: a) la existencia de un crédito en favor del actor anterior al acto dispositivo del deudor,

o siendo posterior, que éste fuese sabedor de su inmediata existencia [SSTS 31-12-1998 (RJ 1998/9774) y 15-2-2000 (RJ 2000/678)]; b) un acto del deudor realizado con posterioridad a la existencia del crédito —o con anterioridad a él, pero conociendo su posterior existencia— en perjuicio de los derechos del acreedor, sin que sea precisa la concurrencia de un animus nocendi, sino que basta que el deudor sepa o se percate de la situación de insolvencia y tenga conciencia del perjuicio que ocasiona a su acreedor, erigiéndose el requisito, por tanto, desde postulados cuasi-objetivos de responsabilidad (STS 31-12-1998); y c) la insolvencia del deudor causada por el acto fraudulento, sin que sea preciso que se haya declarado en procedimiento previo, ni que sea necesaria la declaración previa de que el perjudicado carece de otro recurso legal, como tampoco que sea absoluta, bastando una minoración patrimonial que impida cubrir la deuda con el acreedor [SSTS 6-4-1992 (RJ 1992/2942), 31-10-1994 (RJ 1994/8005), 14 de abril (RJ 1998/2321) y 24-7-1998 (RJ 1998/6139), y 15-2-2000]. Tales requisitos deben completarse con el reiterado criterio de esta Sala que declara que la apreciación tanto de la conducta fraudulenta como la insolvencia del deudor, en su componente fáctico, es competencia de los órganos de instancia [SSTS 14-4-1998, 30-7-1999 (RJ 1999/5724), 26 (RJ 2000/2437) y 27-4-2000 (RJ 2000/3381)], resultando ser, por tanto, intangible en casación si no se desvirtúa previamente por el cauce impugnatorio adecuado, a saber, mediante la denuncia del error de derecho en la apreciación de la prueba con la cita de la norma o normas reguladoras de su valoración que se consideren infringidas y la exposición de la nueva resultancia probatoria según el recurrente [SSTS 15-1-1999 (RJ 1999/1), 13-4-1999 (RJ 1999/3361), 25-3-2000 (RJ 2000/1779) y 16-6-2000 (RJ 2000/4424), entre las más recientes].

Pues bien, teniéndose a la vista los expresados criterios, no cabe sino concluir que el motivo de impugnación carece de todo fundamento desde el momento en que el actor era titular de un crédito documentado en letras de cambio aceptadas por el deudor que resultaron impagadas a su vencimiento, sirviendo después de título ejecutivo, siendo irrelevante que al tiempo del acto de disposición estuviese o no declarado en sentencia firme, conforme se ha visto, y que entre los demandados tuvo lugar la aportación de bienes al patrimonio social en ejecución de un acuerdo de ampliación de capital que no se formalizó en escritura pública sino después de que se promoviera el procedimiento ejecutivo, sin efectos posibles, por tanto, frente a terceros, y siempre con posterioridad al nacimiento del crédito, acto dispositivo este que defraudó los derechos de la actora al dejar al deudor sin bienes suficientes para hacer frente a sus responsabilidades; circunstancias todas ellas de carácter fáctico determinantes de la valoración de la concurrencia de los requisitos de la acción que no han sido combatidas adecuadamente en esta sede, y cuyo desconocimiento conlleva la inadmisión del motivo que se estudia conforme a la causa prevista en la regla 3.ª, caso primero del artículo 1710.1 de la LECiv, que no requiere previo trámite de audiencia, según constante criterio de esta Sala refrendado por el Tribunal Constitucional [SSTC 37 (RTC 1995/37), 46 (RTC 1995/46) y 98/1995 (RTC 1995/98), y 152/1998 (RTC 1998/152)]».

El argumento principal consiste de nuevo en considerar que el acto de aportación es fraudulento porque el mismo deja al deudor sin bienes suficientes para hacer frente a sus responsabilidades.

III. LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

(1) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de diciembre de 2006 (AC 2007/388), entiende correcto el ejercicio de la acción rescisoria ante los siguientes hechos:

«Mediante póliza bancaria de afianzamiento, de 24 de julio de 1991, los demandados don Mauricio y doña Begoña, afianzaron solidariamente, junto con otras personas, ante el Banco Central Hispanoamericano, S. A., las operaciones mercantiles que efectuara Bauchemie, S. A., de Tratamientos Especiales para Construcción, por la suma global de 75.000.000 de pesetas.

Bauchemie, S. A., de Tratamientos Especiales para Construcción, generó tres deudas con la entidad bancaria, una por importe de 2.434.136 pesetas, proveniente de una póliza de contrato mercantil de crédito bajo la modalidad de descuento, de fecha 24 de julio de 1991; otra por importe de 32.919.488 pesetas, originada en una póliza de crédito de fecha 26 de febrero de 1992; y la tercera por importe de 393.715 pesetas, saldo adeudado en una cuenta corriente.

La actora remitió telegrama a los indicados demandados reclamándoles el pago de la deuda, que les fue entregado a éstos el 2 de septiembre de 1992, presentando demanda de juicio ejecutivo contra ellos y otros dos fiadores solidarios, despachándose ejecución por auto de 25 de noviembre de 1992. Practicada diligencia de embargo a los señores Mauricio y Begoña el 9 de junio de 1993, se trabó el piso NÚM. 001, letra NÚM. 002, de la casa NÚM. 003 de la CALLE 000 de Madrid, en la llamada URBANIZACIÓN 000 (finca NÚM. 004 del Registro de la Propiedad NÚM. 006 de Madrid), y una vivienda unifamiliar edificada en parcela de terreno en la urbanización llamada Mirador del Baztán, en término municipal de Nuevo Baztán, señalada con el número 3 del plano de parcelación (finca NÚM. 005 del Registro de la Propiedad NÚM. 007 de Alcalá de Henares). El 10 de febrero de 1994 se pronuncia la sentencia de remate por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid, mandando seguir adelante la ejecución despachada contra los demandados en ese procedimiento por la cantidad de 35.747.339 pesetas, mas no se pudo practicar la anotación preventiva de embargo, pues consta que por escritura pública de 31 de julio de 1992, los demandados señores Mauricio y Begoña habían constituido la sociedad de responsabilidad limitada Coto Baeza, a la que habían aportado las dos fincas embargadas a que hemos hecho referencia, y una plaza de garaje en la comunidad parcial del sótano primero del bloque III, con acceso por la CALLE 000 (finca NÚM. 008 del Registro de la Propiedad NÚM. 006 de Madrid)».

Razonando la apreciación de la concurrencia de los requisitos de la acción pauliana, en este caso, del siguiente modo:

«En cuanto al requisito del *consilium fraudis*, que también se cuestiona en el recurso de apelación, y que es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida [arts. 1.111, 1291.3.º y 1.297 del Código Civil (LEG 1889/27)], la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002/9735), declara que constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria, y frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por el contrario de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que

habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención de deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (sciencia fraudis), no siendo preciso la existencia de un animus nocendi y sí únicamente la sciencia fraudis, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede ocurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo hasta una simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cuotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación [en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal, de 30 de junio de 1998 (RJ 1998/6082), 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003/247), 13 de junio de 2003 (RJ 2003/4304) y 19 de julio de 2005 (RJ 2005/5342)].

Desde esta perspectiva, pocas dudas existen de que concurre el requisito del consilium fraudis. La sociedad de responsabilidad limitada Coto Baeza, a la que se aportaron los inmuebles, fue constituida mediante escritura pública de 31 de julio de 1992, exclusivamente por los deudores solidarios y cónyuges don Mauricio y doña Begoña, con posterioridad, por tanto, a haberse suscrito la póliza de afianzamiento que sustenta la deuda. Se quiere olvidar, un tanto inexplicablemente, que por estos hechos don Mauricio fue condenado como autor de un delito de alzamiento de bienes por el Juzgado de lo Penal número 22 de Madrid, en sentencia de 14 de septiembre de 1999, la cual precisamente dio lugar a que se apreciara la excepción de cosa juzgada en la sentencia de 11 de diciembre de 2002 (ARP 2003/377) de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, a la que ya hemos aludido. Respecto a la venta de participaciones de la sociedad a Gestialval, S. A., instrumentada por escritura pública de 19 de noviembre de 1992, también se quiere obviar la expresiva declaración en las actuaciones penales de don Andrés y que obra al folio 206, como también la posterior transmisión de las participaciones sociales a los hijos de los señores Mauricio Begoña, hecho referido en las sentencias de 11 de julio de 2002 del Juzgado de lo Penal número 2 de Alcalá de Henares y 11 de diciembre de 2002 de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Madrid. La conclusión no puede ser otra sino que ha concurrido un clarísimo consilium fraudis en los términos requeridos por la doctrina jurisprudencial».

Así pues, en el presente supuesto, la aportación no dineraria fue realizada, en este caso, una vez llevada a cabo la diligencia de embargo contra los inmuebles trabados, pero sin que pudiera haberse llevado a cabo la anotación preventiva del mismo en el Registro de la Propiedad, al constar ya la titularidad de la sociedad beneficiaria de la aportación.

(2) La sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 12 de mayo de 2006 (JUR 2007/28307), estima la acción rescisoria del negocio de aportación motivando su decisión del siguiente modo:

«SEGUNDO

Por lo que respecta al fondo, es más que evidente que los demandados obraron con mala fe en perjuicio del acreedor, dándose todos los requisitos de la acción rescisoria. Con fecha de 24 de enero de 1994, la acreedora había concedido a la sociedad demandada, Industrias de Aparellajes Eléctricos Mañas, S. A., una póliza de descuento de efectos y afianzamiento de garantías, con un límite de 601.012,10 euros, y en la que aparecen como avalistas solidarios don Ramón

y doña María. El 27 de mayo de 1994, la avalista doña María aportó una finca registral a la sociedad Comercialización de Productos Eléctricos, S. L., sociedad fundada en 1991 por el matrimonio demandado y sus hijos. Ese mismo día, los avalistas otorgaron escritura pública de donación a cuatro hijos menores de edad, donando diversas cuotas de fincas.

Como tiene declarada la doctrina científica, con la acción rescisoria o pauliana no se persigue reintegrar el patrimonio del deudor, sino que el objetivo consiste en restaurar el destino del bien como integrante de la garantía patrimonial a la satisfacción del crédito. Son requisitos, siguiendo una constante doctrina jurisprudencial, los que siguen: a) la existencia de un crédito, como sucede, efectivamente, en el caso de autos; b) celebración por el deudor de un acto o contrato posterior que beneficia a un tercero proporcionándole una ventaja patrimonial, lo que, igualmente, se ha producido con la aportación de una finca a una sociedad de la que forman parte los deudores y las donaciones a favor de los hijos; c) realización de actos dispositivos por el deudor, con ánimo de perjudicar al acreedor o sustraer bienes a la acción del mismo, siendo, más que evidente en el presente caso, dada la casi simultaneidad entre la concesión de un crédito muy elevado y la realización de los actos dispositivos (los demandados incluso ya fueron condenados en otro procedimiento por alzamiento de bienes); y d) carencia para el acreedor de obtener por otro medio el cobro de su crédito que siempre se debe valorar con una cierta flexibilidad, que, en el caso de autos, se debe a la débil situación económica de los demandados (SSTS de 5 de junio de 1918, 21 de junio de 1954, 14 de junio de 1958, 15 de febrero de 1986, 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989 y 4 de noviembre de 1996)».

(3) La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 2 de julio de 2004 (*JUR* 2004/275575), también estima la viabilidad de la acción rescisoria, pero no sólo por el mero hecho de haber realizado por los deudores la aportación no dineraria social, sino por la concurrencia en el conjunto de las actuaciones de la existencia de una hipoteca sobre dichos inmuebles tras la aportación con el objeto de garantizar la aportación no dineraria de otro socio consistente en el crédito garantizado con dicha hipoteca. En este sentido, incluso la Audiencia Provincial de Murcia en esta resolución afirma que de no haber existido dicha hipoteca, el embargo de las acciones de la sociedad hubiera evitado la acción rescisoria entablada.

La exposición de lo anterior se lleva a cabo del siguiente modo:

«Se alega por los apelantes, inexistencia de los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria, entablada por el Banco demandante respecto al negocio jurídico, según el cual los demandados señor José Miguel y esposa aportan dos fincas para constituir sendas sociedades mercantiles. Y ello porque para la viabilidad de la acción contemplada en el artículo 1.111 del Código Civil, es necesario que los acreedores que la ejerciten no puedan cobrar de otro modo lo que se les adeuda, y que por el deudor se realice un acto posterior dispositivo con ánimo de defraudar. Alegando que la aportación de los inmuebles a las sociedades no pueden considerarse actos fraudulentos ni impeditivos para que la actora cobre su deuda, ya que los inmuebles se aportaron por su valor real y a cambio se recibieron participaciones de ambas sociedades.

Pero olvida la apelante, que al aportar los inmuebles a la sociedad, se procede a efectuar una hipoteca sobre dichos bienes en garantía del préstamo que el hijo de ambos solicita a fin de aportar su cuota a la sociedad, de tal manera, que aunque se aporten las fincas por su valor real y formen parte de una sociedad,

permitiendo el embargo de las acciones de dicha sociedad, lo que hubiera evitado la acción rescisoria aquí entablada. Queda frustrada al realizar la operación antedicha, y según la cual las fincas quedan hipotecadas para garantizar un préstamo, que no es de los deudores, y que además están encubriendo la ficticia aportación del hijo de ambos, ya que la aportación de éste lo es por el crédito hipotecario obtenido con la finca de sus padres. Dándose así todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la viabilidad de la acción rescisoria del artículo 1.110 del Código Civil, al haber actuado los deudores en la disposición de sus fincas, de tal manera, que aunque aparentemente actúan sin dicho ánimo defraudatorio, en realidad se han situado en una posición de insolvencia, pues el *consilium fraudis* ha de ser entendido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sentencia de 31-12-1998 (edj. 1998/33144) en sentido amplio, como "conciencia" en el deudor que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor, como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo, llegando a alcanzar cuotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación.

Habiéndose expresado por la jurisprudencia sentencia de 15-11-1995 (edj. 1995/6093) que no es necesaria para la viabilidad de la acción rescisoria, el que la insolvencia de los obligados tenga que ser total, pues es suficiente que concurra minoración económica, decididamente planeada para no cubrir la integridad de la deuda, lo que determina efectivo daño para los acreedores.

En cuanto, a la alegación efectuada de la inexistencia de la deuda, y según la cual, cuando se promovió el procedimiento ejecutivo no existía todavía la misma por no haberse ejecutado el aval, se ha de considerar, como se hace en la contestación al recurso, de que existía título judicial para exigir la deuda, que declaraba la existencia de la misma, lo que resulta suficiente para acreditar la obligación de los demandados. En consecuencia procede confirmar la sentencia apelada».

(4) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/24293), declara la improcedencia de la acción rescisoria, puesto que la demandante podía haber hecho eficaz su deuda mediante su acción contra las participaciones que recibieron los deudores en contraprestación a la aportación no dineraria realizada:

«Sobre dos puntos han centrado sus alegaciones los demandados a la hora de analizar la subsidiariedad exigida por la ley para el éxito de esta acción (art. 1.111 y 1295 CC), en primer lugar en la existencia de bienes realizables en poder de alguno de los otros codemandados en el juicio ejecutivo y, en segundo lugar, porque la demandante había trabado embargo sobre las participaciones que ostentan los demandados sobre la sociedad a donde se aportaron las fincas.

El primer tema, aunque fuese cierto, no puede condicionar nuestra solución en cuanto tenemos que valorar el principio de la subsidiariedad de modo independiente por cada uno de los obligados en función de la responsabilidad individual asumida por ellos en el contrato, mientras que el segundo nos lleva al camino de estudiar si es posible considerar la admisibilidad de esta acción rescisoria cuando el acto dispositivo del deudor no impide la posibilidad de dirigirse contra el bien o los bienes del deudor, sino que simplemente hace más complicada su realización, hecho que ocurre en este caso al no poderse trabar embargo directo sobre mismos, con la garantía que ofrece la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, sino, indirectamente, a través de las participaciones de la sociedad a la que se aportaron.

Consideramos que esta mayor dificultad, que, por otro lado, no es superior a la que conlleva la tramitación de este procedimiento, no debe ser el criterio determinante para solucionar este problema en cuanto puede obedecer a motivos legítimos de los deudores, como hemos apreciado que ocurre en este caso, donde los demandados han decidido explotar los inmuebles a través de una sociedad en la que tienen participación todos los familiares, por lo que debemos mantener la solución del Juzgado de Instancia, con la seguridad que no se causará perjuicio alguno a la entidad demandante, ya que, como los demandados ostentan más del 76 por 100 del capital, el banco podrá decidir sobre la suerte de la sociedad, una vez adquiriera las participaciones, vendiendo o enajenado los inmuebles, si fuere necesario.

No debemos ocultar que, en apariencia, con esta decisión nos separamos del criterio mantenido en la sentencia de 25 de junio de 2001 (rollo 232/99), donde decretamos la rescisión de la aportación de un bien inmueble a una sociedad, pero no debemos olvidar que en aquella ocasión la demandada titular de las acciones permaneció en rebeldía y no ofreció dato alguno sobre las cuentas o la marcha económica de la sociedad, que había permanecido inactiva durante largo tiempo, lo que dificultaba conocer el valor real o efectivo de las acciones y del patrimonio social, mientras que en este caso se ha ofrecido una completa información de las cuentas anuales y de las declaraciones fiscales, con lo que la situación es absolutamente distinta».

Esta sentencia resulta, a nuestro juicio, enormemente trascendente por el hecho de que nos hace ver cómo el hecho de que se pueda obtener un embargo sobre las participaciones no supone una mayor dificultad de realización de los bienes propiedad del deudor que pueda implicar la apreciación de la acción rescisoria contra el negocio de aportación social por el carácter fraudulento del mismo, valorando a estos efectos las actividades sociales realizadas por la sociedad objeto de dicha aportación.

(5) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de abril de 2003 (*JUR* 2003/254242), declara el negocio de aportación social realizado en fraude de acreedores y por tanto la estimación de la acción pauliana, razonando lo siguiente:

«Hay sin duda datos suficientes en los autos para apreciar la concurrencia del requisito del consilium fraudis, teniendo en cuenta que, en todo caso, basta con la existencia de un dolo intermedio, evidente en el caso del deudor (ni siquiera sería preciso que obrara en concreto para sustraer los bienes a la satisfacción del crédito). En efecto, en la fecha en que la finca salió formalmente del patrimonio de don Juan Pedro (17 de septiembre de 1998), no sólo había nacido ya el crédito que ostenta contra él la Tesorería General de la Seguridad Social (se remonta a los ejercicios 1990 a 1992), sino que se había iniciado la vía de apremio en el correspondiente expediente administrativo mediante Resolución dictada el 3 de junio de 1997, notificada el día 9, e incluso se había decretado el embargo del inmueble el 7 de julio de 1998, embargo del que tuvo conocimiento el deudor el siguiente 9 de julio (vid., expediente unido a los folios 7 a 43). En el momento en que tuvo lugar la aportación impugnada existía, pues, una deuda del transmitente frente a la aquí demandante, deuda en virtud de la cual se había dictado mandamiento de embargo por lo que, aun partiendo del carácter oneroso de la transmisión, habría de operar la presunción de fraude que contempla el artículo 1297-II CC (LEG 1889/ 27).

Por lo demás, la complicidad del adquirente inmediato (la entidad Aragón Número 4 Ático, S. L.) tan sólo exige el conocimiento del fraude con que obraba el deudor, sin precisar de más participación cualificada.

Y difícilmente puede discutirse tal conocimiento cuando el propio deudor era el partícipe mayoritario de la sociedad adquirente».

(6) La sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 31 de enero de 2003 (AC 2003/529), considera procedente el ejercicio de la acción rescisoria contra la aportación social y declara, por tanto, nula la misma al afirmar que:

«...existe una deuda cierta, que incluso había nacido ya dos días antes de la constitución de la sociedad, dato este último que no resultaría decisivo en cualquier caso puesto que, como igualmente recuerda la jurisprudencia, la defraudación del deudor que legitima al acreedor para el ejercicio de la acción pauliana puede surgir tanto después del nacimiento de la deuda como incluso antes, cuando se evidencie que el deudor efectúa la disposición en función de un crédito que nacerá en su contra con toda probabilidad más adelante [sentencia citada y sentencia de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002/3093)]. Igualmente resulta clara la finalidad de eludir la deuda que guía al matrimonio formado por don... y doña..., según ha quedado ya analizado y, finalmente, una interpretación lógica, realista y acorde con la evidencia de los legítimos intereses en juego lleva a considerar existente la situación de insolvencia en el sentido de creación de trabas cuyo efecto consiste en dificultar muy considerablemente el cobro del crédito, cuya posibilidad de satisfacción ha sido intencionadamente combatida por los deudores mediante la extracción de los inmuebles que integraban su patrimonio, de manera que restan en el mismo dos vehículos viejos y las participaciones en la propia sociedad fachada, cuya posibilidad de venta a un valor mínimamente cercano al de mercado se revela poco previsible por las propias características de la sociedad en sí, donde mantiene además la cualidad de socia minoritaria la demandada doña..., y donde es administrador único el propio señor... (vid. escritura de constitución), siendo claro que no pueden compararse el valor real y las expectativas de venta en pública subasta de unos determinados bienes inmuebles con los de las participaciones sociales de las que aquí se trata, de manera que, por todo lo expuesto, debe ser estimada esta pretensión revocatoria con las consecuencias de reflejo registral igualmente pedidas por la parte actora».

El interés diferenciador que revela la presente sentencia, a nuestro juicio, es que entiende que la finalidad defraudatoria de los aportantes se revela en que no puede compararse la tenencia en su patrimonio de bienes inmuebles a participaciones, ya que éstas son mucho más difíciles de enajenar en pública subasta y por lo tanto de ofrecer «liquidez» al acreedor, aunque obvia —evidentemente, según su razonamiento— y por otro lado otras posibles actuaciones del acreedor en un embargo y ejecución de participaciones.

(7) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de julio de 2002 (JUR 2003/48804), sobre la base de la ausencia de prueba en el seno del procedimiento de la valoración de las participaciones y por el probable carácter familiar y patrimonialista de la sociedad a la que se realizaron las mismas por parte de los deudores, declara la admisión de la acción rescisoria justificándola del siguiente modo:

«Nos enfrentamos con el último tema que consideramos esencial para resolver este procedimiento y que no es otro que determinar si con las participaciones y acciones que ostentan las demandadas sobre las sociedades tras las aportaciones que se pretenden declarar fraudulentas, podrían haberse cubierto los créditos y, por tanto, no concurre la subsidiariedad exigida para esta acción [arts. 1.111 y 1.295 CC (LEG 1889/27)].

Esta interrogante nos lleva al camino de estudiar si es posible considerar la admisibilidad de esta acción rescisoria cuando el acto de disposición no impide el ejercicio del embargo sobre el bien, sino que simplemente hace más complicada su realización, hecho que ocurre en este caso al no poderse trabar embargo directo sobre los inmuebles, con la garantía que ofrece la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, sino sobre las participaciones o acciones de las sociedades a la que se aportaron.

En definitiva aunque consideramos que tal dificultad no debe ser el criterio determinante para solucionar este problema, sí debemos mantener el carácter fraudulento de tal acto, pues, siguiendo el criterio marcado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de enero de 2000 (AC 2000/659) (Sección 15.^a), debemos indicar que para permitir este acto de disposición, que supone un considerable cambio cualitativo en la situación patrimonial de la deudora, debemos tener cierta seguridad de que el acreedor tenía un camino abierto y eficaz con el embargo de las acciones y de las participaciones, cosa que no ocurre en este caso, pues desconocemos, ya que no se ha traído a las actuaciones reflejo alguno de su actual patrimonio o de su situación contable, cual sea el valor real o efectivo de las acciones, que depende directamente del valor del patrimonio o del capital real de la sociedad y de las condiciones del mercado en que ésta se mueva, situación que se agrava al ser una sociedad estrictamente familiar sin actividad comercial conocida y, posiblemente, de carácter meramente patrimonialista».

(8) La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de mayo de 2002 (JUR 2002/236393), igualmente se decanta por el éxito de la acción pauliana apreciándose como razonamiento lo siguiente:

«Industrias El Capricho y los cónyuges demandados, con posterioridad a la fecha de formalización de la póliza de crédito con la mercantil actora, aportaron las respectivas fincas de su propiedad a la entidad Manbra, S. A., en escritura de constitución de fecha 8 de junio de 1993, eludiendo el embargo preventivo de las mismas, al denegarse la anotación por el señor Registrador de la Propiedad, al aparecer las fincas inscritas a nombre de terceros. La disposición efectuada en fraude de acreedores, aprovechando la personalidad jurídica de la nueva sociedad constituida —Sociedad Limitada—, supone de facto eludir la responsabilidad personal, en perjuicio de los derechos de terceros, con la consecuencia de permitir a los ejecutados incumplir sus obligaciones frente a sus acreedores, pues en las sociedades de responsabilidad limitada, el capital, dividido en participaciones sociales, se integra por las aportaciones de los socios para responder de las deudas sociales —la deuda generada por impago de la póliza de crédito no lo es— mientras que los socios no responden personalmente de las deudas sociales; y en este mismo sentido concluyó el Juzgador de Instancia, en su fundamento de derecho tercero in fine, pues no cabe imponer al actor la carga extraordinaria de investigación y persecución de los bienes, justificándose la insolvencia, cuando no existan bienes notoriamente conocidos en el patrimonio del deudor, suficientes para atender a la cantidad impagada, a pesar de lo manifestado por la defensa

de los demandados en cuanto a que realmente con las aportaciones no salen del patrimonio los bienes con cita en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de noviembre de 1990».

(9) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de julio de 2002 (*JUR* 2004/37831), también se decanta por la viabilidad de la acción rescisoria, mereciendo destacar en su argumentación y con carácter distintivo, lo siguiente:

«NOVENO

En el caso enjuiciado, se estima por los recurrentes que no concurren esos requisitos y que la demanda está mal planteada, porque el acreedor debió dirigirse contra las participaciones sociales que recibió la señora Guadalupe en contraprestación por la aportación de la finca. Frente a ello es preciso decir que tal alegación carece de la menor consistencia, a la vista de que, según la propia parte manifestó y está acreditado en autos (folios 424 a 427), la señora Guadalupe procedió, en fecha 18 de noviembre de 1994, a vender las participaciones sociales a sus hijos, sólo un mes después de la aportación (14 de octubre de 1994) y mucho antes de interponerse la demanda.

Y aunque no hubiera sido así, tampoco puede pensarse seriamente que no se sitúe en insolvencia de hecho quien aporta el único bien realizable a una sociedad de carácter familiar cuyo control tiene y recibe a cambio acciones o participaciones de la misma cuya realización es complicada y su valor real incierto. Sólo queriendo desconocer la realidad, y la evidencia, podría sostenerse que no existe una insolvencia de hecho, porque una cosa es el valor nominal de las participaciones y otra su valor efectivo en el mercado. Aunque es cierto que las acciones, o participaciones sociales, son embargables y transmisibles, nada permite asegurar que se llegue a tiempo antes de que hayan sido, a su vez, transmitidas a un tercero, o bien a que se descapitalice la sociedad con la venta de los propios inmuebles a ella aportados, sin posibilidades para el acreedor de evitarlo. Y cuando se tiene la certeza de que se ha acudido a la aportación a la sociedad como medio para defraudar a los acreedores, lo razonable es pensar que, a continuación, se acometerán las demás actividades precisas con el mismo fin».

Esto es, a pesar de reconocer —como no podía ser de otro modo— el carácter embargable y transmisible de las participaciones, se concatenan los hechos defraudatorios mediante la siguiente doble presunción: la aportación social supone ánimo de ocultación de bienes y con ello ya se puede presumir también que se realizarán actos fraudulentos, tales como la enajenación de las participaciones recibidas como contraprestación a la aportación no dineraria o la descapitalización de la sociedad, haciendo caso omiso a los remedios que asisten al acreedor embargante de unas participaciones para evitar tales actuaciones, como tendremos oportunidad de tratar con posterioridad en este trabajo.

(10) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 19 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/233368), declara la ineficacia de la aportación social por ejercicio de la acción rescisoria, en base a lo siguiente:

«Y como quiera que, en el presente caso la Inspección de la Agencia Tributaria había iniciado actuaciones para regularizar la situación tributaria de don José J. L. y de su esposa, el 28 de octubre de 1994, y aunque estos constituyeron la sociedad —en unión de sus hijos— el 28 de diciembre de 1995, es decir,

casi medio año antes de que la Inspección levantara las tres actas cuya deuda reclama, aportando los demandados a dicha sociedad, la nuda propiedad de tres bienes inmuebles, pero reservándose el usufructo vitalicio de los mismos, y teniéndose en cuenta que la referida sociedad no realiza actividad alguna según se desprende de las actuaciones (folios 73, 74 y 75), a pesar de la urgencia en que fue constituida (folio 44), hace presumir que con dicha actuación, lo que pretendían los demandados era colocarse en una situación de insolvencia, e impedir a la Agencia Tributaria el cobro de la deuda que resultara de la inspección que se estaba tramitando, insolvencia que no tenía porqué ser absoluta, siendo suficiente una disminución patrimonial que impidiera al acreedor hacer efectivo su crédito o hacer sumamente dificultoso su reintegro, al no cubrir la totalidad de la deuda, de acuerdo con el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que consagra el artículo 1.911 del Código Civil.

Es por todo ello que el recurso debe ser desestimado, confirmandose la sentencia de instancia en todos sus extremos».

(11) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de enero de 2001 (AC 2001/1015), en el mismo sentido mayoritario que puede venir observándose, también aprecia la rescisión de la aportación al razonar que:

«SEXTO

Sin que de conformidad con lo que antecede, pueda considerarse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad de constitución de sociedad por ilicitud del objeto, ni de nulidad absoluta de las aportaciones por falta de causa en el negocio transmisivo, la cuestión se reconduce al ánimo defraudatorio de los acreedores como soporte de la rescisión interesada, según se desprende como se dijo de los hechos, fundamentos jurídicos y pedimentos articulados en el escrito inicial.

La acción pauliana, medida de conservación del patrimonio del deudor, en garantía de la responsabilidad que proclaman los preceptos del Código Civil antes reseñados, en relación con los artículos 1291.3.º, 1.294 y 1.295 del propio Código, precisa la concurrencia de una serie de condiciones sobre la base del fraude, para la efectividad de la revocación de la aportación con reintegro al patrimonio del deudor de los bienes transmitidos, que precisados jurisprudencialmente se concretan en la existencia de un crédito del actor, pudiendo estar pendiente el litigio entablado en su reclamación, la efectiva transmisión de bienes del deudor a un tercero y la persecución de bienes infructuosa por el acreedor, sin que se precise promover pleito para acreditar la insolvencia, bastando la concurrencia de una minoración provocada que impida cubrir la integridad de la deuda sin que los bienes hayan pasado a tercero de buena fe [sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1992 (RJ 1992/2337), 28 de octubre de 1993 (RJ 1993/7666), 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8630)] y en el presente caso, del examen de lo alegado por las partes y de la prueba practicada en el juicio, se consideran plenamente demostrados los requisitos precisos para el ejercicio de la acción rescisoria, al considerarse acreditado el negocio de suministro de prendas de peletería y la deuda derivada del mismo a cargo de la demandada-recurrente, así como la aportación que por la citada y su fallecido esposo se hizo a la sociedad demandada de la vivienda unifamiliar, único bien inmueble de que eran titulares en las circunstancias que quedaron expuestas al comienzo de la presente, constituyendo tal negocio dispositivo una clara actuación de connivencia fraudulenta, con el fin de vaciar de real contenido económico su patrimonio personal y evidente disminu-

ción de las posibilidades efectivas de dar satisfacción al crédito de la actora tras la aportación inmobiliaria cuestionada, careciendo de relevancia la sustitución del inmueble por participaciones sociales adjudicadas a cada uno de los titulares, al haberse hipotecado aquel y desconocerse el valor liquidativo en venta de las participaciones, concurriendo el presupuesto de minoración patrimonial intencionada, y debiendo considerarse en definitiva probado que la aportación de la vivienda a la sociedad se realizó en fraude de acreedores, con pleno conocimiento y connivencia de los fundadores, debiendo acogerse la demanda contra la sociedad en este punto relativo a la rescisión de la aportación correspondiente a la demandada doña Remedios Pilar G. F.».

De nuevo, la ausencia en autos del valor liquidativo de venta de las participaciones vuelve a ser otro de los criterios determinantes para la estimación de la acción, sin que se analice el alcance del mismo ni otras posibilidades de actuación del embargante de unas participaciones.

(12) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/88818), basa la rescisión del negocio de aportación en relación con los siguientes hechos:

«...En esta situación es patente la maniobra de los esposos codemandados, tratando de poner a cubierto de los acreedores sus bienes, en concreto, los tres inmuebles a que se refiere la presente acción, y siendo cierto que estas maniobras son anteriores a la efectividad de la deuda de CAJA DE MADRID, no debe pasarse por alto que, dada la posición que ostentaba el señor A. G., en la empresa cuyas deudas avalaba personalmente, el mismo era conocedor de la mala situación de Promociones Resina, S. A., circunstancia que comportaba la realización, en cadena de los restantes créditos, procediéndose, antes de que se materializaran los descubiertos, a poner a salvo, o al menos a intentarlo, aquellos bienes que era posible, empleando como medio para ello la ampliación del capital de una sociedad patrimonial previamente creada por ambos cónyuges, aportando para cubrir tal ampliación, aparte de otros, los bienes inmuebles reseñados, actuación que ya tenía otro precedente, que se remonta al 20 de febrero de 1990, cuando se creó la mercantil "Internacional del Mueble, S. L." —véanse folios 341 y sigs.—. Dentro de los datos significativos que ponen de manifiesto que la ampliación de capital y la aportación de los inmuebles no es más que un intento de salvaguardar el patrimonio personal, cobra especial trascendencia, pese a las protestas en contrario, el escaso valor que se da a los inmuebles aportados, dato que es evidente, y si bien es cierto que este hecho, como se indicó en anterior fundamento jurídico, por sí solo no constituye una prueba plena que demuestre o destruya la presunción de la existencia y licitud de la causa en el contrato que nos ocupa, sí es relevante del propósito de ocultación de patrimonio que anidaba en los demandados, lo que unido a cuanto se ha expuesto, y añadiendo la escasa actividad de CONFORT VIVO, S. A., reconocida por sus integrantes en prueba de confesión, su carácter de sociedad patrimonial, y la inclusión en dicha empresa de todos los bienes de ambos cónyuges, pone de manifiesto que tan citada ampliación de capital obedeció, pura y simplemente, al propósito de poner a cubierto de inminentes responsabilidades dimanantes de compromisos ya adquiridos, el patrimonio personal del matrimonio, seriamente afectado por los avales personales preexistentes».

Sobre dichos hechos, las valoraciones de los mismos, que vuelven a servir de presupuesto para los expuestos requisitos de la acción pauliana, son el esca-

so valor otorgado a los bienes inmuebles aportados, el carácter de sociedad patrimonial y la aportación omnicomprendiva de los bienes de los deudores.

(13) La sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 26 de septiembre de 2000 (*JUR* 2000/301784), acredita la concurrencia del requisito consistente en el fraude de acreedores que ha sido motivo de la aportación en base a lo siguiente:

«...El tercero de los requisitos, que el acto haya sido celebrado en fraude de acreedores, hay que darlo por acreditado en el presente caso, pues la constitución de la referida sociedad únicamente tuvo como finalidad el salvaguardar los bienes de los posibles acreedores, tal como se deduce de los siguientes hechos: A) de la propia fecha de constitución de la sociedad (20-11-95), pocos meses después de haber avalado un crédito otorgado a una Sociedad Agraria de Transformación de la que el demandado señor G. B. es administrador y justo un mes antes de que dicha Sociedad Agraria comience a incumplir las obligaciones asumidas frente a la entidad prestamista (diciembre de 1995) y tres meses antes de que se solicite la suspensión de pagos (16-2-1996); B) de que la sociedad que constituyen no tenga actividad alguna, y así lo reconocen los demandados, ni haya cumplido con la obligación legal de presentar sus cuentas y balances anuales en el Registro de la Propiedad desde su constitución; C) de que los bienes que se aportan para la constitución de la misma estén claramente infravalorados, tal como quedó acreditado por la prueba pericial, que valoró los bienes a la fecha de su aportación en 22.719.425 pesetas, mientras que las participaciones sociales que reciben por ellos son valoradas en 5.740.000 pesetas; D) que los únicos accionistas de la misma sean los dos demandados que la constituyen; y E) de que los hoy demandados, tras la aportación de los inmuebles a la sociedad, no se reserven bien alguno con el que afrontar las obligaciones asumidas, pues aunque a cambio de la aportación reciban participaciones sociales, éstas, como ya se ha dicho, tienen un valor nominal muy inferior al de los bienes aportados».

Asombrosamente, resulta determinante para la estimación de la acción pauliana que las participaciones tuvieran un valor nominal inferior a la valoración de los inmuebles aportados.

(14) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/189456), nos ofrece otros elementos dignos de consideración en cuanto a la estimación de la acción rescisoria, afirmando que el hecho de que mediante una ampliación de capital posterior se hubieran quedado como minoritarios en la sociedad a la que habían aportado sus bienes los deudores, la existencia de derechos de adquisición preferente a favor del nuevo socio mayoritario y la insuficiencia probatoria acerca de la valoración de las participaciones suscritas por los deudores implican la constatación del fraude.

De esta forma, expone la Audiencia estos hechos:

«...La operación impugnada resulta altamente sospechosa. La sociedad Tokir, S. L., se había constituido apenas tres meses antes (el 14 de marzo de 1996) con un capital social de 500.000 pesetas dividido en 500 participaciones, suscritas y desembolsadas por los socios fundadores, Iniciativas JVC, S. L. (que suscribió 499) y don Javier V. (que suscribió una sola participación), mediante la aportación, a su vez, de participaciones sociales de la propia socia mayoritaria (la mencionada Iniciativas JVC, S. L.), entidad de cuya composición ningún

rastro hay en los presentes autos ni por supuesto ha querido ser aclarada por Tokir, S. L. (primera interesada en demostrar que es totalmente ajena al matrimonio V.-A.).

En el momento en que entraron a formar parte de Tokir, S. L., los codemandados (el 18 de junio de 1996), se convirtieron en socios mayoritarios (tenían en conjunto 1.000 de las 1.500 participaciones de la sociedad) y significativamente, en la misma fecha en que el banco libró la certificación del saldo deudor de la póliza de préstamo, dando por vencida la operación (6 de noviembre de 1996), se produjo un nuevo aumento de capital social por 2.000.000 de pesetas, siendo suscritas todas las participaciones por una tercera persona (doña Josefa B.), que pasó de tal manera a ser accionista mayoritaria. Maniobra (en absoluto explicada en los autos) mediante la cual quedaba de hecho muy dificultado el posible embargo y venta de las participaciones sociales de los codemandados, pues (aparte de los derechos de adquisición preferente de los socios) el adquirente entraría en la sociedad en una situación en absoluto cómoda».

(15) La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de febrero de 2000 (AC 2000/3204), estimando igualmente la acción pauliana interpuesta, nos ofrece como elemento interesante para el debate la no consideración de la sociedad como tercero de buena fe, debido a que los dos aportantes eran quienes tenían la condición de deudores.

Los hechos que dieron lugar a dicha estimación son, por otro lado, los siguientes:

«...Del conjunto de las pruebas practicadas, así como del propio escrito de contestación a la demanda, ha quedado acreditado que en fecha 10 de septiembre de 1994 los codemandados don José María Z., su esposa doña María del Rosario H., concurrieron al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad "Jiluxtheir, S. L.", siendo su aportación social a la misma todos los bienes inmuebles de su propiedad, tanto de carácter privativo como ganancial, incluida la vivienda sita en esta ciudad, calle Antonio Leiva, núm. ..., que constituía el domicilio conyugal, a pesar de dichas aportaciones las participaciones que se les adjudican son inferiores al 50 por 100 del capital social de la misma.

Igualmente consta acreditado en los autos que la deudora principal se encontraba en una grave situación económica, que desembocó en que no pudiera hacer frente a la deuda reclamada, procediendo a presentar la correspondiente suspensión de pagos.

Constando acreditado en los autos que los únicos bienes que aparecen como titularidad de dichos demandados son las participaciones sociales que se les adjudicaron al proceder a la constitución de la citada sociedad.

De tales datos, así como del conjunto de las pruebas practicadas, ha quedado acreditado que si no la única finalidad, sí la principal de la aportación de los bienes inmuebles por parte de dichos demandados a la constitución de la sociedad a la que concurría en su constitución una hermana de don José María Z., a la cual se le atribuye más del 50 por 100 del capital social, era el sustraer el citado patrimonio de las deudas que hubiera podido incurrir como consecuencia de su condición de garante de deudas de la sociedad Peninsular Eléctrica, y en especial de la deuda existente a favor del acreedor apelante, de tales datos se pone de relieve la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos necesarios para que prospere la acción rescisoria, puesto que existe la deuda, un acto de disposición patrimonial realizado por el deudor, acto de disposición que supone no sólo una disminución evidente de su garantía patrimonial, sino que impide y dificulta extraordina-

riamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo, y no puede tampoco entenderse que la sociedad a la que se aportan dichos inmuebles sea un tercero de buena fe, en cuanto que al acto de su constitución concurrieron ambos deudores, y una hermana de uno de ellos, no teniendo actividad alguna hasta que no hubo transcurrido un largo periodo de tiempo desde su constitución, por lo que en base a la acción ejercitada procede la rescisión de las aportaciones de inmuebles realizadas por parte de los deudores, en cuanto que los mismos se han realizado en un claro fraude de acreedores».

(16) La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 14 de enero de 2000 (AC 2000/638), estima también la acción rescisoria sobre la base del desconocimiento del valor real y efectivo de las participaciones recibidas a cambio, así como por la dependencia de dicha valoración del desarrollo de la vida social, lo que vuelve a suponer, obviar las posibilidades de actuación que en el seno de un embargo de acciones o participaciones tiene un acreedor embargante de las mismas. No obstante, y sin ánimo de adelantar pareceres al respecto, continuamos con la exposición objetiva de los razonamientos de la sentencia.

Así, se expone lo siguiente:

«**TERCERO**

Conforme a lo expuesto, las circunstancias en que los demandados efectuaron la transmisión aquí impugnada, tal como aprecia la sentencia apelada, cumplen las condiciones y requisitos necesarios para estimar la demanda. Ello por cuanto consigue el objetivo de defraudar al acreedor el acto dispositivo consistente en aportar el inmueble a una sociedad, constituida entre familiares, unos días después de la sentencia que establecía definitivamente la deuda reclamada, desprendiéndose así de un bien contra el que pudiera dirigirse el acreedor y que constituía la mayor parte del patrimonio de los deudores, o al menos no han demostrado que tuvieran otros bienes realizables, incumpliendo la carga de la prueba que sobre este extremo les incumbe.

No puede estimarse acreditativo de solvencia suficiente las participaciones que los deudores tienen en la sociedad cuando no se conoce su valor real y efectivo. No cabe considerar estos títulos equivalentes al inmueble, atendido el valor indeterminado de las participaciones sociales, así como variable en función del balance de la sociedad cuyo resultado depende de la actividad social y, por tanto, en gran medida de la actuación de los socios y administradores (que aquí son los deudores)».

(17) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de septiembre de 1999 (AC 1999/8136), dando carta a la acción rescisoria vuelve a incidir, en lo que nos interesa, en que la existencia del derecho de suscripción preferente y en la variabilidad del valor de las participaciones en función del mercado correspondiente son hechos que sustentan la acción pauliana.

La exposición de lo anterior se realiza de la siguiente forma:

«**QUINTO**

Se ha probado en las actuaciones, a medio de los documentos aportados por la parte actora, que, a los pocos meses de la actuación de la Inspección de Tributos del Estado para la regularización de la situación tributaria de los codemandados, don Eduardo E. C. y doña María Dolores B. A., conformes los mismos, por medio de quien les representaba, con la propuesta de liquidación definitiva,

no rectificadas después, y requeridos de pago de la suma resultante, en la cuantía final señalada al principio, los deudores, junto con la hija común, emancipada por su concesión el propio día, constituyeron la sociedad Denbora, S. A., a la luz de la entonces vigente Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 (RCL 1951/811, 945 y NDL 28531), y aportaron a ella sus bienes inmuebles y algunos muebles valiosos.

Al margen de los bienes aportados y de las acciones suscritas no consta que los deudores tuvieran otros susceptibles de ser realizados por la Administración acreedora. Es más, en el escrito de contestación de Denbora, S. A., se identifica el activo patrimonial de los socios con aquellas acciones.

También se ha probado que, en caso de enajenación de las acciones, los estatutos reconocen a los socios un derecho de preferente adquisición.

Por último, el valor real o efectivo de las mismas, dependiente del valor del patrimonio o capital real de la sociedad y de las condiciones del mercado en que ésta se mueva, no se ha demostrado.

Con carácter previo a lo anterior, se explican los antecedentes históricos de esta acción y se expone desde un punto de vista comparatista a la misma, pasando por la exposición de sus requisitos, al exponerse lo siguiente:

«CUARTO

La acción pauliana, con origen en dos textos de Ulpiano —*Digesto* 42.8.1 y *LO*— y precedentes en las *Partidas*—Título X, de la V, sobre “como han los deudores a desamparar sus bienes, quando non se atruen a papar, lo que deuen: e como deue ser reuocado el enagenamiento que los debdores fazen maliciosamente de sus bienes”—, está regulada en nuestro Ordenamiento en los artículos 1.111, 1.290, 1.291.3 y siguientes del Código Civil, y 37.4 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946/886 y NDL 18732), que, al igual que hacen otros ordenamientos próximos —arts. 2.901 a 2.904 del Código Civil italiano, 1.16.7 del Código Civil francés y 610 a 618 del Código Civil portugués—, reconocen al acreedor la facultad de impugnar “los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho” y, en particular —art. 1.291.3 del Código Civil—, los contratos celebrados “en fraude de acreedores, cuando éstos no pueden de otro modo cobrar lo que se les deba”.

Se trata, al fin, de un control a ejercer por el acreedor sobre la actuación de las facultades dispositivas ajenas, con el único objeto de conservar la integridad del patrimonio del deudor, sobre la que se habría de hacer efectiva su responsabilidad, si es que no cumple —art. 1.911 del Código Civil—.

El éxito de la acción reclama la concurrencia de los siguientes requisitos, a los que ya hizo referencia este Tribunal en las sentencias de 5 de febrero y 14 de abril de 1999:

A) La existencia de un crédito anterior a la celebración del acto, contrato que se pretende rescindir —SSTS de 17 de marzo de 1972 (RJ 1972/2538), 13 de mayo de 1974 (RJ 1974/2062), 31 de marzo de 1989 (RJ 1989/2289) y 7 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8813)—.

Sin embargo, también se admite el ejercicio de la acción cuando el derecho no ha nacido al celebrarse el contrato, pero es segura su existencia posterior —STS de 2 de marzo de 1981 (RJ 1981/882)—.

Además, tiene plena cabida en nuestro sistema la previsión de los artículos 2901.2 del Código Civil italiano y 610.a) del portugués, de admitir la acción en tales casos cuando el acto está dolosamente preordenado al fin de impedir la satisfacción del futuro acreedor.

Con mayor razón puede ser estimada la acción cuando el crédito ha nacido, pero no es exigible al estar sometido a plazo inicial o a condición suspensiva.

B) La acción, además, es subsidiaria —arts. 1291.3.º y 1.294 del Código Civil—, en el sentido de que el acreedor ha de carecer de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

Lo que la Jurisprudencia, a la vista de los medios que el Ordenamiento ofrece a los acreedores cuando el deudor no cumple voluntariamente, interpreta en el sentido de que éste ha de carecer de bienes que resulten suficientes para cubrir el importe del crédito —SSTS de 15 de febrero de 1986 (RJ 1986/681), 16 de marzo de 1989 (RJ 1989/2155), 31 de marzo de 1989, 7 de diciembre de 1989, 22 de octubre de 1991 y 6 de abril de 1992 (RJ 1992/2942), 26 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9591) y 28 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8630)—.

No es preciso, sin embargo, perseguir en un proceso anterior los bienes del deudor para demostrar su insolvencia —SSTS de 12 de junio de 1985 (RJ 1985/3109) y 30 de enero de 1986 (RJ 1986/338)—, ya que la prueba puede lograrse, por cualquiera de los medios admitidos en el propio proceso en que se ejercita la acción pauliana.

Incluso la facilidad o dificultad de probar, ante la que se encuentran las partes, justifica valorar el silencio del deudor a la hora de designar bienes cuya existencia afirma, normalmente de modo implícito o general, al negar la insolvencia. En este sentido, el artículo 610 del Código Civil portugués establece que: “incumbe... ao devador ou a terceiro interessado na manutencao do acto, a prova de que o obrigado possuir bens penhoráveis do igual ou maior valor...”.

C) La enajenación debe ser fraudulenta —SSTS de 16 de marzo de 1989 y 31 de marzo de 1989—, lo que corresponde probar al demandante, aunque pueda hacerlo por cualquier medio —STS de 29 de mayo de 1985 (RJ 1985/2832)—.

Sin embargo, el fraude (que, en algún caso, tiene una estructura puramente objetiva) no presupone nunca un designio o propósito de perjudicar (animus nocendi), sino que basta con la scientia fraudis o conocimiento de que se perjudica al acreedor, al que debe equipararse la culpa por no conocer lo que debía haberlo sido —SSTS de 13 de febrero de 1992 (RJ 1992/844), 6 de abril de 1992 y 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9885).

D) Para que la acción surta sus efectos frente al tercero en cuyo poder se encuentran los bienes enajenados, éste no ha de ser de buena fe, es decir, ha de conocer o debido conocer la existencia del fraude, en el sentido que más arriba se ha señalado».

(18) La sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 11 de junio de 1998 (AC 1998/1277), declara la rescisión de la aportación social, principalmente y en lo que nos interesa, sobre la base del carácter patrimonial de la sociedad que recibe la aportación, al relatarse lo siguiente:

«...En cuanto al propósito defraudatorio se revela de forma evidente cuando la sociedad demandada no se infiere de lo actuado que realmente tenga un objeto distinto que el ser una sociedad patrimonial con la única finalidad de sustraer los bienes del patrimonio personal de quienes se hallan en una situación económica precaria (confesión en juicio de la legal representante de la S. L., y de los propios codemandados), siendo indicativo que los únicos socios sean los mismos deudores y su familia más directa (hijos y nuera)».

(19) La sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 17 de abril de 1998 (AC 1998/807), acepta también la rescisión de la aportación social, aun-

que en esta resolución se observa cómo se había procedido también a la venta de las participaciones que habían sido previamente embargadas, sin que su producto fuera suficiente para cubrir la deuda, lo que necesariamente ha de tenerse en consideración dentro de los sistemas de protección que tiene el acreedor embargante de las mismas, con el objeto de asegurarse la satisfacción de su crédito por este embargo societario.

Tales hechos se exponen del siguiente tenor:

«...Finalmente, se alega el carácter subsidiario de la acción rescisoria y la posibilidad de hacer efectivo el cobro de lo adeudado con los bienes de la herencia yacente del fallecido. Sin embargo, como bien analiza la sentencia apelada, la aportación societaria efectuada por el señor R., provocó la insolvencia de éste, que quedó sin bienes libres y suficientes para hacer frente al crédito contraído con la actora, porque los saldos bancarios aparecen certificados como negativos, las plazas de parking hipotecadas pasaron a terceros al ejecutarse las hipotecas, las participaciones sociales asignadas al señor R., al aportar los bienes a la sociedad y posteriormente embargadas, habían sido vendidas a los restantes partícipes (familiares del fallecido), excepto 12 por valor de 1.200.000 pesetas, insuficientes para cubrir el importe de lo adeudado, y los 20.000.000 de pesetas en que se valoraron aquellas participaciones sociales vendidas y que supuestamente habría percibido el deudor fallecido, no se sabe donde están...».

RESUMEN

DERECHO SOCIETARIO ACCIÓN PAULIANA

En numerosas ocasiones se viene estimando por la jurisprudencia la viabilidad de la acción pauliana contra las aportaciones sociales a capital efectuadas por el deudor. En este trabajo nos hemos limitado a la exposición de dichas resoluciones jurisprudenciales dejando para otro, inmediatamente posterior, las reflexiones a realizar sobre los argumentos de las mismas acerca de dicha viabilidad.

ABSTRACT

CORPORATE LAW ACTION TO NULLIFY FRAUDULENT ACTS OF A BANKRUPT

On numerous occasions jurisprudence has upheld the viability of action to nullify fraudulent contributions to corporate capital by a bankrupt debtor. In this paper we merely review the said judgments, leaving for another paper (immediately to follow) our reflections on the arguments given in the judgments about said viability.

3. URBANISMO

*NUEVAS REALIDADES DERIVADAS DE LOS PROCESOS
DE URBANIZACIÓN Y POSIBLES RESPUESTAS DESDE
EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO Y REGISTRAL VIGENTE*

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUPUESTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2009.—III. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA GESTIÓN DEL PLANEAMIENTO Y LA PROYECCIÓN DE LOS SISTEMAS DE ACTUACIÓN.—IV. LA CRITICABLE POSICIÓN DE LA SENTENCIA Y LA ARTICULACIÓN DE FÓRMULAS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL PROPÓSITO ENUNCIADO: 1. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA COMENTADA. 2. BASES URBANÍSTICAS PARA EL DESARROLLO DE PROCESOS URBANIZATORIOS GENERALES. 3. ARTICULACIÓN REGISTRAL DEL PROCESO DESCRITO.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las consecuencias más visibles del urbanismo desarrollado en España especialmente durante el último decenio ha sido, probablemente, la deficiente conclusión de las obras de urbanización ligadas en muchas ocasiones a la insuficiente puesta en funcionamiento de los distintos servicios necesarios para el desenvolvimiento correcto de los ámbitos que sucesivamente se iban incorporando al tejido urbano.

En el origen de tal consecuencia no es difícil atisbar cierta vinculación con el salto dado en los modelos de ordenación y gestión seguidos que, referidos tradicionalmente a superficies de una dimensión relativamente pequeña, han pasado, como decía recientemente Eugenio TRÍAS en una Tercera de ABC, 2-1-10 («Sol de invierno, sobre el espacio y el tiempo»), a romper los muros creándose ciudades que absorben ciudades.

Baste comprobar las dimensiones no inhabituales de los nuevos sectores de suelo urbanizable en numerosos municipios del territorio nacional para cobrar conciencia de las dificultades técnicas de todo orden que su puesta en servicio necesariamente ha de acarrear. La existencia de sectores de cuatro, nueve o doce millones de metros cuadrados ha venido siendo una realidad acentuada por el desmesurado proceso de crecimiento inmobiliario vivido y cuya repercusión negativa sobre la gestión posterior era en cierto modo inevitable.

En este sentido resulta oportuna la referencia a la imagen externa de este proceso, según puede comprobarse en el Informe que fue presentado ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, del que fue Ponente la eurodiputada danesa Margrete Auken, votado favorablemente el 11 de febrero de 2009, y que fue objeto de resolución del Parlamento Europeo en el mes de marzo siguiente.

El Informe, alejado del lenguaje al uso políticamente correcto y cuyas conclusiones, me atrevo a presumir, no estarían muy alejadas de la opinión

generalizada del ciudadano común, se denominó: *Sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho Comunitario*, y se ocupó, por tercera ocasión en la anterior legislatura parlamentaria (ver Resoluciones de 12-6-07 y 13-12-05), de los que denominó: *abusos de los derechos legítimos de los ciudadanos europeos sobre sus bienes legalmente adquiridos en España*, expresando su inquietud acerca del desarrollo sostenible, la protección de medio ambiente y el suministro y la calidad de las aguas.

En él se vertían diversas consideraciones sobre la situación de hecho a la que se ha llegado en el urbanismo español, señalando que en España se han producido desarrollos urbanísticos sin precedentes en detrimento de los derechos de ciudadanos europeos (a este respecto es significativamente ilustrativo el artículo publicado en el suplemento *Crónica* de *El Mundo*, de 10 de enero de 2010, en el que se advierte sobre la situación de ilegalidad de los bienes adquiridos en España por decenas de miles de británicos que para hacerse con ellos vendieron sus propiedades en su país de origen, habiendo quedado atrapados, dice el artículo, *en el paraíso*) que han conllevado daños irreparables a la biodiversidad y a la integridad medioambiental de muchas regiones, que los procedimientos judiciales incoados, por órganos judiciales no debidamente preparados, siguen siendo de una lentitud desmedida y en muchos casos las sentencias dictadas de imposible ejecución, que la actividad desarrollada se ha afrontado desde una legislación inadecuada y en ocasiones injustificada, contraria a actos legislativos europeos, o que el sector de la construcción ha pasado a ser la primera víctima del actual desplome de los mercados financieros *por culpa de las políticas urbanísticas insostenibles que se siguieron*.

De algún modo, cuando, según reveló una periodista en un diario nacional, la exclamación habitual de júbilo en las bodas de cierto municipio de la costa mediterránea era ¡¡¡VIVAN LOS PAI!!!, o cuando incluso se incorporaron al lenguaje jurídico expresiones como *tsunami inmobiliario* o *la gallina de los huevos de cemento*, probablemente es que algo no se estaba haciendo del todo bien.

A partir de esta realidad, la técnica de la planificación urbanística, impulsada en cierto modo por la nueva legislación estatal que en este extremo ha impuesto nuevas condiciones para el desarrollo autónomo de los distintos ámbitos incorporados al tejido urbano, se ha ido inclinando paulatinamente en importantes planeamientos generales de reciente aparición, no ya por la exigencia de un desarrollo autosuficiente de cada sector, lo que es consecuencia de la aplicación estricta de la legislación urbanística, sino además, y aquí se encuentra en cierto modo el hecho novedoso, por la supeditación de la incorporación referida de tales sectores a la implantación completa de las infraestructuras generales del conjunto del territorio ordenado mediante la previa tramitación de Planes Especiales de Infraestructuras.

Con ello lo que se produce es un cierto desbordamiento de un marco legal que, en unos términos análogos a como efectuaba el artículo 117.2 de la Ley del Suelo de 1976, ha venido imponiendo en este extremo como condición para el desarrollo de los ámbitos de gestión que los mismos tuvieran entidad suficiente para justificar técnica y económicamente la autonomía de la actuación, resolviéndose de esta manera el proceso de gestión *intramuros* de las delimitaciones de este carácter al confiar en gran medida a la acción de la Administración la ejecución y financiación de las grandes infraestructuras.

Es por este motivo que, constatada la realidad expresada al inicio y vista la voluntad del planificador de ponerla coto, se plantea acto seguido la ca-

pacidad del ordenamiento jurídico para dar una respuesta solvente de manera que se cumpla el objetivo final de alcanzar una urbanización completa y susceptible de ponerse en servicio pero, a la vez, se haga dentro de un marco de derechos y deberes de los propietarios de suelo, y eventualmente del agente urbanizador, que sea plenamente respetuoso con la posición respectiva.

II. EL SUPUESTO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2009

La sentencia a la que nos referimos se pronuncia sobre un Plan General de Ordenación Urbana del que la parte recurrente solicita la declaración de no ser conforme a Derecho: *en cuanto a las Bases para la ejecución de las infraestructuras y servicios urbanísticos en el Plan General, Plan Especial de Infraestructuras y Proyectos de Urbanización del mismo.*

Destaca la sentencia que: *con el objeto de coordinar todos los desarrollos, el planeamiento aprobado exige y condiciona la aprobación definitiva de determinados sectores a la redacción de un Plan Especial de Infraestructuras, estableciendo las bases para su redacción, en las que se fijan los porcentajes de participación de cada sector en los costes de ejecución de las Redes Generales como carga de urbanización, pero incluyéndose en la contribución a esas cargas al suelo urbanizable no sectorizado.*

Más allá de la imputación de costes a los propietarios de suelo urbanizable no sectorizado, cuestión de la que aquí no nos ocupamos, la sentencia sí ofrece interés en cuanto se refiere a la anulación, sin motivación alguna, de la que en el Plan General se identificaba como Base 3-7 titulada: *El reconocimiento en aprovechamiento de la inversión realizada por encima de las obligaciones que le corresponderían en la distribución de costes anteriores*, Base cuyo texto era el siguiente: *De realizarse obras por encima del coste que a cada propietario le corresponda en función de los criterios anteriores, bien por sustitución o incumplimiento de la obligación total o parcial de otros, la Administración Municipal expedirá certificado a su favor reconociendo en aprovechamiento patrimonializable y/o materializable las unidades correspondientes al valor equivalente a la inversión realizada que deberá contar con informe técnico de valoración por los servicios técnicos municipales y se notificará a las partes incumplidoras.*

Concluye diciendo luego la sentencia que: *el Ayuntamiento en dicho certificado establecerá en qué sector y unidad de ejecución podrá materializar el correspondiente aprovechamiento sustituyendo el mismo del correspondiente propietario sustituido o incumplidor.*

Lo que hace en consecuencia la sentencia es anular una instrucción dada por el Plan General a un posterior Plan Especial de Infraestructuras y su sucesiva gestión en virtud de la cual se pretendía que, dado que aquél se fijaba como objetivo el desarrollo coordinado de todos los sectores mediante la simultánea implantación de unas infraestructuras comunes que garantizaran su viabilidad, de tal forma que considerando indivisible la obtención previa de las estructuras generales y su efectiva implantación, se convirtiera este presupuesto en condición indispensable para el desarrollo de los diversos sectores de suelo urbanizable, su cumplimiento se afrontara sobre una estructura jurídica en la que el cumplidor no fuera en ningún caso víctima del incumplidor al poder sustituirle.

Tal era, en síntesis, el objetivo del planeamiento general desautorizado por la sentencia de 18 de septiembre de 2009, afortunadamente carente aún de firmeza, desautorización, repetimos, inmotivada y que sin embargo suscita cuestiones de cierta relevancia en los términos que a continuación se indican.

III. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA GESTIÓN DEL PLANEAMIENTO Y LA PROYECCIÓN DE LOS SISTEMAS DE ACTUACIÓN

Con la salvedad de aquellas Comunidades Autónomas en las que se ha prescindido de los conocidos sistemas de actuación como modos diversos de gestionar el planeamiento en los que se prevé con diferente intensidad el grado de intervención de la iniciativa privada y la pública, pasando desde su reconocimiento a la propiedad o al promotor no propietario hasta la intervención por expropiación dentro de una diversidad de formas de gestión, la mayor parte de ellas los han mantenido, si bien es cierto que en ocasiones bajo diferentes denominaciones y matizaciones singulares respecto del modelo común de la Ley del Suelo de 1976, del que en cualquier caso todas parten.

Pese a la diversidad de su régimen jurídico, lo que nos interesa destacar en este punto es que su desarrollo se ha proyectado siempre sobre los respectivos ámbitos de gestión cuya definición física era el resultado de las denominadas unidades de ejecución o sectores según la clase de suelo sobre la que se actuara, ámbitos alterados hoy en su identificación nominativa si bien constantes en su misma función histórica.

La definición espacial del ámbito de gestión mediante una línea perimetral cerrada, aunque progresivamente se ha venido admitiendo su carácter discontinuo, servía al tiempo para identificar el espacio sobre el que habían de cumplirse el conjunto de deberes y ejercitarse los respectivos derechos en orden a la ejecución del planeamiento, todo ello según el correspondiente régimen urbanístico de los terrenos.

En razón de ello, la posición del propietario y eventualmente también del agente urbanizador ha venido marcada por un régimen de gestión reglado, predeterminado desde la Ley, en virtud del cual se sabía de antemano no sólo el régimen urbanístico del suelo, por así estar legalmente determinado, sino también el ámbito espacial sobre el que dicho régimen había de proyectarse, el cual o bien lo definía el planeamiento o bien era el resultante de la delimitación autónoma a tal efecto tramitada.

La unidad de ejecución o el sector con los suelos de redes públicas a los mismos adscritos, en su caso, eran los ámbitos de referencia donde se desarrollaba el conjunto del proceso de gestión, no existiendo, por este motivo, vasos comunicantes entre ellos, salvo esporádicamente cuando varias unidades se integraran en un mismo área de reparto.

Partiendo de esta estructura legal, muy superficialmente enunciada, cuando se rompe el molde es justamente cuando las exigencias del cumplimiento de una serie de deberes, a fin de ejecutar la urbanización en los términos en los que aquí venimos tratando, obligan a cruzar las fronteras que separan las diferentes unidades y sectores. Si resulta que las grandes infraestructuras que articulan el planeamiento son contempladas como un todo cuya puesta en servicio es condición para el desarrollo de los sectores, hasta el punto de que en algunos Planes Generales la concesión de licencias de primera ocupación se supedita a la conclusión de aquéllas, fácilmente se entiende que cada ám-

bito no puede ya plantear su gestión, como hacía el citado artículo 117.2 de la Ley del Suelo de 1976, como reductos autosuficientes e inexpugnables en sí mismos desde el momento en que tal consideración puede llevar sin dificultad, si no hay un desarrollo armónico entre los sectores, a la frustración de cumplir con los deberes directamente imputables pero tener que estar a la espera de que los demás cumplan los suyos, lo que depende de una diversidad de factores sobre los que aquellos carecen de control.

Esta era, justamente, la cuestión a la que al parecer pretendía dar respuesta el Plan General anulado en este extremo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de septiembre de 2009, sentencia a la que seguidamente nos referimos.

Ante estos nuevos planteamientos y exigencias, la primera observación que se produce es la de la insuficiencia normativa existente, al romperse el modelo tradicional y, quizá más importante aún, las insuficiencias también objetivas para identificar el esquema de funcionamiento, ya que al abarcar potencialmente la totalidad del suelo urbanizable ni hay constancia de la identidad de sus titulares ni existe siquiera capacidad de gestión ni medios coercitivos para involucrar a la sociedad en el desarrollo de un compromiso de este género.

Es por ello que la única alternativa para conseguir una finalidad tan razonable como la propuesta sea acudir a la iniciativa de la Administración por sí misma, lo que fácilmente se advertirá que ha de ser muy difícil de conseguir tanto por las exigencias financieras que ello comportaría como por la propia capacidad de gestión, atribuírsela al concesionario en régimen de publicidad y concurrencia de ofertas o, en fin, promover fórmulas asociativas en las que pueda darse entrada a los particulares que estén dispuestos a su desarrollo.

En cualquiera de estos casos, salvo la asunción directa por la Administración, resulta revelador comprobar cómo las tradicionales soluciones registradas en el ámbito urbanístico son tan versátiles en sí mismas del mismo modo que son susceptibles de aplicación analógica los modelos legales iniciales que tienen cabida inequívoca también en estos casos, todo ello contando con lo que ha sido la tradición continua de la calificación registral para adecuarse a las nuevas realidades sociales de tal modo que salvaguardando los principios se acojan estas exigencias dotándolas de los efectos legitimadores de la inscripción garantizadores de su eficacia.

IV. LA CRITICABLE POSICIÓN DE LA SENTENCIA Y LA ARTICULACIÓN DE FÓRMULAS PARA LA CONSECUCCIÓN DEL PROPÓSITO ENUNCIADO

1. EL ALCANCE DE LA SENTENCIA COMENTADA

Al margen de la ausencia absoluta de justificación en la sentencia comentada a las razones que dieron lugar a la anulación de la Base 3-7 más atrás reproducida y sin descartar en todo caso la oportunidad de que la cuestión hubiese sido tratada con un mayor grado de desarrollo en el Plan General en el que se contenía, estamos ante un pronunciamiento judicial que eventualmente podría llevar en sí mismo el germen de una gestión imposible dada la exigencia contenida en este último de supeditar la puesta en servicio de los diversos sectores a la conclusión del conjunto de las grandes infraestructuras.

Una crítica vertida en algunas ocasiones sobre el planificador ha sido la de incurrir en una cierta ceguera al contemplar la fase de elaboración del planeamiento desde una visión excesivamente voluntarista en la que el diseño de la ordenación, confundiendo deseos con realidades, es afrontado de espaldas a una gestión en la que la virulencia de los problemas jurídicos, por su cantidad y complejidad, termina por arruinar los más nobles propósitos relegados al baúl de las buenas y olvidadas ideas.

Es por este motivo, quizá, por el que sorprende la ligereza con la que la sentencia comentada se quita de encima un tema capital para la gestión de un planeamiento que, sin embargo, en este caso sí hizo el esfuerzo de anticipar una respuesta a unos problemas de gestión que inevitablemente habían de surgir cuando responsablemente se exigió desde sus determinaciones que la viabilidad de las diversas urbanizaciones singularmente consideradas no podía aceptarse sin su simultánea inserción en una red igualmente operativa de infraestructuras generales, precisamente a fin de evitar las graves disfunciones más atrás denunciadas.

Dicho esto, es cierto que la Base anulada en la sentencia de 18 de septiembre de 2009 parecía, por sí sola, insuficiente para dar respuesta a la problemática que se derivaba de la previsión del planeamiento general cuestionado en este extremo por aquélla, pero también lo es el hecho de que su texto no debía encerrar tacha alguna de legalidad si su articulación sucesiva se acometía dentro de unos principios acordes con el ordenamiento urbanístico, cuestión a la que la sentencia ciertamente no podía llegar, dado que su planteamiento no formaba parte del acto cuyo control de legalidad se sometía a su conocimiento.

A este respecto la Base 3-7 anulada parecía partir de la premisa, situada a su vez sobre la exigencia del desarrollo coordinado y conjunto del planeamiento, de que el proceso de asunción de costes, en el que ningún propietario podía salir beneficiado del mismo modo que ninguno podía salir perjudicado, había de concebirse de tal modo que garantizase el cumplimiento de tal exigencia. Es decir, lo que se pretendía era hacer realidad un planeamiento elaborado desde una visión de efectiva viabilidad y hacerlo, al tiempo, sin menoscabo alguno al derecho de los propietarios, los cuales, del mismo modo, no podían en ningún caso convertirse en obstáculo para su ejecución.

Desde este enfoque, la Base anulada se limitaba a sentar el principio de que, ante el eventual incumplimiento de deberes o voluntaria renuncia a su asunción por parte de los propietarios, aquellos otros que se subrogaran en su posición pudieran resarcirse del sobrecoste por ellos asumido con cargo al aprovechamiento equivalente al mismo, de tal modo que en el balance final unos y otros quedaran en situación de pleno equilibrio.

2. BASES URBANÍSTICAS PARA EL DESARROLLO DE PROCESOS URBANIZATORIOS GENERALES

Esta previsión, que en sí misma no es más que expresión del esencial principio urbanístico de equidistribución, por lo que debió ser mantenida, debería en todo caso desarrollarse, ya en la fase de gestión, bajo una estructura jurídica cuyos pilares fundamentales podrían ser los siguientes:

- a) La relevancia de una actuación de este género para la que el ordenamiento no da una respuesta explícita e inequívoca, debería partir, para entenderla en todo caso acomodada al mismo, del evidente predomi-

nio del interés público, dado que en última instancia lo que se afronta es el ejercicio de una función pública cuya tutela y control encomienda el ordenamiento a la Administración.

Dejar todo el proceso de gestión de un planeamiento general con el alcance del que dio lugar a la sentencia comentada en manos de los particulares, por mucho que su ejecución sea imputable a ellos y aunque fuera bajo una estructura jurídica de naturaleza mercantil, carecería de toda justificación.

En este sentido, así como en la actualidad los llamados convenios de planeamiento vienen siendo puestos en cuestión desde una legislación estatal que por primera vez advierte que la ordenación territorial y urbanística no será objeto de transacción, habiendo sido incluso suprimidos de alguna legislación autonómica como es el caso de la madrileña; no ocurre lo mismo con los convenios de gestión a los que el ordenamiento otorga un amplio margen de actuación en la búsqueda de fórmulas alternativas para la gestión del planeamiento, apartándose incluso de las previsiones legales dispuestas para los sistemas de ejecución.

Si resulta que el planeamiento genera necesidades que sobrepasan las capacidades de los sistemas de gestión legalmente tasados según su régimen respectivo, qué razón hay para impedir que a través de un convenio de gestión de adhesión voluntaria en el que se garantice, en todo caso, el respeto escrupuloso de los derechos de los propietarios, también de los que opten por quedar al margen de él, puedan preverse las condiciones generales, a las que más adelante nos referiremos, conforme a las que podría acometerse las obligaciones impuestas desde aquél.

- b) Desde su definición en un convenio de gestión en los términos señalados, del mismo modo que en el ordenamiento urbanístico la gestión del planeamiento encomendada a manos privadas se instrumenta ordinariamente en el marco de entidades de naturaleza administrativa que actúan bajo la tutela, fiscalización y control de la Administración urbanística, parece lógico que la existencia de obligaciones comunes que desbordan el ámbito limitado de cada sector o unidad de ejecución pueda igualmente articularse bajo la modalidad de entidades urbanísticas en las que, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las Asociaciones Administrativas de Propietarios, su finalidad es precisamente colaborar en la ejecución de las obras de urbanización tal y como establecía el artículo 191.1 del Reglamento de Gestión.

Es decir, junto a las entidades propias de cada sector o unidad conviviría una superestructura urbanística de naturaleza administrativa cuya finalidad se situaría, dentro del correspondiente marco estatutario, en el propósito de ejecutar aquellas infraestructuras comunes cuya implantación es condición necesaria para la viabilidad de cada uno de aquellos individualmente considerados.

- c) El régimen estatutario de la entidad urbanística que hubiera de constituirse con el objeto de asumir y ejecutar las infraestructuras generales previstas en el correspondiente planeamiento especial de esta naturaleza y conforme a las previsiones del general, habría de contemplar la adscripción voluntaria y por lo tanto abierta a todos aquellos propietarios de suelo que lo fueran de aquel que conforme a su régimen

urbanístico permitiera su incorporación al proceso urbanístico, ya lo fuera en el momento de la constitución, ya de modo sobrevenido como ocurriría respecto de los propietarios de suelo urbanizable no sectorizado en el momento de su sectorización.

Del mismo modo, la eventual atribución de la condición de agente urbanizador sobre un determinado ámbito en procedimiento de pública concurrencia, legitimaría a éste para manifestar su voluntad de adhesión, la cual de producirse habría de dar lugar a su admisión.

- d) Igualmente los estatutos deberían contemplar, previa atribución proporcional de costes a cada sector o unidad, el régimen de imputación y pago de los costes de las referidas infraestructuras sobre los propietarios y de reconocimiento de aprovechamientos por tal concepto, abarcando dicha imputación y reconocimiento tanto a los propietarios incorporados a la Asociación como a aquellos otros que optaran voluntariamente por quedar al margen de ella aunque fueran también obligados al pago.
- e) En relación con el Proyecto de Obras aprobado por la Administración, su ejecución habría de hacerse, con cargo a los propietarios de suelo según lo dicho, por quien resultara adjudicatario de ellas en el procedimiento concursal que a tal fin se celebrara de conformidad con la legislación de contratación administrativa, correspondiendo a los estatutos de la Asociación la regulación respectiva sobre la contratación de las obras.
- f) También parecería esencial contemplar en los estatutos el régimen de subrogación de terceros adquirentes de terrenos en la posición de los miembros adheridos a la Asociación, para lo cual en las fincas del conjunto de los propietarios a ella adheridos debería hacerse constar, al modo en que tiene lugar en los diferentes sistemas de actuación y siguiendo el modelo del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la correspondiente nota marginal de afección a las obligaciones inherentes al régimen estatutario de aquélla.

3. ARTICULACIÓN REGISTRAL DEL PROCESO DESCRITO

Ante estos nuevos planteamiento y exigencias, la primera observación que se produce es la de la insuficiencia normativa existente, al romperse el modelo tradicional y, quizá más importante aún, las insuficiencias también objetivas para identificar el esquema de funcionamiento, ya que al abarcar potencialmente la totalidad del suelo urbanizable ni hay constancia de la identidad de sus titulares ni existe siquiera capacidad de gestión ni medios coercitivos para involucrar a la sociedad en el desarrollo de un compromiso de este género.

Es por ello que la única alternativa para conseguir una finalidad tan razonable como la propuesta sea acudir a la iniciativa de la Administración por sí misma, lo que fácilmente se advertirá que ha de ser muy difícil de conseguir tanto por las exigencias financieras que ello comportaría como por la propia capacidad de gestión, atribuírsela al concesionario en régimen de publicidad y concurrencia de ofertas o, en fin, promover fórmulas asociativas en las que pueda darse entrada a los particulares que estén dispuestos a su desarrollo.

En cualquiera de estos casos, salvo la asunción directa por la Administración, resulta revelador comprobar cómo las tradicionales soluciones registra-

les en el ámbito urbanístico son tan versátiles en sí mismas del mismo modo que son susceptibles de aplicación analógica los modelos legales iniciales que tienen cabida inequívoca también en estos casos, todo ello contando con lo que ha sido la tradición continua de la calificación registral para adecuarse a las nuevas realidades sociales de tal modo que salvaguardando los principios se acojan estas exigencias dotándolas de los efectos legitimadores de la inscripción garantizadores de su eficacia.

De acuerdo con ello y partiendo de las bases urbanísticas relatadas anteriormente, debe reiterarse que las garantías exigibles por las Administraciones para asegurar su efectivo cumplimiento habrían de ser estructuradas desde un concierto de voluntades plasmado en un convenio urbanístico de gestión. En éste estarían contemplados los bienes concretos sobre los que recaerían los compromisos urbanísticos, las prestaciones exigibles a sus titulares y las correspondientes prerrogativas y garantías ofrecidas por la Administración para asegurar el traslado de las cargas asumidas y realizadas respecto de las superficies integradas en cada unidad o sector, los plazos de ejecución, las cuotas de participación por sectores y la oponibilidad a los terceros adquirentes de los mismos bienes en función de las determinaciones de los planes y proyectos y los compromisos que vincularan a los bienes comprometidos como obligaciones *propter rem* que eviten dejar aquellos situados en el ámbito de las consecuencias meramente obligacionales, sujetas al riesgo del fraude en contra de las Administraciones o de los intereses difusos de la comunidad de interesados urbanizadores.

El modelo susceptible de aplicarse, que aquí se expone solo sucintamente, encuentra su reflejo analógico en el tratamiento registral, por ejemplo, de los derechos de sobreelevación o de construcción bajo el suelo a los que se refiere el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, en el que se contempla la estructuración sucesiva del objeto del derecho inscrito y su articulación por cuotas cuando se produzca su materialización. Podríamos decir, en términos generales, que, al amparo del artículo 392 del Código Civil y la doctrina de la Dirección General de los Registros que lo admite, sería equivalente a una comunidad funcional concertada entre una pluralidad de propietarios que afectan sus bienes comprendidos dentro del suelo urbanizable a un régimen de prestaciones y facultades dimanantes del planeamiento, pero extensibles a terceros adquirentes que ven reforzada la obligada subrogación legal o incluso directamente generada respecto de determinaciones convencionales complementarias en razón a su constancia registral, conforme al artículo 19.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo.

Un acuerdo de este género, suscrito entre la Administración competente y los titulares de suelo que así lo consientan, susceptible de ser extendido a cuantos quieran participar en él, desde el punto en que alcanza una vocación de oponibilidad a terceros y comprende el conjunto de prestaciones operantes *propter rem* sobre los bienes comprendidos dentro del mismo, cuando procedan de un convenio urbanístico de gestión tramitado según el régimen legal de aplicación, será inscribible por sí, en cuanto cumpla naturalmente las condiciones propias del sistema registral, por darse las circunstancias previstas por el artículo 1.1 del Real Decreto de 4 de julio de 1997.

RESUMEN

URBANIZACIÓN
REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El fuerte crecimiento urbanístico vivido en España en el último decenio ha puesto de relieve ciertas disfunciones en los procesos urbanizadores que exigen la opción por nuevas alternativas que, sin estar expresamente contempladas en la Ley, tienen sin embargo una clara respuesta en ella mediante la creación de fórmulas que, garantizando en todo caso los derechos de los afectados y con las garantías ofrecidas por el sistema registral para garantizar la oponibilidad a terceros, posibiliten al tiempo la correcta ejecución del planeamiento urbanístico.

ABSTRACT

DEVELOPMENT
PROPERTY REGISTRATION SYSTEM

The strong growth in development Spain has experienced over the last ten years has thrown into relief certain dysfunctions in development processes that require the option of new alternatives. These new alternatives, although not expressly envisioned in Spanish legislation, find however in legislation a clear response, by means of the creation of formulae that, while guaranteeing at all events the rights of the persons involved, with the guarantees offered by the registration system to ensure third-party enforceability, at the same time make the correct execution of city planning possible.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 1/2010. 19-2-2010. Modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.

— Corrección de errores. Ley 15/2009. 11-11-2009. Contrato de transporte terrestre de mercancías.

— Tercer Acta de Corrección de Errores del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13-12-2007.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1960/2009. 18-12-2009. Regulan los Consejos de Residentes Españoles en el Extranjero.

— Real Decreto 1/2010. 8-1-2010. Modificación de determinadas obligaciones tributarias formales y procedimientos de aplicación de los tributos y de modificación de otras normas con contenido tributario.

— Real Decreto 2/2010. 8-1-2010. Modifica el Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28-3-2003, en materia de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

— Real Decreto 49/2010. 22-1-2010. Crea el Registro Administrativo de Empresas de Inserción del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

— Real Decreto 67/2010. 2-1-2010. Adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado.

— Real Decreto 107/2010. 5-2-2010. Modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4-2-2000.

— Orden 3/2010. 11-1-2010. Establece el importe de las tasas por tramitación de autorizaciones administrativas, solicitudes de visados y documentos de identidad en materia de inmigración y extranjería.

— Orden 52/2010. 21-1-2010. Modifica los Anexos II, IX, XI, XII y XVIII del Reglamento General de Vehículos, aprobado por Real Decreto 2822/1998, de 23-12-1998.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Orden 5/2010. 12-1-2010. DGRN. Nombra los Tribunales calificadoros de la oposición libre para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 24-9-2009.

— Resolución de 30-12-2009. DGRN. Eleva a definitiva la lista provisional de admitidos para tomar parte en la oposición libre para obtener el título de notario, convocada por Resolución de 24-9-2009.

— Resolución de 15-1-2010. DGRN. Ordena la constitución de los Tribunales de la oposición para obtener el título de Notario convocada por Resolución de 24-9-2009, y se anuncia el sorteo de los opositores y el comienzo de los ejercicios.

— Resolución de 21-1-2010. DGRN. Corrección de errores. Resolución de 15-1-2010, por la que se ordena la constitución de los tribunales de la oposición para obtener el título de notario convocada por Resolución de 24-9-2009, y se anuncia el sorteo de los opositores y el comienzo de los ejercicios.

— Resolución de 18-1-2010. DGRN. Resuelve el concurso ordinario número 278 para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, convocado por Resolución de 12-11-2009, y se dispone su comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Resolución de 2-2-2010. DGRN. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por Resolución de 25-11-2009, y se dispone su publicación y comunicación a las Comunidades Autónomas para que se proceda a los nombramientos.

— Corrección de errores. Resolución de 2-2-2010. DGRN. Resuelve el Concurso para la provisión de Notarías convocado por Resolución de 25-11-2009.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 99/2010. 28-1-2010. Desarrolla para el año 2010 el método de estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA.

— Orden 388/2010. 19-2-2010. Aprueba el modelo 685, Tasa sobre apuestas y combinaciones aleatorias, autoliquidación, se determina el lugar y forma de presentación y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática.

— Resolución de 29-12-2009. Hace público el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el primer semestre natural del año 2010.

— Resolución de 12-1-2010. Aprueban las directrices generales del Plan General de Control Tributario 2010.

— Resolución de 28-1-2010. Recoge el procedimiento para la asignación del número de Registro e Identificación de Operadores Económicos (EORI).

— Corrección de errores. Orden 3476/2009. 17-12-2009. Aprueba los precios medios de venta aplicables en la gestión del ITP y AJD, IS y D e Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 4-1-2010. Hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 19-1-2010. Hacen públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-2-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 17-2-2010. Hace públicos determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE VIVIENDA

— Orden 3698/2009. 30-11-2009. Fija el volumen máximo de préstamos convenidos a conceder en la anualidad 2010 por las entidades de crédito colaboradoras en la financiación del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 38/2010. 15-1-2010. Modifica el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesio-

nales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7-12-1995.

— Real Decreto 103/2010. 5-2-2010. Modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14-5-1998.

— Real Decreto 133/2010. 12-2-2010. Establece la prórroga del programa temporal de protección por desempleo e inserción, regulado por la Ley 14/2009, de 11-11-2009.

— Orden 25/2010. 12-1-2010. Desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23-12-2009, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

— Corrección de errores. Orden 25/2010. 12-1-2010. Desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23-12-2009, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

— Corrección de errores. Resolución de 23-12-2009. Modifica el ámbito territorial de las unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en determinadas direcciones provinciales.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Instrumento contemplado por el artículo 3(2) del Acuerdo de asistencia judicial entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea firmado el 25-6-2003, sobre la aplicación del Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre Estados Unidos y el Reino de España firmado el 20-11-1990, hecho *ad referendum* en Madrid el 17-12-2004.

— Instrumento previsto en el artículo 3(2) del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25-6-2003, para la aplicación del Tratado de Extradición entre España y Estados Unidos de 29-5-1979 y Tratado Suplementario de Extradición de 25-1-1975, 9-2-1988 y 12-3-1996, hecho *ad referendum* en Madrid el 17-12-2004.

— Entrada en vigor del Acuerdo especial entre el Reino de España y la Organización Europea de Patentes relativo a la cooperación en cuestiones relacionadas con el Tratado de Cooperación en materia de Patentes (PCT), hecho en Munich y Madrid el 2-7 y 18-12-2008.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Orden 268/2010. 11-2-2010. Modifica la Orden EDU/1434/2009, de 29-5-2009, por la que se actualizan los anexos del Real Decreto 1892/2008,

de 14-11-2008, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 2031/2009. 30-12-2009. Regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos, Plan 2000 E de apoyo a la renovación del parque de vehículos durante el año 2010.

MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL

— Real Decreto 42/2010. 15-1-2010. Regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

— Real Decreto 109/2010. 5-2-2010. Modifica diversos Reales Decretos en materia sanitaria para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23-11-2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22-12-2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Orden 19-1-2010. Atribuye funciones y competencias en materia tributaria y demás ingresos de derecho público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se determina el ámbito territorial de competencias de los órganos y unidades administrativos de la Agencia Tributaria de Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 11/2009. 30-12-2009. Cámara de Cuentas de Aragón.

— Ley 12/2009. 30-12-2009. Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010.

— Ley 13/2009. 30-12-2009. Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Corrección de errores. Ley 13/2009. 30-12-2009. Medidas Tributarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Real Decreto 2035/2009. 30-12-2009. Ampliación de medios patrimoniales y económicos adscritos al traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por el Real Decreto 778/2006, de 23-6-2006, de ampliación de las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de conservación de la naturaleza (Parque Nacional de Ordesa y Monte Perdido).

ASTURIAS

— Rectificación de errores. Ley 4/2009. 29-12-2009. Medidas Administrativas y Tributarias de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2010.

— Rectificación de errores. Decreto 148/2009. 23-12-2009. Segunda modificación del Decreto 63/2008, de 9-7-2008, por el que se aprueban los coeficientes aplicables al valor catastral para estimar el valor real de determinados bienes inmuebles urbanos, a efectos de los ITP y AJD e IS y D, así como la metodología seguida para su obtención.

BALEARES

— Ley 8/2009. 16-12-2009. Reforma de la Ley 11/2001, de 15-6-2001, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la trasposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

CANARIAS

— Ley 14/2009. 30-12-2009. Modifica la Ley 7/1995, de 6-4-1995, de Ordenación del Turismo de Canarias.

— Decreto 165/2009. 29-12-2009. Amplía el plazo de aplicación de las medidas para hacer frente a la coyuntura económica, previstas en el apartado 1 de la Disposición Transitoria 1.^a del Decreto 135/2009, de 20-10-2009, por el que se regulan las actuaciones del Plan de Vivienda de Canarias para el periodo 2009-2012.

— Decreto 174/2009. 29-12-2009. Declara Zonas Especiales de Conservación integrantes de la Red Natura 2000 en Canarias y medidas para el mantenimiento en un estado de conservación favorable de estos espacios naturales.

— Orden 30-12-2009. Crea los registros auxiliares de los Parques Nacionales Canarios.

— Orden 14-1-2010. Declara el día 24-2-2010, inhábil a determinados efectos en el ámbito de las competencias de la OL de Distrito Hipotecario de Valverde de El Hierro.

— Orden 11-2-2010. Nombran Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Resolución de 14-1-2010. Actualiza el límite previsto en el artículo 10.1.28.º de la Ley 20/1991, de 7-6-1991, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

CANTABRIA

— Ley 5/2009. 28-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2010.

— Ley 6/2009. 28-12-2009. Medidas Fiscales y de Contenido Financiero.

— Corrección de errores. Ley 6/2009. 28-12-2009. Medidas fiscales y de contenido financiero.

CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 1/2010. 7-1-2010. Modifica el Decreto 2/1992, de 16-1-1992, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Económico y Social de Castilla y León.

— Decreto 3/2010. 14-1-2010. Encomienda a las Oficinas de Distrito Hipotecario a cargo de Registradores de la Propiedad, Funciones de Gestión de los ITP y AJD e IS y D.

— Orden 2441/2009. 28-12-2009. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 56/2010. 12-1-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 91/2010. 26-1-2010. Modifica el Anexo de la Orden PAT/136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Corrección de errores. Decreto Legislativo 3/2009, de 23-12-2009. Medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León.

— Corrección de errores. Decreto 64/2009, 24-9-2009. Modifica el Decreto 52/2002, de 27-3-2002, de desarrollo y aplicación del Plan Director de Vivienda y Suelo de Castilla y León, 2002-2009.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 4/2010, de 26-01-2010. Protección social y jurídica de los menores en Castilla-La Mancha.

— Orden 25-1-2010. Aprueban los precios medios en el mercado para bienes rústicos y se dictan normas sobre el procedimiento de comprobación de valores en el ámbito de los IS y D y ITP y AJD para el año 2010.

CATALUÑA

— Decreto 13/2010, 2-2-2010. Plan para el derecho a la vivienda de 2009-2012.

— Orden 2-2-2010. Aplaza la ejecución de la demarcación registral prevista para el año 2009 en la Orden de 23-10-2007, por la que se dictan normas para la ejecución del Real Decreto 172/2007, de 9-2-2007, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Orden 16-2-2010. Aplaza la provisión de plazas de notarías vacantes prevista para el año 2010.

— Resolución de 589/VIII, 27-1-2010. Convalida el Decreto-ley 1/2010, de 12-1-2010, de modificación de la Ley 10/1997, de 3-7-1997, de la renta mínima de inserción.

— Resolución de 2-2-2010. Resuelve el concurso para la provisión de notarías vacantes convocado por la Resolución de 25-11-2009.

— Resolución de 158/2010, 18-1-2010. Resuelve el concurso para la provisión de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles convocado por la Resolución de JUS/3309/2009, de 17-11-2009, y se dispone su publicación.

— Corrección de errores. Ley 18/2009, 22-10-2009. Salud pública.

EXTREMADURA

— Ley 1/2010, 7-1-2010. Consejo Social de la Universidad de Extremadura.

— Decreto 6/2010. 21-1-2010. Establece el régimen jurídico de los huertos familiares existentes en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 19/2010. 12-2-2010. Modifica el Decreto 117/2008, de 6-6-2008, por el que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para la realización de programas de aprendizaje a lo largo de la vida en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Orden 26-1-2010. Aprueban los precios medios en el mercado para estimar el valor real de los vehículos comerciales e industriales ligeros usados, a efectos de la liquidación de los hechos imponibles de los ITP y AJD e IS y D, que no figuren en las tablas de precios medios de venta aprobados por el MEH.

GALICIA

— Ley 10/2009. 30-12-2009. Modificación del Decreto Legislativo 1/2005, de 10-3-2005, por el que se aprueba el TR de las Leyes 7/1985, de 17-7-1985, y 4/1996, de 31-5-1996, de Cajas de Ahorro de Galicia.

— Decreto 1/2010. 8-1-2010. Regula el Registro Único de Demandantes de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Galicia y la adjudicación de las viviendas protegidas, así como de las acogidas a programas de acceso a vivienda con ayudas públicas.

— Decreto 3/2010. 8-1-2010. Regula la factura electrónica y la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en materia de contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y entes del sector público dependientes de la misma.

LA RIOJA

— Ley 1/2010. 16-2-2010. Cámara Oficial de Comercio e Industria de La Rioja.

— Corrección de errores. Decreto 2/2010. 15-1-2010. Modifica el Decreto 57/2006, de 27-10-2006, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

MADRID

— Decreto 1/2010. 14-1-2010. Aprueba el Reglamento de la Ley 11/1998, de 9-7-1998, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

— Resolución de 30-12-2009. Habilita al Registro Telemático de la Consejería de Economía y Hacienda para la realización de trámites telemáticos durante la tramitación del expediente de diversos procedimientos.

— Resolución de 12-1-2010. Habilita al Registro Telemático de la Consejería de Economía y Hacienda para la realización de trámites telemáticos durante la tramitación de diversos procedimientos.

— Corrección de errores. Ley 9/2009. 23-12-2009. Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2010.

MURCIA

— Decreto 448/2009. 29-12-2009. Crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

NAVARRA

— Decreto Foral Legislativo 1/2010. 25-1-2010. Modifica la Ley Foral 19/1992, de 30-12-1992, del IVA.

— Decreto Foral 91/2009. 28-12-2009. Declara los días inhábiles en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra a efectos de cómputo de plazos para el año 2010.

— Decreto Foral 92/2009. 28-12-2009. Actualiza los umbrales comunitarios de la Ley Foral 6/2006, de 9-6-2006, de Contratos Públicos.

— Decreto Foral 1/2010. 11-1-2010. Modifica los Estatutos del Organismo Autónomo Hacienda Tributaria de Navarra, aprobados por Decreto Foral 119/2007, de 3-9-2007, así como el Reglamento del IRPF, aprobado por Decreto Foral 174/1999, de 24-5-1999.

— Orden Foral 218/2009. 21-12-2009. Establece el régimen de autoliquidación como procedimiento de liquidación y pago para determinados negocios jurídicos en el ámbito del IS y D.

— Orden Foral 2/2010. 4-1-2010. Aprueba los precios medios de venta de vehículos usados y de embarcaciones, aplicables en la gestión de los IS y D e ITP y AJD y Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

— Orden Foral 3/2010. 4-1-2010. Aprueba el modelo 181 de declaración informativa de préstamos y créditos, y operaciones financieras relacionadas con bienes inmuebles.

— Orden Foral 19/2010. 17-2-2010. Desarrolla para el año 2010 el régimen de estimación objetiva del IRPF y el régimen simplificado del IVA.

— Corrección de errores. Ley Foral 17/2009. 23-12-2009. Modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias.

— Corrección de errores. Decreto Foral Legislativo 2/2009. 23-11-2009. Modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-1992, de Impuestos Especiales.

— Corrección de errores. Decreto Foral 69/2009. 28-9-2009. Modifica el Reglamento del IS aprobado por Decreto Foral 282/1997, de 13-10-1997.

PAÍS VASCO

— Decreto 24/2009. 31-12-2009. Cese del Defensor de la Infancia y la Adolescencia.

— Decreto 2/2010. 12-1-2010. Prestación complementaria de vivienda.

VALENCIA

— Reforma del artículo 21.4 del Reglamento de Les Corts.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 16 de febrero, organizada por Ibercaja y el Colegio Mayor Miraflores, tuvo lugar la CONFERENCIA: *EL SISTEMA FINANCIERO INTERNACIONAL TRAS LA CRISIS*, dentro del Ciclo Aragón 2010, a cargo de don Matías RODRÍGUEZ INCIARTE, Vicepresidente del Banco Santander.

* * *

El día 19 de febrero, entre los actos conmemorativos del Patrón de la Facultad de Derecho, tuvo lugar la CONFERENCIA: *REFUGIADOS: ¿UN CONCEPTO JURÍDICO ZOMBIE?*, por el Profesor Doctor Don Javier DE LUCAS, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia, Director del Colegio de España en París y miembro de la Comisión de Seguimiento del Plan Nacional de Derechos Humanos.

* * *

El día 23 de febrero se inauguró el 28.º CURSO SOBRE LA UNIÓN EUROPEA de la Cátedra Alonso V de Aragón, dirigido por el Catedrático don Maximiliano BERNAD y organizado por la Institución Fernando el Católico en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, con la CONFERENCIA: *LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL RETO DE LA INMIGRACIÓN*, a cargo de don Javier ELORZA CAVENGT, Secretario General para Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, ex-Embajador ante la Unión Europea en Francia y en Rusia, miembro del Comité de Honor y Medalla del Real Instituto de Estudios Europeos.

* * *

El día 25 de febrero, organizada por la Fundación Basilio Paraíso y la Cámara de Comercio de Zaragoza (entre otros), tuvo lugar la CONFERENCIA: *LA ECONOMÍA EN ESPAÑA: LO QUE NO SE ATREVEN A DECIR NI LOS POLÍTICOS NI LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN*, a cargo de Marc VIDAL.

MADRID

El día 25 de febrero de 2010, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *INMUNIDAD DEL PODER EN ITALIA*.

Ponente: Alessandro PACE, Catedrático de Derecho Constitucional. Instituto de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de La Sapienza (Roma).

Contraponente: Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

El día 4 de marzo de 2010, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LOS DEFENSORES DEL CONTRIBUYENTE*.

Programa: «Los defensores del contribuyente en España. ¿Tiene sentido su tarea? ¿Debe potenciarse? El nuevo Reglamento del Consejo para la defensa del contribuyente ¿un paso adelante?»

Ponente: M.^a Teresa SOLER ROCH, Catedrática de Derecho Financiero de la Universidad de Alicante. Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyente. Ministerio de Economía y Hacienda.

Contraponente: José Manuel TEJERIZO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la UNED. Defensor del Contribuyente de la Junta de Castilla y León.

Moderador: Fernando SERRANO ANTÓN, Profesor de Derecho Financiero y Tributario. UCM. Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid. Presidente de la Comisión de Control de Caja Madrid.

Comentario:

El título de la Jornada es reflejo de lo que se desarrolló en la misma: un encuentro entre expertos en el tema que unían a su condición de especialistas universitarios la de estar al frente de la institución de la defensa del contribuyente en los tres niveles territoriales de la Hacienda española: estatal (María Teresa SOLER ROCH, Presidenta del Consejo para la Defensa del Contribuyen-

te), autonómica (José Manuel TEJERIZO LÓPEZ, Defensor del Contribuyente de la Junta de Castilla y León), y local (Fernando SERRANO ANTÓN, Defensor del Contribuyente del Ayuntamiento de Madrid).

Inició la Jornada María Teresa SOLER ROCH, que une a su condición institucional la Cátedra de Derecho Financiero de la Universidad de Alicante. Desarrolló su ponencia exponiendo, en primer lugar, el sentido de la tarea desarrollada por el Consejo para la Defensa del Contribuyente, en el seno del Ministerio de Hacienda. Al respecto señaló que la figura del Defensor hay que enmarcarla en la evolución sentida en el seno de la relación Administración-contribuyentes en los tiempos recientes.

Dicha evolución se aprecia, en primer lugar, en el ejercicio de la función tributaria manifestada mediante el desarrollo de procedimientos administrativos, haciéndose notar que la antigua relación desequilibrada a favor de la Administración ha sido sustituida por una relación más equilibrada en la que se pone el acento no sólo en las potestades administrativas sino también en los derechos que asisten a los contribuyentes en el desarrollo de los procedimientos tributarios.

También se aprecia la evolución que comentamos en los servicios que presta la Administración Tributaria profundamente alterado tanto por la aparición y generalización de las autoliquidaciones como por la creación de la Agencia Estatal para la Administración Tributaria, que ha sido un órgano decisivo en la consolidación y eficacia en el funcionamiento del sistema.

Así la relación Administración-contribuyentes se enmarca en una posición dual: los contribuyentes son, por una parte, obligados tributarios con determinados derechos en este ámbito, y por otro lado, son usuarios de los servicios que presta aquella Administración. En ambos sentidos, en ambas posiciones actúa el Consejo para la Defensa del Contribuyente como institución llamada a la protección de los mismos, y así lo refleja el artículo 34.2 de la Ley General Tributaria al disponer: *Integrado en el Ministerio de Hacienda, el Consejo para la Defensa del Contribuyente velará por la efectividad de los derechos de los obligados tributarios, atenderá las quejas que se produzcan por la aplicación del sistema tributario del Estado y efectuará las sugerencias y propuestas pertinentes, en la forma y con los efectos que reglamentariamente se determinen.*

Tras analizar el sentido de la labor del Consejo, se planteó la ponente si la regulación que se había establecido con el reciente reglamento del Consejo para la Defensa del Contribuyente podía considerarse o no como un paso adelante. El nuevo Reglamento fue aprobado por Real Decreto 1676/2009, de 13 de noviembre (publicado en el *BOE* de 4 de diciembre) y entró en vigor el 5 de diciembre de 2009.

Son aspectos esenciales del nuevo Reglamento, que fueron debidamente enfatizados por la ponente, los relativos a la definición del Consejo como

un órgano colegiado que desarrolla funciones asesoras y actúa con independencia en el ejercicio de sus funciones. Hay que entender que dicha independencia es meramente funcional, pues orgánicamente se enmarca en la Secretaría de Estado de Hacienda.

El carácter colegiado del Consejo es una singularidad del mismo, en relación con instituciones similares del Derecho Comparado, singularidad que permite la entrada en el mismo de representantes tanto de la Administración como de los contribuyentes.

Goza de una unidad operativa central y dos regionales que atienden principalmente las quejas y sugerencias referidas a los órganos central o periféricos de la Administración respectivamente. El ritmo de interposición de quejas y sugerencias es creciente en términos globales, habiéndose incrementado sobre todo en relación con el Catastro y los Tribunales Económico-administrativos.

Junto a la atención a quejas y sugerencias, elabora propuestas e informes generales y de carácter normativo.

Concluyó la exposición la ponente defendiendo la potenciación del Consejo, tanto en lo relativo a las funciones y competencias como en lo referente al conocimiento y utilización de este órgano por parte de los contribuyentes.

El también catedrático de Derecho Financiero y Tributario, de la UNED, José Manuel TEJERIZO intervino como contraponente, señalando en primer lugar la menor dimensión de la institución que encarna en relación con la estatal y municipal presentes en el debate.

Se detuvo especialmente en el análisis de los antecedentes de los órganos encargados de la defensa de los derechos de los contribuyentes que engarzó con la institución del Defensor del Pueblo (art. 54 de la Constitución), y los de éste en la figura del *ombudsman*, que fue establecida en Suecia en 1809, y que fue introducida en casi todas las Constituciones aprobadas después de la Segunda Guerra Mundial.

Enmarcó la figura del Defensor del Pueblo dentro de las figuras u órganos de control, en lo que ha sido denominado Magistratura de Opinión en contraposición a la Magistratura *stricto sensu*, encarnada por los jueces y tribunales. Recordó que la institución del Defensor del Pueblo ha tenido un éxito extraordinario en España, donde han aparecido múltiples secuelas, con diversas denominaciones, en las diferentes Comunidades Autónomas (*Procurador del Común* en Castilla y León, *Justicia* en Aragón, *Artateko* en el País Vasco, *Sindic de Greuges* en Cataluña, etc.), Más aún apuntó cómo se han añadido figuras similares con un ámbito de competencias sectorial (defensores del menor, del soldado, del estudiante, del universitario, del usuario, del asegurado, del cliente bancario, etc.) tanto en el sector público como en el privado.

Centrándose en el campo tributario subrayó que el fenómeno de la existencia de órganos encargados de la defensa de los derechos de los contribuyentes

no es exclusivo de nuestro ordenamiento. Según ha destacado la doctrina, también se pueden encontrar figuras similares en el Derecho Comparado, como en Italia (El garante del contribuyente) o los Estados Unidos (Taspayer Advocate Service). Y a nivel interno español recordó figuras como la del *Consell Tributari* del Ayuntamiento de Barcelona, que es el primer ejemplo de este tipo de instituciones, pues fue constituido en diciembre de 1988; esto es, mucho antes que el Consejo estatal, si bien no nació como un órgano que tuviera por objeto atender las quejas de los contribuyentes frente a la Hacienda Local, sino como un órgano asesor del Ayuntamiento de Barcelona en la resolución de los recursos interpuestos contra los actos y resoluciones de la Corporación Municipal en materia tributaria.

Tras detallar la organización, estructura, funciones y funcionamiento del Consejo de Castilla y León, ofreció diversos datos estadísticos sobre el mismo y concluyó con un juicio crítico del mismo en el que apuntó aspectos positivos y negativos.

Dentro de los segundos expuso el solapamiento que se produce con los órganos administrativos que tienen encomendadas funciones de control interno, como pueden ser las Inspecciones de los servicios. También apuntó que el régimen jurídico de sus decisiones o informes está muy desdibujado, y que su eficacia es más que dudosa porque ni suelen estar dotados de medios jurídicos para que aquéllas puedan ser impuestas a los órganos destinatarios, ni tampoco pueden reaccionar muchas veces ante su incumplimiento.

También se ha llegado a decir que su aparición ha desnaturalizado instituciones de honda raigambre en nuestro ordenamiento, como los derechos de petición o de queja, reconocidos incluso en la Constitución, o las contestaciones de las consultas, por citar un supuesto previsto en las normas tributarias.

Por último expuso que no dejan de ser unos Institutos que desvirtúan de algún modo el sistema de recursos ideado para resolver los conflictos en la aplicación de las normas, en nuestro caso tributarias.

Junto a dichos aspectos, detalló como positivos principalmente el ascendiente de carácter moral que ejerce sobre la Administración Tributaria controlada y sobre los contribuyentes. En esta línea es fundamental la independencia de la Administración tributaria a la que, en último término, debe controlar.

Desde el punto de vista procedimental sugirió que las quejas de los obligados tributarios deberían resolverse directamente por el Consejo, sin que fuera necesaria una contestación previa de la Administración tributaria controlada.

Concluyó, finalmente, en que el Consejo de Defensa del Contribuyente puede suponer un instrumento válido para lograr, en la medida de sus posibilidades, un equilibrio entre los intereses de la Hacienda Pública controlada, que son los intereses de todos y cada uno de sus ciudadanos, y los derechos individuales, que por ser de todos lo son también de aquélla.

A ambas exposiciones siguió un animado debate que fue moderado por el Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid, Fernando SERRANO ANTÓN, que precisó tanto la justificación legal de creación del Defensor del Contribuyente como la organización y procedimiento del mismo en el seno del Ayuntamiento de Madrid, sus relaciones con el Defensor del Pueblo y el Defensor del Vecino, así como con el Defensor del Pueblo europeo.

Concluyó con un original despliegue de luces y sombras sobre la figura del defensor, avalando su existencia y potenciación en la consideración de que el Defensor del Contribuyente es un instrumento idóneo y fundamental para lograr una mayor transparencia y calidad en la prestación del servicio tributario, y para alcanzar el anhelado equilibrio en las relaciones entre el contribuyente y la Administración.

Ana COLOMER SEGURA

* * *

Del 22 de octubre de 2009 al 13 de mayo de 2011, se celebran en Lisboa y Coimbra (Portugal) y Madrid (España) los SEMINARIOS SOBRE *COOPERACIÓN, SISTEMAS REGISTRALES, ADMINISTRACIÓN Y PODER JUDICIAL EN LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL*, organizados por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantil y Bienes Muebles de España con la colaboración del Instituto Registral Portugués.

Introducción:

El seminario que vamos a celebrar, con intervención de miembros del Poder Judicial, de las FIU nacionales, de las Agencias Tributarias y de los Registradores de la Propiedad Inmobiliaria y de Comercio de los tres países participantes, se incardina dentro del Programa Marco para la Prevención y Lucha contra el Crimen de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea.

El objetivo final del Seminario es la elaboración de un documento, consensuado por los miembros de los tres países participantes, que se elevará a la Dirección General de Justicia de la Comisión, en el que se reflejarán las medidas que los intervinientes consideren más adecuadas para lograr una mayor eficacia en la persecución del blanqueo de capitales.

El documento resultante de nuestro Seminario, junto con otros similares elaborados por otros países de la Unión Europea, servirá para poner de manifiesto las carencias legislativas y procedimentales que se detectan por los profesionales involucrados en la persecución del lavado de dinero y las medidas que se proponen para alcanzar un mayor grado de eficacia en la persecución de estas tipologías delictivas.

Con la finalidad de centrar los debates del Seminario en aquellos aspectos que sean más interesantes para lograr los fines pretendidos, evitando el debate de aquellos otros asuntos que los intervinientes consideren poco relevantes, he elaborado un breve cuestionario para cada uno de los sectores profesionales intervinientes que me permitirán, como Director del Seminario, encauzar los debates hacia aquellos temas que sean más preocupantes, bien sea por su deficiente o inexistente regulación, bien por la falta de fluidez en la obtención de información o bien por las carencias de herramientas informáticas adecuadas.

Los cuestionarios han sido elaborados para cada uno de los sectores profesionales intervinientes: el primero, para Jueces y Fiscales; el segundo, para Inspectores Financieros y Tributarios; el tercero, para los intervinientes miembros de las FIU de cada país, y el cuarto, para Registradores de la Propiedad Inmobiliaria y de Comercio. Su utilización será exclusivamente limitada al ámbito de la dirección del Seminario sin ninguna otra trascendencia pública o privada.

José Miguel MASA BURGOS
Director del Seminario

Participantes: Registradores de la Propiedad, Registradores Mercantiles, Jueces y funcionarios especializados de las Unidades de Inteligencia Financiera de los siguientes países: Portugal, Rumanía y España.

Objetivos del proyecto:

- Fomentar la cooperación entre los Estados miembros participantes en la prevención de blanqueo de capitales.
- Fomentar la cooperación judicial administrativa y registral en la punición y prevención del blanqueo de capitales.
- Armonizar los supuestos indicadores con los que se operan en los diferentes países de la UE.
- Desarrollar las herramientas informáticas que posibiliten la detección preventiva de los supuestos delictivos que incurran en el blanqueo de capitales.
- Establecer procedimientos de comunicación fluidos desarrollando los contenidos mínimos que posibiliten la actuación judicial.
- Coordinar los dos tipos de administraciones (administrativa y judicial) con la labor desarrollada por los registros de los Estados miembros.

Sedes, fechas e intervinientes:

I. Primer Seminario: *Crimen organizado y blanqueo de capitales*. Se celebró en Madrid el 22 y 23 de octubre de 2009.

Intervinientes:

España: un Juez y un Fiscal especializado, dos Registradores, un Representante del SEPBLAC y el Director.

Portugal: un Juez y un Fiscal especializado y un Registrador.

Rumanía: un Juez y un Fiscal especializado y un Registrador.

Temario:

- Examen de tipologías de crimen organizado. Autoblanqueo.
- Procedimientos utilizados.
- Sujetos intervinientes.
- Concepto del blanqueo de capitales desde la perspectiva judicial, administrativa y registral en referencia a la legislación de cada país interviniente.
- Naturaleza del blanqueo de capitales con especial referencia al bien jurídico protegido.
- Colaboración administrativa (FIU) y registral a las actuaciones judiciales.
- Examen de la legislación vigente en cada país con especial referencia a los respectivos Códigos Penales y a la incorporación de las Directivas Europeas.
- Examen de las dificultades que plantea la colaboración internacional en la identificación del delito precedente.
- Examen de las diversas penas en cada país con especial referencia a las diversas modalidades de afectación de bienes.

II. Segundo Seminario: *Fraude fiscal y blanqueo de capitales*. Se celebró en Lisboa el 15 y 16 de abril de 2010.

Intervinientes:

Portugal: dos Inspectores de Hacienda y Tributarios, dos Registradores y un Representante de la FIU portuguesa.

España: dos Inspectores de Hacienda y Tributarios, dos Registradores, un Representante del SEPBLAC y el Director.

Rumanía: dos Inspectores de Hacienda y Tributarios, un Representante de la FIU rumana y un Registrador rumano.

Temario:

- Examen del concepto del fraude fiscal según la legislación de cada país.
- Naturaleza jurídica.
- Efectos del fraude en las economías nacionales.
- Tipologías del fraude fiscal.
- Medidas vigentes en cada Estado contra el fraude fiscal.
- Exposición del fraude fiscal desde la perspectiva de la Oficina de Lucha Antifraude (OLAF).
- Examen de los sujetos intervinientes en el fraude fiscal y el blanqueo de capitales: especial referencia a personas jurídicas mercantiles y entidades sin ánimo de lucro como Asociaciones, Fundaciones y ONG.
- Examen especial de las sociedades *off shores*.
- Actuaciones procesales contra el fraude fiscal.

III. Tercer Seminario: *Prevención del blanqueo de capitales*. Se celebrará en Coimbra el 14 y 15 de octubre de 2010.

Intervinientes:

Rumanía: dos Registradores, un Juez, un Representante FIU rumana y un Inspector de Hacienda y Tributario.

Portugal: dos Registradores, un Representante de la FIU portuguesa.

España: dos Registradores, un Miembro del SEPBLAC y el Director.

Temario:

- Concepto del deber de colaborar.
- Naturaleza de la colaboración.
- Breve análisis de los sujetos obligados según la legislación de cada país.
- Examen de la colaboración registral.
- Tipología de la colaboración: directa y autorregulada.
- Formas y procedimientos.
- Examen de las Unidades de Inteligencia Financiera (FIU).
- Naturaleza.
- Estructura.
- Competencias.
- Colaboración de los sujetos obligados.
- Régimen sancionador.

IV. Cuarto Seminario y Clausura: *Informática, protección de datos y conclusiones*. Se celebrará en Madrid el 12 y 13 de mayo de 2011.

Intervinientes:

España: dos Registradores, un Juez, un Inspector de Hacienda y Tributario, un Miembro del SEPBLAC, un Informático del Colegio, un Registrador especializado en Protección Datos y el Director.

Rumanía: un Registrador, un Juez, un Inspector de Hacienda y Tributario y un Representante FIU.

Portugal: un Registrador, un Juez, un Inspector de Hacienda y Tributario y un Representante FIU.

Temario:

- Herramientas informáticas de comunicación y tratamiento de datos.
- Referencias a las bases de datos nacionales e internacionales.
- Medidas legales que garantizan la inalterabilidad de los ficheros y la seguridad de las transmisiones.
- Referencia a la legislación sobre Protección de Datos en relación con el blanqueo.
- Elaboración, discusión y aprobación de las CONCLUSIONES.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

BĚLOHLÁVEK, *Arbitration Law and Practice in the Czech Republic with regard to the Arbitration Law in Slovakia* (Praha, 2009), first edition, 3 vols. 3136 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO

*Catedrático de Derecho Civil, Emérito de la Universidad de Zaragoza
Presidente de la Asociación Española de Derecho Comparado*

Antes de dar cuenta de esta voluminosa obra editada en siete idiomas europeos (inglés, alemán, francés, español, polaco, ruso y ucraniano), me parece oportuno hacer algunas consideraciones generales de signo comparatista en una etapa histórica en la que, el interés oficial por el Derecho Comparado parece encontrarse —entre nosotros—, bajo mínimos.

SOBRE LOS DIVERSOS MODOS DE CONTRIBUIR A LA COMPARACIÓN JURÍDICA

Fuera de España actualmente nadie discute sobre la necesidad de que el jurista de nuestros días se imponga y adquiera competencias en la teoría y práctica del comparatismo. La soberanía estatal y su *facultas statuendi* sufren día tras día nuevas *erosiones* bajo la veste de normas jurídicas que se les imponen, emanadas de poderes supraestatales (regionales como el Derecho Comunitario, o internacionales como el derivado de los tratados o dictadas por entidades de aquella naturaleza), que reducen en la misma medida la competencia legislativa del Leviatán. Iniciado el siglo XXI, ya no se trata de convencer a nadie sobre las bondades del *Ius comparatum*, sino de encontrarle acomodo razonable y adecuado entre las enseñanzas impartidas por cada Facultad de Derecho de los países de la UE. Otro parece ser, sin embargo, el criterio de quienes tienen la responsabilidad de actuar y llevar a efecto la *Convergencia de Bolonia* —nombre este último que hubiera podido evocar importantes acontecimientos medievales ocurridos en aquella famosa Universidad italiana—; y a juzgar por lo que sucede en la mía, durante el presente curso 2009-2010 se impartirá, creo que por última vez, la asignatura cuatrimestral de Libre Configuración «Introducción al Derecho Comparado», al que los alumnos habían respondido muy positivamente superando el tope máximo de inscripciones cada curso desde que se implantó. Hoy carecemos, sin embargo, de toda garantía sobre su impartición en el futuro, ni con tal denominación ni con otra similar.

Pero, pese a quien pese, los datos fácticos suelen ser bastante tozudos, y, por ejemplo, cualquiera que esté siguiendo la evolución experimentada en su

sistema jurídico por los países del centro y este de Europa, desde la caída del Muro de Berlín, advierte de los beneméritos y continuados esfuerzos de sus políticos y juristas por situarse *à la page*, ya sea liberalizando los textos constitucionales en vigor, ya sea purgando sus leyes ordinarias del maléfico influjo del socialismo real que les insuflaba Moscú, ya sea abriendo sus Facultades a otros métodos de legislar y aplicar el Derecho distintos de los practicados antes de la caída del muro.

Pero, ¿cómo hacerlo? Evidentemente, tales países que eufemísticamente denominábamos del centro y este de Europa, al ingresar en bloque en la Unión Europea, no han recibido un minucioso *Libro de instrucciones* que les dicte el camino a seguir, y que, sin duda, de haber existido hubiera lesionado su amor propio y el subsistente principio (limitado) de la soberanía estatal. Salvo excepciones, se trata de estados de pequeña extensión territorial, en buena parte integrantes del antiguo Imperio austro-húngaro, cuyos sistemas económicos apenas si están comenzando a recibir ahora los anunciados beneficios del libre comercio. Culturalmente, aparte de poseer antiguas y arraigadas tradiciones jurídicas, sus idiomas propios suelen tener escasa difusión en el resto de Europa, por lo cual su doctrina jurídica es prácticamente desconocida en el resto de la UE.

Estas reflexiones vienen a cuento de que la presente obra sobre el arbitraje en Chequia —y, por muchas razones de paralelismo, también de Eslovaquia— viene a representar una de las posibles respuestas al interrogante planteado, probablemente una de las más singulares entre las posibles que usualmente acostumbran a darse. Se han elegido siete idiomas —por considerarse, acaso, los más significativos del continente— y se vierte a los mismos una amplia e idéntica doctrina sobre el régimen del arbitraje actualmente vigente en la antigua Checoslovaquia (con las necesarias advertencias de rigor a partir del consensuado desmembramiento en 1992 de la República Federal checoslovaca).

EL AUTOR

El currículo que se ofrece del profesor BĚLOHLÁVEK está dotado de una gran densidad jurídico-práctica, pues ha desempeñado diversos puestos docentes (en la Facultad de Derecho de la Universidad de Praga y en la de Ciencias Económicas de la Universidad de Massaryk; igualmente ha dado conferencias en Universidades de Alemania, Austria, Ucrania, África del Sur, Qatar, India y Australia), es abogado en ejercicio perteneciendo a bufetes de ámbito internacional y miembro-árbitro del Tribunal de la Cámara de Economía de su país y de otros nacionales y extranjeros de gran prestigio. Aparte de su especialización sobre arbitraje, ha escrito más de 300 trabajos sobre Derecho Internacional Privado, Proceso Civil, Derecho Mercantil y Financiero.

Con la descrita preparación científica, el autor hubiera podido realizar, por ejemplo, un estudio comparativo sobre el juicio arbitral, sea en Europa, sea en el mundo occidental; y una vez decidido el idioma en que la obra iba a publicarse, cabía haber contemplado luego su versión a otros idiomas. Pero se ha optado, más bien, por una *fase previa* que puede calificarse de *oferta plurilingüe de materiales comparativos*. Se da por supuesto que, tomando por base su lengua materna, el autor ha redactado una documentada monografía sobre el arbitraje en Chequia y Eslovaquia (versión aquí, obviamente, no incluida), y luego se la ha traducido a los otros siete idiomas relacionados, acompañada de un anexo muy interesante de laudos y sentencias arbitrales

dictadas en diversos países que han realizado inversiones en Chequia (por cierto, en una dictada en París en 2008 figura un árbitro español); algunos de estos anexos en inglés no se traducen a otros idiomas. La obra parece así dirigida a los operadores del Derecho que actúan en Chequia y que cubren así buena parte de los países comunitarios.

EL ARBITRAJE EN CHEQUIA

La monografía contiene abundante información sobre el sistema jurídico checo vigente, desde la Constitución de 1993 y sus modificaciones (incluso con referencia a normas aplicables en su día a la desaparecida República de Checoslovaquia), pasando por las leyes de 1994-2006, relativas al procedimiento arbitral y la ejecución de sus laudos, y las leyes ordinarias que pueden ser afectadas por aquél (Código Civil promulgado por ley de 1964, modificada en 2008, cuyos preceptos confirman que Chequia pertenece inequívocamente al sistema del *Civil law*; Código de Comercio de 1991 con numerosas reformas posteriores; Ley sobre el Derecho Internacional Privado reformada también en 2008; Código Procesal Civil de 1963, reformada en 2006, etc.; y sin olvidar las normas internacionales suscritas por el país, así como las de naturaleza comunitaria que obligan a Chequia desde su adhesión a la UE en 2004. Es decir, que para el operador jurídico externo se presenta un complejo sistema de fuentes reguladoras del arbitraje.

Durante el régimen socialista, la Ley de 1963 sólo permitía utilizar el arbitraje en relación con los litigios surgidos respecto de los contratos internacionales y del comercio internacional, y ello a pesar de la tradición arbitral que anteriormente se vivió en el país. A partir del 1 de enero de 1995, fecha en que entró en vigor la nueva ley, se ha ampliado la posibilidad de acudir al procedimiento arbitral —con algunas restricciones—, a todas las cuestiones susceptibles de conciliación procesal. Por otra parte, por razones históricas, Chequia conserva ciertas similitudes con el procedimiento arbitral en Austria, de aquí que la jurisprudencia de este país suele utilizarse con provecho. Aunque no hay estadísticas oficiales, se calcula que anualmente en Chequia se sustancian ahora entre 10.000 y 20.000 procedimientos arbitrales.

El autor desarrolla algunas cuestiones generales de singular importancia práctica: criterio liberal a la hora de designar los árbitros; insistencia en el requisito de la imparcialidad de los mismos de modo que la ley les impone la obligación de comunicar a las partes, en cualquier fase del procedimiento, la superveniencia de cualquier circunstancia que afecte a aquélla; libertad de las partes para establecer el procedimiento arbitral, con aplicación supletoria de la ley procesal ordinaria; cuestión abierta, de hondo calado, sobre aplicación de las garantías constitucionales en relación con el proceso a los de naturaleza arbitral. En relación con el laudo que pone fin al procedimiento arbitral, la ley ordena que los derechos y obligaciones sean definidos en él con precisión, de modo que no surja ninguna duda en su ejecución; debe contener una individualización precisa del acreedor y del deudor, una definición exacta de sus derechos y obligaciones, así como la amplitud y extensión precisas de la prestación a realizar. Cumpliendo tales requisitos, el laudo constituye un título ejecutivo que no precisa ulterior aprobación judicial para su efectividad. Cabe posteriormente un recurso de apelación ante otro tribunal arbitral si se pactó en el convenio de arbitraje. También es posible un recurso de nulidad ante los Tribunales

ordinarios, con cierto carácter restrictivo, y sólo contra los laudos emitidos en territorio checo. Analiza, por último, la ejecución en la República checa de las sentencias arbitrales extranjeras, sujeta al principio de reciprocidad.

Propiamente la parte que afecta a los lectores de habla hispana se encuentra en el volumen II, páginas 1391 a 1786, constituyendo propiamente una muy documentada monografía sobre los problemas que plantea el procedimiento arbitral en Chequia conforme a la Ley de 1994, con oportunas notas de referencia a la ley eslovaca. Aunque utiliza, en principio, el método exegético de los cincuenta preceptos de aquélla, en realidad el comentarista aporta, en texto o notas, las explicaciones necesarias para entender cada uno de aquéllos, con criterio doctrinal pero también práctico dirigido a un operador jurídico ajeno al sistema jurídico checo, dado que es abundante la cita de jurisprudencia de Tribunales de todas las instancias del país. De aquí su evidente utilidad para los juristas de habla hispana.

VALORACIÓN DEL CONJUNTO

Sintéticamente diré que juzgo la obra de original y hasta inusitada en su planteamiento, de indudable aportación comparatista (el autor cita con frecuencia y soltura doctrina y jurisprudencia de otros países diferentes del suyo), de ampliamente documentada en su propósito de presentar el procedimiento arbitral checo (y eslovaco) a juristas de otros países occidentales (objetivo que, a mi juicio, se logra en buena medida. Lateralmente la publicación de la presente obra puede coadyuvar a estimular entre los comparatistas españoles el interés por el Derecho checo en general, singularmente en cuanto a su proceso de recodificación y, en particular, en lo relativo a la reforma del Derecho de Familia y a su reinserción en el Código Civil (1). En relación con el siempre dificultoso tema de las traducciones con finalidad comparatista, en términos generales cabe decir que la versión española es correcta por lo general, sin que el recensor haya examinado las demás versiones en idiomas que también maneja (2).

(1) El desinterés entre la doctrina jurídica de nuestros respectivos países ha sido, más bien recíproco, pues históricamente, a efectos civiles, este territorio se ha considerado más relacionado con el All.BGB austriaco que con el *Code Civil* francés, parentesco que aflora a la hora de liquidar el periodo marxista cuya legislación muestra *un open-air museum of the Soviet understanding of the law*. Al margen de las dificultades lingüísticas, los comparatistas españoles están interesados en las nada fáciles vicisitudes que conducen a la *recodificación*, y, en particular, en comprobar si se consuma el retorno del *Ius Familiae* a la sede natural de la que nunca debió salir. Cabe utilizar bibliografía accesible en inglés a través de las sucesivas crónicas en *The International Survey of Family Law* (últimamente: KRÁLICKOVÁ, «Czech Family Law: The right time for re-Codification», en *Id. id. Edition 2009*, pág. 157 y sigs.

(2) El autor cuida de advertir claramente que los únicos textos con valor legal son los publicados en los periódicos oficiales de Chequia (de aquí que los ofrecidos al margen de ellos en la obra sólo poseen *valor aproximativo*), y, además, justifica el mayor relieve que en la obra posee la versión inglesa (con anexo que incluye interesante jurisprudencia arbitral de varios países, que no aparece en las restantes versiones). Curiosamente, aunque hay una lista de traductores de la obra, no se indica cuál de ellos es el autor responsable de la versión española. Como digo en el texto, ésta aparece correctamente redactada y resulta comprensible plenamente para el lector español. El último cotejo para aseverarlo inapelablemente y de modo indudable, sería llegar a comparar la traducción española con el original presumiblemente redactado en lengua checa (que evidentemente no se ha dado en este caso). No faltan, muy excepcionalmente, expresio-

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, Thomson-Reuters Civitas, Navarra, 2010, 766 págs.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Escribir acerca de la obra de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* es siempre un placer, además de una obligación moral, dada la formación registral de tan insigne administrativista, que prestigia la función de quienes somos Registradores de la Propiedad y Mercantiles.

Catedrático de Derecho Administrativo, Registrador de la Propiedad, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia, y sobre todo excelente jurista, acaba de actualizar su obra *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, un clásico que ya va por su quinta edición.

El libro realiza un estudio exhaustivo de la responsabilidad patrimonial del Estado y de los demás entes públicos; la relación jurídica obligacional derivada de los actos y omisiones determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; el nacimiento, modificación y extinción de la responsabilidad patrimonial, y los requisitos para que concurra (lesión patrimonial, actuación administrativa, antijuridicidad, imputabilidad y causalidad); aborda también la modificación de la responsabilidad patrimonial, tanto subjetiva como objetiva; así como los procedimientos para hacerla efectiva.

Una de las cuestiones más debatidas, que es objeto de análisis en el libro, dentro de los entes sujetos a responsabilidad patrimonial, es la responsabilidad derivada de actos legislativos y de los tratados internacionales, en la que aflora un interesantísimo debate doctrinal con GARCÍA DE ENTERRÍA, que niega —al igual que lo hace GARRIDO FALLA— la responsabilidad del legislador, frente a la opinión de GONZÁLEZ PÉREZ, que la afirma en base al principio de confianza legítima, lo que conlleva la indemnización de los perjuicios ocasionados por innovaciones legislativas que den lugar a situaciones en las que el administrado confiadamente haya realizado inversiones cuantiosas esperando una contraprestación de la que se verá privado por ley. Al respecto, el autor analiza numerosísimas sentencias en las que en ocasiones se admite la responsabilidad patrimonial del Estado, como ocurre cuando la ley tiene materia expropiatoria, ha sido declarada inconstitucional o su aplicación conduzca a resultados merecedores de algún grado de compensación. Así, por ejemplo, se declararon resarcibles los perjuicios derivados de la adhesión de España a la Unión Europea en cuanto significaron supresión de cuotas de pesca; y sin embargo, la jurisprudencia no consideró sacrificios patrimoniales resarcibles la supresión del Cuerpo de Agentes de Cambio y Bolsa o la jubilación anticipada de jueces y magistrados, dando en estos casos prevalencia a la potestad del Estado en innovación normativa, frente a la expectativa de derechos (más que un derecho patrimonializado) de los funcionarios afectados.

nes españolas poco usadas o, incluso, erróneas; acaso sea ello debido a que el traductor español haya seguido en ese punto un texto distinto del original checo. Con todo, y respecto al texto redactado en la lengua de Cervantes, parece razonable *tutto compresso* aprobar con nota alta la versión ofrecida.

Dentro de este contexto se analiza la peculiaridad del procedimiento para hacer efectiva la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la aplicación de actos legislativos de naturaleza expropiatoria, pues tratándose de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, sólo procederá indemnizar cuando así se establezca en los propios actos legislativos.

La responsabilidad patrimonial se produce como consecuencia del ejercicio de cualquier función administrativa que implique una lesión individualizada de contenido económico que el administrado no tenga obligación de soportar. Lógicamente en el libro se estudia —con gran amplitud— la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas en su actuación que pueda ser considerada de servicio público. Responsabilidad que tiene carácter objetivo, pues es independiente del dolo o culpa grave de las autoridades y funcionarios y de carácter directo, sin perjuicio de que luego se pueda reintegrar de la persona responsable (lo que —entre nosotros— no es nada frecuente en la práctica, cosa que nunca he llegado a entender).

Echo de menos tan sólo un breve análisis de la responsabilidad de la actuación del Registrador de la Propiedad, cuestión controvertida que el autor en otras ocasiones ha defendido desde el prisma de la configuración de la función registral como servicio público, y por ende sometido a responsabilidad.

La responsabilidad de los registradores es exigible por vía jurisdiccional civil (sin perjuicio de la administrativa o penal a que pudiera dar lugar su actuación), pero nunca es responsable la Administración Pública por los perjuicios derivados de la incorrecta calificación del registrador, esto es, no es aplicable la doctrina de la responsabilidad patrimonial de la Administración por indebido funcionamiento de los servicios públicos cuando se trata de errores en la calificación registral, atribuida personalmente al registrador. Así lo confirma la doctrina del Consejo de Estado, que admite no obstante la posibilidad de responsabilidad patrimonial del Estado por indebida prestación de servicios públicos cuando se trata, no de cuestiones de calificación registral, sino de perjuicios derivados del indebido funcionamiento de los medios personales y materiales del Registro como organización administrativa (1).

(1) Señala el dictamen del Consejo de Estado, de 21 de octubre de 1999, lo siguiente:

«Es cierto que nuestra actual legislación hipotecaria —en línea con la tradicional— sólo alude expresamente a esa responsabilidad civil personal de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (art. 296 de la Ley Hipotecaria). Sin embargo, no cabe olvidar que, en virtud de una sentencia de su Sala Tercera, de 22 de marzo de 1995, el Tribunal Supremo ha sostenido que la relación que liga a los Registros con el Ministerio de Justicia permite calificarlos como servicios públicos a los efectos de que su actuación pueda originar la responsabilidad patrimonial que se impone a las Administraciones Públicas respecto del funcionamiento de los servicios públicos». Y distingue dos cuestiones:

a) La coexistencia de la responsabilidad personal de los registradores y la de la Administración Pública

«El principio capital al respecto es que están atribuidas a título personal a esos funcionarios las potestades de calificación registral y de consiguiente decisión acerca de los títulos que deben tener acceso a esos Registros (art. 18 de la Ley Hipotecaria, puesto en relación con otros preceptos de ese mismo texto legal, como es el ulterior art. 273, que les veda elevar consultas a la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre materias y cuestiones sujetas a su calificación). Tal estricto régimen de independencia funcional conlleva, lógicamente, que se les imponga una expresa responsabilidad civil por las consecuencias de esas funciones registrales. Que esa responsabilidad tiene una acusada significación dentro del régimen legal propio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles

El sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, a juicio del autor, es puramente objetivo, de manera que procede la reparación del daño causado por la acción administrativa aunque no concorra la noción de culpa. En la obra se aborda, con profusión de sentencias, los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial, tales como la lesión patrimonial, la antijuricidad y la imputabilidad a una Administración Pública. Dentro de la lesión se abordan los daños en los bienes patrimoniales del administrado, pero dentro de estos daños, evaluables económicamente, la jurisprudencia incluye los daños morales, recogiendo en el libro las principales sentencias que abordan esta cuestión.

se pone de manifiesto por venir rodeada de unas previsiones específicamente dedicadas a garantizarla, entre las que destacan las fianzas exigibles a los mencionados registradores. Por lo demás, esa responsabilidad no es la única consecuencia de atribuir a título personal las citadas funciones registrales ya que sobre ese mismo dato se fundamentan también otras importantes singularidades del régimen profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, como es su especial sistema de retribuciones. En todo caso, lo que interesa ahora destacar es que la responsabilidad patrimonial personal de los aludidos registradores y la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los Registros se fundamentan en títulos muy distintos y entre los que no se advierte incompatibilidad o exclusión alguna. Siendo ello así, la introducción de la segunda de esas responsabilidades patrimoniales no pone en cuestión ni elimina la primera.

b) Los ámbitos de desenvolvimiento de las responsabilidades patrimoniales aplicables al funcionamiento de los Registros de la Propiedad y Mercantiles.

Sentada la coexistencia de ambas responsabilidades patrimoniales, parece oportuno avanzar alguna reflexión adicional acerca de su ámbito de desenvolvimiento. A tales efectos pueden diferenciarse dos tipos bien distintos de actuaciones de los citados Registros que son potencialmente generadoras de responsabilidades patrimoniales:

— De un lado, el ejercicio de las típicas funciones jurídicas que corresponden a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, es decir, sus ya citadas potestades de calificación y decisión registral. Dado que esas potestades les están atribuidas a título personal, parece claro que los eventuales daños antijurídicos que su ejercicio causase a los afectados están indiscutiblemente incluidos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial personal de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Sin embargo, la concepción institucional de los Registros de la Propiedad y Mercantiles como servicios públicos conlleva que la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por su funcionamiento incluya también los daños antijurídicos derivados del ejercicio de esas funciones registrales, tal y como se recogió en la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de marzo de 1995, que se extendió a analizar cómo se ejercieron las funciones calificadoras por parte del registrador en cuestión (Fundamento Jurídico cuarto).

— De otro, el desenvolvimiento administrativo de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, es decir, su ajuste a los estándares organizativos y funcionales que deben observar en su funcionamiento material como oficinas públicas. Este segundo tipo de actuaciones registrales carece del acusado carácter personalista que se detectó anteriormente en las típicas facultades de calificación y decisión registral. De hecho, la actual organización de los Registros de la Propiedad y Mercantiles requiere de unos medios materiales crecientemente complejos y diversificados, que son utilizados por un personal igualmente diverso que concurre al buen funcionamiento de esos Registros. En consecuencia, los eventuales daños derivados del funcionamiento de esos medios materiales y personales están estrechamente conectados con la organización administrativa de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, lo que, a su vez, les liga con la configuración de tales Registros como un servicio público. Se desprende de ello que los daños causados por esa segunda vertiente del funcionamiento de los aludidos Registros están claramente insertos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos».

Muy interesante, a mi juicio, y de gran interés práctico notarial y registral es el análisis de la responsabilidad de la Administración derivada de la anulación de títulos administrativos, en particular de la anulación de la concesión de licencias de obras.

Se trata, en definitiva, de una obra clásica, profunda, redactada con gran rigor intelectual y en la que se ofrece acopio de material doctrinal y sobre todo jurisprudencial que le dotan de innegable valor teórico y práctico, al cual no es ajeno el autor por su ejercicio profesional como abogado.

Hans Kelsen, *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, Colección Clásicos del Derecho, Revista de Derecho Privado, Editorial Reus, traducción por Luis LEGAZ LACAMBRA, Madrid, 2009, 101 págs.

por

JESÚS LÓPEZ MEDEL

Registrador de la Propiedad

Hans Kelsen, nacido en 1881 en Praga, se trasladó de pequeño a vivir a Viena, en cuya ciudad se doctoró en Derecho. Luego fue profesor de Derecho Público y Filosofía del Derecho en las Universidades de Heidelberg, Viena y Colonia. Diplomático centroeuropeo, había sido conocedor de ese mundo eslavo, en cuyos orígenes estaría la I Guerra Mundial. Y de alguna manera, el clima en que se vivía en esa Europa amenazada por el nublado del nazismo, del que el propio Kelsen, al fundir una «teoría pura del Derecho», es decir, sin los ingredientes ideológicos que los partidos políticos, sofisticadamente llevan a las Constituciones, sería *víctima*. Y aun cuando su posición doctrinal, de carácter positivista y virtualmente objetiva, parecía ir bien con el nacional-socialismo, bien pronto sería perseguido y abandonaría Alemania en 1933, para explicar en Ginebra y Praga, y partir, finalmente, a los Estados Unidos, donde fallecería en 1973.

Mientras tanto, aquella doctrina, sintetizada en la obra *El método de los conceptos fundamentales de la teoría pura del Derecho*, fue muy difundida en todos los países y universidades en los años treinta. Por lo que se refiere a los países de habla hispana, además de las aportaciones y críticas en Méjico del profesor RECASENS SICHES, en cuya cátedra colaboraríamos nosotros en 1965, y de Cossio en Argentina, la traducción del profesor aragonés LEGAZ LACAMBRA, en 1933, contribuyó a que fuese una obra de necesario instrumento para todo jurista, de las distintas ramas del Derecho (juristas como GARRIGUES, GELLA, PRIETO CASTRO, GARCÍA ESCUDERO, FERNÁNDEZ DE LA MORA, y profesionales abogados de todas las especialidades). La doctrina acerca de la Constitución, como Norma Jurídica objetivada, debiendo quedar fuera otros factores, aspectos o actitudes, como los éticos, los ideológicos, los religiosos o los sociológicos, fue muy utilizada. Incluso José Antonio PRIMO DE RIVERA, ante el juicio en defensa de su padre, encontró argumentos para una desviación del Derecho y de la propia II Constitución de la República, ante el enjuiciamiento del que fue Presidente del Directorio de Primo de Rivera, llamado por el Rey Alfonso XIII.

La noticia cultural está en que la Editorial de Derecho Privado, que lanzó aquella edición de la obra antes señalada, en 1933, la ha vuelto a reeditar, dentro de «Los Clásicos del Derecho», junto con la centenaria Editorial Reus.

LEGAZ LACAMBRA, con sobresalientes estudios en los Escolapios de Zaragoza, de la Licenciatura de Derecho de Aragón y del Doctorado en Madrid, había obtenido una beca para estudios en Viena. Kelsen —lo sabemos de primera mano— le tuvo afecto, admiración y aun amistad. Sólo así se explica el expresivo «Prólogo» para la edición española de 1933, que representaba un cierto desahogo suyo respecto a las críticas de los partidos políticos o ideológicos, ante la incompreensión de su pensamiento. Incluso, paradójicamente, Kelsen expresa su confianza de que «dentro de una época de conmociones profundas y desplazamientos violentos de poder de unas manos a otras (creía) que la joven República española, cuya Constitución garantiza la libertad de la ciencia, (sea) uno de los pocos países en que mi doctrina pueda esperar un poco de comprensión».

LEGAZ LACAMBRA pronto sería Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Laguna, luego en la de Santiago y, finalmente, en Madrid, y del CEU. Provenía de la de Zaragoza, en la cual predominaba en su profesorado —MENDIZÁBAL, SANCHO IZQUIERDO, MONEVA Y PUJOL, POU DE FOXÁ, SALVADOR MINGUIÓN, entre otros—, una orientación más clásica, de corte iusnaturalista. Sorprendió al principio. Pero LEGAZ LACAMBRA supo encontrar en Kelsen, y aun partiendo de él, una articulación del «Derecho como forma de vida social». Y situándose en el pensamiento del Derecho Natural Cristiano, acaso aderezado por la influencia de Ortega y Gasset, pudo alcanzar un pensamiento jurídico crítico, en un más allá de Kelsen, es decir, con la modernidad y concepción dinámica del propio Derecho Natural, que no estático, ni dogmático, ni abstracto, si se parte de la dignidad de la persona humana, de su dignidad, desde su concepción, doctrina de los derechos humano-naturales, que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las Naciones Unidas encontraron una formulación vigente.

La presentación de esta reedición del año 2009 se nos fue encomendada a nosotros. En ella ampliamos algunas de las ideas aquí vertidas, y tenemos un recuerdo para el gran maestro español y para su gran esposa Carmina LÓPEZ NIÑO, gallega, quien acompañó al sabio español durante toda su vida, y que falleció antes de ver publicada la obra. Su biblioteca colosal se guarda en el Palacio de Larriñaga de Zaragoza, por indicación de su viuda. LEGAZ es Medalla de Oro de la ciudad de Zaragoza, y cuenta con una avenida desde uno de los puentes del Ebro. Esta reedición debiera suponer una entrada de un aire fresco para todo jurista, constitucionalista o no, y para todo ciudadano que tenga respeto y quiera cumplir una Constitución como arquitectura formal de la normal. Y a la vez, pieza clave para la realización de los otros valores, a los que Kelsen posteriormente prestaría atención en su obra *¿Qué es la justicia?*, y LEGAZ en sus numerosas ediciones de su magno *Tratado de Filosofía del Derecho*.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 274 (Octubre-Diciembre 2009)

«La liquidación concursal anticipada», por Andrés GUTIÉRREZ GILSANZ, pág. 1275.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES: 2.1. EL DERECHO DE QUIEBRAS: 2.1.1. *Derecho Comparado*. 2.1.2. *Derecho español*. 2.2. LOS INTENTOS DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA. 2.3. LA ANTICIPACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN EN LA LEY CONCURSAL 22/2003. LA POSIBILIDAD DE ENAJENAR BIENES DE LA MASA ACTIVA CON CARÁCTER PREVIO A LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN.—3. LA LIQUIDACIÓN ANTICIPADA DEL ARTÍCULO 142 BIS LC: 3.1. PRELIMINAR. FINALIDAD Y ALCANCE DE LA NUEVA REGULACIÓN. 3.2. SOLICITUD: 3.2.1. *Legitimación*. 3.2.2. *Plazo*. 3.2.3. *Contenido*. *El plan de liquidación*. 3.3. EVALUACIÓN, PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN Y OBSERVACIONES. 3.4. DECISIÓN JUDICIAL. 3.5. EFECTOS. 3.6. RECURSOS. 3.7. DESARROLLO: 3.7.1. *Liquidación del activo*. *La impugnación del inventario*. 3.7.2. *Liquidación del pasivo*. *El pago a los acreedores*. *El pago anticipado*.

«La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho», por Benjamín SALDAÑA VILLOLDO, pág. 1329.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELEVANCIA ACTUAL DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS PATRIMONIAL O DISOLUTORIA Y CIERRE ALEGAL DE LA SOCIEDAD: 2.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y DESPLAZAMIENTO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL EN ESTA MATERIA. 2.2. ESPACIO ACTUAL DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL: 2.2.1. *Carácter esencialmente autónomo de la acción individual*. 2.2.2. *Carácter polivalente de la acción y ejercicio acumulado*.—3. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL EN EL MARCO DE LA CRISIS PATRIMONIAL Y CIERRE DE HECHO DE LA SOCIEDAD: 3.1. INTERPRETACIÓN DEL APARENTE SISTEMA ALTERNATIVO EN ORDEN A LA PROMOCIÓN DE LA DISOLUCIÓN O EL CONCURSO DE LA SOCIEDAD. 3.2. INTERPRETACIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL ENTRE EL CIERRE *DE FACTO* DE LA SOCIEDAD Y EL IMPAGO DE LAS DEUDAS SOCIALES: EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: 3.2.1. *Primera corriente jurisprudencial: Objetivación de la acción individual en los supuestos de cierre de hecho*. 3.2.2. *Revisión de esta doctrina: Reconocimiento formalista de la relación causal*. 3.2.3. *La adecuada delimitación del nexo causal en la última jurisprudencia del Supremo*. 3.3. ESPECIAL REFERENCIA A LA OMISIÓN DEL DEBER DE INFORMACIÓN EN ESTA SEDE.—4. CONCLUSIONES.

«Acerca de la aportación a capital de derechos de propiedad industrial», por Adoración PÉREZ TROYA, pág. 1369.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APORTACIÓN SOCIAL FRENTE A OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS: 1. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS Y DE APORTACIÓN SOCIAL. 2. VENTAJAS Y RIESGOS DE CIERTOS NEGOCIOS CONFINES PARECIDOS.—III. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA APORTACIÓN SOCIAL DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: 1. APORTABILIDAD DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL: 1.1. *Susceptibilidad de valoración económica*. 1.2. *Consideración de otras exigencias. Algunos casos problemáticos*. 2. APORTACIONES EN PROPIEDAD Y DE USO.—IV. CONCLUSIÓN.

«La venta en pública subasta tras más de una década desde la LOCM», por M.^a Isabel HUERTA VIESCA, pág. 1409.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PRIMERA REGULACIÓN LEGAL DE LA VENTA EN SUBASTA PÚBLICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO.—III. EL CONCEPTO DE VENTA EN PÚBLICA SUBASTA.—IV. LAS RELACIONES ENTRE EL PROPIETARIO DEL BIEN SUBASTADO Y LA EMPRESA SUBASTADORA.—V. LAS RELACIONES ENTRE LA EMPRESA SUBASTADORA Y LOS TERCEROS CONCURRENTES A LA SUBASTA: 1. LA OFERTA DE VENTA. 2. LAS FIANZAS EXIGIBLES A LOS LICITADORES. 3. LAS FASES COETÁNEA Y POSTERIOR A LA ADJUDICACIÓN DEL BIEN SUBASTADO. 4. EFECTOS POSTERIORES A LA ADJUDICACIÓN Y VENTA DEL BIEN SUBASTADO.

«El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente», por Amalia RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, pág. 1469.

SUMARIO: OBJETO DEL TRABAJO.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN: 1. MOTIVACIÓN DE LA COMISIÓN. 2. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL. 3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. EL FALLO.—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO, EL INTERÉS SOCIAL Y EL PRECIO DE LAS ACCIONES: 1. ASPECTOS PREVIOS. 2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: 2.1. *Concepto y ámbito de aplicación*. 2.2. *El principio de igualdad de trato en la segunda directiva y en algunos ordenamientos jurídicos de Derecho Comparado*. 2.3. *El principio de igualdad y el interés social. Especial referencia a la supresión del derecho y suscripción preferente*. 2.4. *Principio de igualdad y precio de emisión de las acciones en la exclusión del derecho de suscripción preferente*.—IV. LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL A TRAVÉS DE LA LEY 3/2009. CONSIDERACIONES FINALES.

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Número 53 (Julio-Diciembre 2008)

«Desarrollo del Derecho agrario del siglo XXI en el marco de la Unión Europea y de España y valoración de las tendencias jurisprudenciales y de política legislativa», por Pablo AMAT LLOMBART, pág. 9.

SUMARIO: I. VALORACIÓN DEL PAPEL GLOBAL DESEMPEÑADO POR LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO AGRARIO DEL SIGLO XXI.—II. VALORACIÓN DE LA INFLUENCIA GENERAL DEL LEGISLADOR ESPAÑOL EN EL DESARROLLO DEL DERECHO AGRARIO. RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. PRINCIPALES DESARROLLOS NORMATIVOS DEL DERECHO AGRARIO ESPAÑOL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS: 1. EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA ECONOMÍA AGRARIA Y DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS. 2. EN EL MARCO DEL DERECHO AGRARIO MEDIOAMBIENTAL. 3. DERECHO AGRARIO ALIMENTARIO: SEGURIDAD Y CALIDAD ALIMENTARIA. 4. DERECHO DE LA ORDENACIÓN DEL SUELO RURAL Y DEL TERRITORIO RURAL. 5. DERECHO FISCAL AGRARIO. 6. DERECHO DE ASOCIACIONES AGRARIAS. 7. OTRAS ÁREAS DEL DERECHO AGRARIO.—IV. DISPOSICIONES NORMATIVAS NACIONALES DE MAYOR RELEVANCIA PRÁCTICA: 1. EN RELACIÓN CON LAS AYUDAS AGRÍCOLAS. 2. EN RELACIÓN CON EL DESARROLLO RURAL. 3. EN RELACIÓN CON LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS. 4. EN RELACIÓN CON LA TECNOLOGÍA APLICADA A LA AGRICULTURA. 5. EN RELACIÓN CON EL SECTOR DE LA VIÑA Y EL VINO.—V. DISPOSICIONES NORMATIVAS ESPECIALMENTE EXITOSAS O DESAFORTUNADAS.—VI. APRECIACIÓN DE NUEVAS O YA EXISTENTES TENDENCIAS DE POLÍTICA LEGISLATIVA A PARTIR DE LA RECIENTE EVOLUCIÓN DEL DERECHO AGRARIO: 1. TENDENCIAS EXISTENTES. 2. NUEVAS TENDENCIAS. 3. VALORACIÓN FINAL CONCLUSIVA.

«Algunas consideraciones sobre el concepto de multifuncionalidad agraria», por Ana CARRETERO GARCÍA, pág. 37.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.—II. LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO A NIVEL INTERNACIONAL.—III. LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO POR LA UNIÓN EUROPEA.

«La política comunitaria sobre “bioseguridad” en el sector ganadero: incidencia en la protección de la seguridad alimentaria», por Isabel GONZÁLEZ RÍOS, pág. 53.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE «BIOSEGURIDAD» EN EL SECTOR GANADERO Y DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA.—III. LA POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE «BIOSEGURIDAD» EN EL SECTOR GANADERO: 1. LA SANIDAD ANIMAL. LA ESTRATEGIA DE SALUD ANIMAL PARA LA UNIÓN EUROPEA (2007-20013): «MÁS VALE PREVENIR QUE CURAR». 2. EL BIENESTAR ANIMAL: PLAN DE ACCIÓN PARA EL BIENESTAR DE LOS ANIMALES, 2006-2010.—IV. LA

POLÍTICA COMUNITARIA SOBRE SEGURIDAD ALIMENTARIA EN EL CONSUMO DE PRODUCTOS GANADEROS: 1. LOS PRINCIPIOS, REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD ALIMENTARIA: A) *Principios generales de la normativa alimentaria*. B) *Requisitos y procedimientos de la normativa sobre seguridad alimentaria europea*. 2. «EL PAQUETE DE HIGIENE ALIMENTARIA»: A) *Higiene alimentaria*. B) *Higiene en los alimentos de origen animal*. C) *Controles oficiales de los productos de origen animal*. 3. EL CONTROL DE LA ALIMENTACIÓN ANIMAL: A) *Las normas comunitarias de higiene, control y comercialización de los piensos*. B) *Normas sobre materias primas, aditivos y productos indeseables o prohibidos en la alimentación animal*. C) *Desperdicios animales*.—V. LA INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LA POLÍTICA COMUNITARIA DE «BIOSEGURIDAD» Y SEGURIDAD ALIMENTARIA.—VI. REFLEXIÓN FINAL.

«Los instrumentos jurídicos civiles para la tutela del medio ambiente», por Mikel M. KARRERA EGIALDE, pág. 79.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL EJERCICIO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO: 1. LA BUENA FE Y EL ABUSO DE DERECHO: A) *La buena fe*. B) *El abuso de derecho*. 2. LAS RELACIONES DE VECINDAD: INMISIONES.—III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL: 1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: A) *Normativa*. B) *Peculiaridades*. C) *Presupuestos de hecho*. D) *Efecto jurídico: la reparación del daño*. 2. EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: A) *El contrato de seguro de responsabilidad civil*. B) *El seguro obligatorio*. C) *El Fondo de Compensación de Daños Medioambientales*.—BIBLIOGRAFÍA.

«Aguas para el consumo», por Alessandra DI LAURO, pág. 111.

SUMARIO: I. EL AGUA DESTINADA AL CONSUMO. DE RECURSO A SÍMBOLO DE STATUS.—II. LA NORMATIVA.—III. QUÉ INDICAR EN LA ETIQUETA.—IV. LAS AGUAS EN LA PUBLICIDAD: 1. EL RECONOCIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN PUBLICITARIA. 2. LA VERACIDAD DE LA COMUNICACIÓN PUBLICITARIA.—V. LA VUELTA AL CONSUMO DEL AGUA DE LA CANILLA Y LAS «AGUAS DE LA SALUD».

«El agua y las categorías jurídicas», por Leonardo Fabio PASTORINO, pág. 127.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y DEL CUESTIONAMIENTO A LA CLASIFICACIÓN DOMINICAL DE LAS AGUAS.—II. EL AGUA, LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS COSAS Y LA POSIBILIDAD DE SU APROPIACIÓN.—III. ¿PROPIEDAD PRIVADA O PÚBLICA? PROBLEMAS QUE PLANTEAN AMBAS CATEGORÍAS.—IV. INAPROPIABILIDAD DEL AGUA, OTRAS CATEGORÍAS: *RES COMUNES*.—V. HACIA UN NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA BASADO EN SU PARTICULAR Y REAL NATURALEZA.

«El concepto de actividad agraria en las leyes laborales especiales», por Luisa VICEDO CAÑADA y Joaquín VIDAL VIDAL, pág. 147.

SUMARIO: I. EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD AGRARIA EN LAS DISPOSICIONES DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. LA NOCIÓN DE ACTIVIDAD AGRARIA EN LA UE: EL PRODUCTO AGRÍCOLA. 2. LA EVOLUCIÓN DE LA PAC.—II. EN LAS LEYES AGRARIAS VIGENTES EN ESPAÑA.—III. LOS CAMBIOS DE ACTIVIDAD AGRARIA EN LAS LEYES LABORALES ESPECIALES.—IV. CONTENIDO ACTUAL DE LA ACTIVIDAD AGRARIA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 20 (Enero 2010)

«El funcionario público ante el Derecho Penal», por Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, pág. 13.

SUMARIO: 1. EL FUNCIONARIO PÚBLICO ANTE EL DERECHO PENAL: CUESTIONES GENERALES: 1.1. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES. 1.2. EL FUNCIONARIO COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO: DELITOS ESPECIALES PROPIOS E IMPROPIOS. 1.3. LOS DELITOS IMPRUDENTES Y LA NEGLIGENCIA PROFESIONAL. 1.4. LOS DELITOS OMISIVOS Y LA POSICIÓN DEL FUNCIONARIO COMO GARANTE DE LA INDEMNIDAD DE BIENES JURÍDICO-PENALES. 1.5. LA JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA REALIZADA POR FUNCIONARIO PÚBLICO. 1.6. AGRAVANTES APLICABLES EN DELITOS COMUNES POR LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO. 1.7. PENAS ESPECÍFICAS PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS. 1.8. EL FUNCIONARIO COMO DESTINATARIO DE LA CONDUCTA TÍPICA. 1.9. CUESTIONES PROCESALES.—2. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA EL CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y LAS GARANTÍAS VINCULADAS A ELLAS: 2.1. LOS CLÁSICOS «DELITOS DE FUNCIONARIOS»: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS EN EJERCICIO DE SU CARGO: 2.1.1. *Delito de prevaricación*. 2.1.2. *Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos*. 2.1.3. *Desobediencia y denegación de auxilio*. 2.1.4. *Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos*. 2.1.5. *Delito de cohecho*. 2.1.6. *Tráfico de influencias*. 2.1.7. *Delitos de malversación*. 2.1.8. *Fraudes y exacciones ilegales*. 2.1.9. *Negociaciones y actividades prohibidas y abusos en el ejercicio de la función*. 2.2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: 2.2.1. *Delitos de prevaricación judicial*. 2.2.2. *Delito específico de encubrimiento*. 2.2.3. *Delitos de falso testimonio*. 2.2.4. *Delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional*. 2.2.5. *Delito de favorecimiento al quebrantamiento de condena*. 2.2.6. *Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional*. 2.3. DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN: 2.3.1. *Delitos de rebelión*. 2.3.2. *Delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes*. 2.3.3. *Delitos contra los derechos fundamentales y las libertades públicas*. 2.3.4. *Delitos contra las garantías constitucionales*. 2.3.5. *Delitos electorales*. 2.4. DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. 2.5. DELITOS CONTRA LA PAZ, LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO Y LA DEFENSA NACIONAL Y DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.—3. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA TUTELA DE INTERESES COLECTIVOS: 3.1. DELITOS CONTRA EL AMBIENTE. 3.2. DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA. 3.3. DELITOS DE FALSEDADES.—4. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LA TUTELA DE INTERESES INDIVIDUALES: 4.1. DELITOS CONTRA LA VIDA O LA SALUD COMETIDOS POR

IMPRUDENCIA PROFESIONAL. 4.2. DELITO DE DETENCIONES COMETIDO POR FUNCIONARIO PÚBLICO. 4.3. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL. 4.4. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL. 4.5. DELITOS DE OMISIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA. 4.6. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS. 4.7. DELITOS CONTRA LA INVIOABILIDAD DEL DOMICILIO. 4.8. DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES. 4.9. DELITO DE ESTAF A GRAVADA POR ABUSO DE CREDIBILIDAD PROFESIONAL. 4.10. DELITOS DE BLANQUEO DE BIENES.

«Las unidades mínimas de cultivo en la legislación de Castilla y León», por Teodora TORRES GARCÍA, pág. 79.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: SU CONFIGURACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN. LEY 14/1990, DE 28 NOVIEMBRE, DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA: 2.1. ESTRUCTURA FORMAL DE LA LEY. 2.2. CONTENIDO SUSTANTIVO: 2.2.1. *Dividir o segregar: Limitación de las facultades dispositivas del titular*. 2.2.2. *Ámbito de protección de las unidades mínimas de cultivo*: 2.2.2.1. Dualidad legislativa. 2.2.2.2. La nulidad como sanción. 2.2.2.3. Excepciones legales: Aporía urbanística. 2.2.3. *Régimen específico para el acceso al Registro de la Propiedad*. 2.2.3.1. Actuación de la administración agraria: acuerdo previo. 2.2.3.2. Silencio administrativo: su operatividad.

«La prevención de riesgos laborales en las obras públicas: logros y fracasos», por Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, pág. 127.

SUMARIO: 1. LA IMPORTANCIA CUANTITATIVA DE LA OBRA PÚBLICA.—2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRAS: SU INCIDENCIA EN LA SINIESTRALIDAD LABORAL.—3. LA ESCASA PREOCUPACIÓN POR LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL DESDE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LA APLICACIÓN DEL MARCO PREVENTIVO GENERAL: 3.1. EL REAL DECRETO 171/2004. 3.2. EL REAL DECRETO 1627/1997.—4. ESPECIAL ATENCIÓN A LA SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS: 4.1. LA PERMISIVIDAD ADMINISTRATIVA. 4.2. LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY 32/2006. 4.3. EL NÚMERO MÍNIMO DE CONTRATOS INDEFINIDOS.—5. RESPONSABILIDADES: 5.1. TRANSGRESIÓN DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO: 5.1.1. *La polémica expresión «propia actividad»*. 5.1.2. *El centro de trabajo*. 5.2. RÉGIMEN PARTICULAR DE IMPUTABILIDAD TRAS LA LEY DE SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN. 5.3. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN COMO PROMOTOR. 5.4. IMPOSICIÓN DE SANCIONES A LOS ÉNTES PÚBLICOS: DIFICULTADES.—6. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON LA ADMINISTRACIÓN POR AQUELLAS EMPRESAS INCUMPLIDORAS DE LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: 6.1. LA ENTIDAD DE LA CONDUCTA: DELITO O INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA MUY GRAVE. 6.2. LA INJUSTIFICADA EXCLUSIÓN DE LAS INFRACCIONES GRAVES.—7. CONCLUSIÓN.—8. SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA.

«Un análisis práctico sobre el fenómeno del “mobbing” en la Universidad», por Ana I. CARO MUÑOZ y M.^a Isabel BONACHERA LEDRO, pág. 195.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN: ANÁLISIS DOCTRINAL: 1.1. QUÉ NO ES «MOBBING»: 1.1.1. *Síndrome del quemado*. 1.1.2. *El acoso sexual*. 1.1.3. *El acoso inmobiliario*. 1.1.4. *El «bullying» o acoso escolar*. 1.1.5. *Las malas relaciones personales*. 1.2. QUÉ ES EL «MOBBING»: 1.2.1. *Elaboración e introducción al concepto*. 1.2.2. *Conductas típicas y elementos que determinan su existencia*. 1.2.3. *Elementos definidores*: 1.2.3.1. Hostigamiento. 1.2.3.2. Carácter intenso. 1.2.3.3. Prolongación en el tiempo. 1.2.3.4. Finalidad dañosa. 1.2.3.5. Consecución del daño. 1.2.4. *Tipos o clases de acoso laboral*. 1.3. LA TUTELA FRENTE AL ACOSO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: UN ANTES Y UN DESPUÉS DEL EBEP: 1.3.1. *Haber efectuado la denuncia previa de la situación de acoso ante la empresa*. 1.3.2. *Acciones judiciales en el ámbito laboral y de la Seguridad Social*: 1.3.2.1. Impugnación de la contingencia de la que deriva la Incapacidad Permanente —IT— (si deriva de enfermedad común). 1.3.2.2. Acción de resolución de contrato de trabajo a instancias del trabajador por incumplimientos graves al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.º c) del ET (RCL 1995/997). 1.3.2.3. Acción de tutela de derechos fundamentales al amparo de los artículos 175 y siguientes de la LPL (en cuanto al procedimiento). 1.3.2.4. Acción mixta de resolución de contrato de trabajo con tutela de derechos fundamentales, ex artículo 50.1.º c) del ET. 1.3.3. *Denuncia ante la Inspección de Trabajo*. 1.3.4. *Denuncia penal*. 1.3.5. *Interpretación jurisprudencial penal de dichos preceptos*. 1.3.6. *Demanda civil*. 1.3.7. *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. 1.4. ELEMENTOS QUE PROPICIAN EL «MOBBING» EN LA UNIVERSIDAD.—2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.—REFLEXIÓN FINAL: Anexo I. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN SOBRE EL ACOSO MORAL ADOPTADOS EN LAS UNIVERSIDADES. Anexo II. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA Y RECOMENDADA.

«Las mancomunidades y los consorcios como fórmulas de prestación de servicios locales en Castilla y León», por Teresa MEDINA ARNAIZ, pág. 303.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DIFERENTES SOLUCIONES PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES: 2.1. EL REFUERZO DE LA COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA. 2.2. LA COOPERACIÓN ECONÓMICA. 2.3. EL IMPULSO DE FÓRMULAS ASOCIATIVAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SUPRAMUNICIPALES.—3. LA REGULACIÓN DE LAS ENTIDADES SUPRAMUNICIPALES EN CASTILLA Y LEÓN.—4. LAS MANCOMUNIDADES EN CASTILLA Y LEÓN: CATÁLOGO Y CARACTERIZACIÓN BÁSICA: 4.1. TERRITORIO Y POBLACIÓN MANCOMUNADA. 4.2. SERVICIOS PRESTADOS POR LAS MANCOMUNIDADES DE CASTILLA Y LEÓN.—5. CATÁLOGO Y CARACTERIZACIÓN BÁSICA DE LOS CONSORCIOS EN CASTILLA Y LEÓN.—6. BIBLIOGRAFÍA.

«La situación de las entidades locales en los Estatutos de Autonomía reformados: especial referencia al marco estatutario de Castilla y León», por Santiago A. BELLO PAREDES, pág. 345.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LOS PRINCIPIOS ESTATUTARIOS DEL RÉGIMEN LOCAL EN CASTILLA Y LEÓN: 1.1. AUTONOMÍA LOCAL Y SUFICIENTE

CIA FINANCIERA. 1.2. SUBSIDIARIEDAD. 1.3. LEALTAD INSTITUCIONAL. 1.4. COOPERACIÓN Y COMPETENCIA. 1.5. SOLIDARIDAD.—2. BALANCE DE LA SITUACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN EL RESTO DE ESTATUTOS DE AUTONOMÍA REFORMADOS: 2.1. LOS PRINCIPIOS ESTATUTARIOS DEL RÉGIMEN LOCAL. 2.2. LOS ÓRGANOS DE COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVOS. 2.3. LAS COMPETENCIAS LOCALES EN EL MARCO ESTATUTARIO.—3. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 1 (2010)

«El daño moral y la pérdida de oportunidad», por Juan Antonio XIOL RÍOS, pág. 9.

SUMARIO: 1. LA FALACIA DAÑO MORAL/PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.—2. CRÍTICA.—3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O TEORÍA DE LA CHANCE.—4. ÁMBITO DE LA TEORÍA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES.—5. JURISPRUDENCIA: 5.1. EL DAÑO PATRIMONIAL DERIVADO DE LA FRUSTRACIÓN DE ACCIONES JUDICIALES. 5.2. EL DAÑO MORAL DERIVADO DE LA FRUSTRACIÓN DE ACCIONES JUDICIALES. 5.3. APLICACIÓN DEL UMBRAL DE SERIEDAD. 5.4. LA FALACIA DAÑO MORAL/PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LOS SUPUESTOS DE FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO.—6. EL DAÑO MORAL COMO CONCEPTO AJENO A LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.—BIBLIOGRAFÍA.

«El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tutela procesal civil», por Teresa ARMENTA DEU, pág. 39.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EXIGENCIA DE IGUALDAD POR EL LEGISLADOR (BREVE REFERENCIA).—II. IGUALDAD DE APLICACIÓN DE LA LEY.—III. TUTELA JUDICIAL DEL DERECHO A LA IGUALDAD: 1. EL PROCESO ORDINARIO PARA LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS ESPECIALIDADES. 2. LA TUTELA DENTRO DEL PROCESO, ESPECÍFICA MENCIÓN A LA NUEVA FORMULACIÓN DE LA NULIDAD DE ACTUACIONES. 3. LAU 1956 (LEY DE BASES DE 22-12-55 Y TEXTO ARTICULADO DE 13 DE ABRIL DE 1956).—IV. ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY DE IGUALDAD: 1. LA LEGITIMACIÓN EN LA LO 3/2007 PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES: A) *Legitimación extraordinaria: intereses privados e intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. B) *La legitimación en la LOIEMH*. 2. LA LEGITIMACIÓN EN LOS LITIGIOS QUE SIGAN LA VÍA PENAL. 3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEY DE IGUALDAD: A) *La incorporación de normas comunitarias y el referente de la LPL*. B) *La carga de la prueba: reglas generales y reglas especiales*. C) *La carga de la prueba en la LOIEMH y la LEC, ¿inversión de la carga de la prueba; presunción o enjuiciamiento prima facie?* D) *Los informes de los organismos competentes*. E) *La exclusión de la regla de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal*.

«La mediación de seguros tras la Ley 26/2006: esa gran desconocida», por M.^a Concepción HILL, pág. 63.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ORÍGENES DE LA MEDIACIÓN EN EL SEGURO.—3. LA LEY 9/1992, DE MEDIACIÓN DE LOS SEGUROS PRIVADOS.—4. LA DIRECTIVA 2009/92/CE Y LA LEY 26/2006, DE MEDIACIÓN DE LOS SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS: 4.1. ALGUNOS ASPECTOS DE LA DIRECTIVA. 4.2. LA LEY 26/2006, DE MEDIACIÓN DE LOS SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS. 4.3. NOVEDADES: 4.3.1. *Concepto de mediación*. 4.3.2. *Categorías de mediadores*. 4.3.3. *Acceso al ejercicio de la actividad y protección del cliente*. 4.3.4. *Registro único*. 4.3.5. *Formación*. 4.3.6. *Transparencia*. 4.3.7. *Protección del cliente*. 4.3.8. *Retribución*. 4.3.9. *Incompatibilidad entre las diferentes clases de mediadores*.—5. CLASES DE MEDIADORES: 5.1. «AGENTES DE SEGUROS». 5.2. CLASIFICACIÓN DE LOS AGENTES: 5.2.1. *Los «agentes de seguros exclusivos»*. 5.2.2. *Los «agentes de seguros vinculados»*. 5.3. «CORREDORES DE SEGUROS». 5.4. «CORREDORES DE REASEGUROS». 5.5. «AUXILIARES EXTERNOS». 5.6. LOS OBS —«OPERADORES DE BANCA-SEGUROS»—. 5.7. «AGENCIAS DE SUSCRIPCIÓN» PERTENECIENTES A LAS EMPRESAS DE SEGUROS.—6. BIBLIOGRAFÍA.

«Las sucesiones *mortis causa* en el Derecho catalán: aspectos fiscales de los fideicomisos», por Ramona GUITART I GUIXER, pág. 95.

SUMARIO: 1. NORMATIVA APLICABLE: a) LA DUALIDAD NORMATIVA; b) NORMATIVA CIVIL: ESTATAL Y AUTONÓMICA; c) NORMATIVA FISCAL: ESTATAL Y AUTONÓMICA; d) DESAJUSTES ENTRE LAS NORMATIVAS ESTATAL Y AUTONÓMICA.—2. CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO SUCESORIO CATALÁN: a) EL FENÓMENO DE LA SUCESIÓN EN SU VERTIENTE FISCAL; b) LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA EN EL DERECHO DE SUCESIONES; c) LA NECESIDAD DE INSTITUIR HEREDERO; d) DEVENGO Y PRESCRIPCIÓN: COROLARIO.—3. REGULACIÓN CIVIL DEL FIDEICOMISO: a) CONCEPTO DE FIDEICOMISO; b) SUJETOS DEL FIDEICOMISO; c) PRINCIPALES MODALIDADES Y VARIANTES CATALANAS DE FIDEICOMISO.—4. REGULACIÓN FISCAL DEL FIDEICOMISO: a) PLANTEAMIENTO; b) NORMAS FISCALES NO APLICABLES AL FIDEICOMISO CATALÁN; c) FIDEICOMISO EN GENERAL; d) FIDEICOMISO SUJETO A CONDICIÓN; e) FIDEICOMISO DE RESIDUO Y SUSTITUCIÓN PREVENTIVA DE RESIDUO; f) FIDEICOMISO PURO; g) HEREDAMIENTO DE CONFIANZA; h) HEREDERO DISTRIBUTARIO; i) NORMA FISCAL ESPECÍFICAMENTE APLICABLE EN EL FIDEICOMISO CATALÁN.—5. CONCLUSIONES.—6. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 29 (Julio-Diciembre 2009)

«Aspectos constitucionales de la reforma del sistema de financiación autonómico», por Nuño DE JUAN LEDESMA, pág. 11.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA COMO FUENTE DEL DERECHO EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA: 2.1. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA. 2.2. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA.—3. REFORMAS ESTATUTARIAS, DOCUMENTOS DE DIAGNÓSTICO Y ACUERDO 6/2009 DEL CPFF: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. EXPOSICIÓN DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN

EN ATENCIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: 3.2.1. *Introducción*. 3.2.2. *Principio de autonomía financiera*. 3.2.3. *Principios de solidaridad y suficiencia: sistema de nivelación*: 3.2.3.1. Concepto y objetivos de las transferencias de nivelación. 3.2.3.2. Propuestas respecto al sistema de nivelación en España. 3.2.3.3. El sistema de nivelación en el acuerdo 6/2009 del CPFF. 3.2.3. *Los fondos de convergencia*. 3.3. ASPECTOS DE GESTIÓN Y RELACIÓN ESTADO-CC.AA. EN EL ÁMBITO FISCAL Y FINANCIERO.—4. CONCLUSIONES. ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 4.1. ENJUICIAMIENTO FORMAL. 4.2. ENJUICIAMIENTO MATERIAL.

«El recurso de suplicación: artículos 189 y 191 de la Ley de Procedimiento Laboral 2/1995, de 7 de abril», por Marta Azabal Agudo y Cristina Recarte Llorens, pág. 57.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: HISTORIA DEL RECURSO DE SUPLICACIÓN. SU NATURALEZA.—2. SENTENCIAS RECURRIBLES EN SUPPLICACIÓN: 2.1. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES. 2.2 SENTENCIAS CONTRA LAS QUE EN TODO CASO CABE RECURSO DE SUPPLICACIÓN.—3. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. PRIMER MOTIVO: REPONER LOS AUTOS AL ESTADO EN QUE SE ENCONTRABAN EN EL MOMENTO DE HABERSE INFRINGIDO NORMAS O GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO QUE HAYAN PRODUCIDO INDEFENSIÓN: 3.2.1. *La infracción de normas procesales*. 3.2.2. *Requisitos que deben concurrir para la estimación del recurso*. 3.2.3. *El artículo 191.a) de la LPL en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid*. 3.3. SEGUNDO MOTIVO: REVISAR LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS A LA VISTA DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES Y PERICIALES PRACTICADAS: 3.3.1. *El artículo 191.b) en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid*. 3.4. TERCER MOTIVO: EXAMINAR LAS INFRACCIONES DE NORMAS SUSTANTIVAS Y DE LA JURISPRUDENCIA: 3.4.1. *Infracción de normas sustantivas*. 3.4.2. *Infracción de la jurisprudencia*. 3.4.3. *El artículo 191.c) en los recursos de suplicación de la Comunidad de Madrid*.

«La autorregulación como instrumento de protección del consumidor y usuario: Madrid como paradigma de referencia», por David López Jiménez, pág. 99.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA AUTORREGULACIÓN COMO MECANISMO DE AMPARO IDÓNEO DEL POTENCIAL CONSUMIDOR Y/O USUARIO.—3. MANIFESTACIONES DE LOS SISTEMAS DE AUTODISCIPLINA EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID: 3.1. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA REGULADORES DE DIFERENTES SECTORES COMERCIALES: 3.1.1. *Concepto*. 3.1.2. *Contenido*. 3.1.3. *Eficacia*. 3.2. LOS DISTINTIVOS DE CALIDAD: MADRID EXCELENTE: 3.2.1. *Concepto de marca de garantía*. 3.2.2. *Proceso de concesión: la licencia de uso*.—4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA

Número 48 (Julio-Diciembre 2009)

«El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra», por Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA CREACIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA CASACIONAL CIVIL. 2. LA SUJECCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN FORAL A LAS NORMAS PROCESALES DE LA CASACIÓN GENERAL. 3. LA CASACIÓN FORAL EN NAVARRA BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881. 4. LA CASACIÓN FORAL EN NAVARRA BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000.—II. COMPETENCIA FUNCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: 1. PRESUPUESTOS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE NAVARRA. 2. FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO EN NORMAS DEL DERECHO CIVIL NAVARRO. 3. EL CARÁCTER CIVIL FORAL O ESPECIAL DE LA NORMATIVA CUYA INFRACCIÓN SE DENUNCIA. 4. LA NATURALEZA CIVIL O MERCANTIL DE LA RELACIÓN LITIGIOSA. 5. RECURSOS MIXTOS Y DIVERSIDAD DE RECURSOS CON DISTINTO FUNDAMENTO NORMATIVO. 6. LA CONEXIÓN DE LA NORMA CIVIL FORAL INVOCADA CON LA CUESTIÓN LITIGIOSA. 7. CARÁCTER PRELIMINAR DEL CONTROL DE COMPETENCIA FUNCIONAL.—III. LA RECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS EN CASACIÓN: 1. LAS RESOLUCIONES RECURRIBLES EN CASACIÓN. 2. LOS CRITERIOS DE RECURRIBILIDAD SENTADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA LA CASACIÓN GENERAL. 3. LA SOBERANÍA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA CASACIÓN. 4. LA RECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA O DEL INTERÉS CASACIONAL. 5. LA ELECCIÓN DEL CAUCE PROCESAL POR LA PARTE RECURRENTE.—IV. LA RECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA POR LA CUANTÍA DEL ASUNTO: 1. CUANTÍA INDETERMINADA, PERO DETERMINABLE Y SUPERIOR A LA *SUMMA GRAVAMINIS*. 2. CUANTÍA DEL ASUNTO Y CUANTÍA LITIGIOSA. 3. LA CUANTÍA FIJADA PACÍFICAMENTE EN LA FASE INICIAL DEL PROCESO.—V. LA RECURRIBILIDAD DE LA SENTENCIA POR INTERÉS CASACIONAL: 1. EL INTERÉS CASACIONAL EN EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL FORAL. 2. LA CONEXIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL CON LAS NORMAS EN CUYA INFRACCIÓN SE FUNDA EL RECURSO. 3. LA RELACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL INVOCADO CON LA NORMATIVA CIVIL FORAL PROPIA. 4. CONCRECIÓN, EN SU CASO, DE LA DOCTRINA O JURISPRUDENCIA DE CONTRASTE. 5. APORTACIÓN DEL TEXTO DE LAS SENTENCIAS DE CONTRASTE.—VI. SUPUESTOS CONSTITUTIVOS DEL INTERÉS CASACIONAL FORAL: 1. LA OPOSICIÓN A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. 2. LA INEXISTENCIA DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. 3. LA EXISTENCIA DE JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.—VII. LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO: MOTIVO ÚNICO: 1. LA EXCLUSIÓN DE LA INFRACCIÓN DE JURISPRUDENCIA. 2. REQUISITOS DE LAS NORMAS CUYA INFRACCIÓN SE DENUNCIA EN EL RECURSO. 3. REQUISITOS PROCESALES DEL MOTIVO FORMULADO.

«Sujetos y objeto del conflicto ante la Junta Arbitral del convenio económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra», por Eugenio SIMÓN ACOSTA, pág. 75.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DE LA JUNTA ARBITRAL DEL CONVENIO ECONÓMICO: 1. LA JUNTA ARBITRAL EN EL CONVENIO DE 1927. 2. LA JUNTA

ARBITRAL EN EL CONVENIO DE 1941. 3. LA JUNTA ARBITRAL EN EL CONVENIO DE 1969. 4. LA JUNTA ARBITRAL EN EL CONVENIO DE 1990.—II. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONFLICTO: 1. LA JUNTA ARBITRAL: SU COMPOSICIÓN Y NATURALEZA. 2. LEGITIMADOS E INTERESADOS. 3. LAS DIPUTACIONES DEL PAÍS VASCO COMO POSIBLES PARTES EN EL CONFLICTO.—III. EL OBJETO DEL CONFLICTO: 1. POSIBLE CONCURRENCIA CON LA JURISDICCIÓN DE CONFLICTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2. EL OBJETO DE LOS CONFLICTOS ATRIBUIDOS A LA JUNTA ARBITRAL DEL CONVENIO ECONÓMICO.—BIBLIOGRAFÍA.

«El Convenio Económico de 1927 (II): cupo y régimen fiscal», por Juan-Cruz ALLI ARANGUREN, pág. 107.

SUMARIO: IV. PROYECTO DE BASES PARA LA NEGOCIACIÓN.—V. LA NEGOCIACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN FISCAL: 1. PLANTEAMIENTOS DE LOS NEGOCIADORES. 2. LA CUANTÍA DEL CUPO. 3. REGLAMENTACIÓN TRIBUTARIA. 4. LA INVOCACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA FORALIDAD. 5. APROBACIÓN DEL CONVENIO.—VI. CONCLUSIÓN SOBRE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES.

«Archivos estatales y archivos autonómicos», por Ángel SÁNCHEZ BLANCO, pág. 131.

SUMARIO: I. LA DESATENCIÓN DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE 1958 A LA PROPUESTA TÉCNICA DE RECREACIÓN DE LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS.—II. LA CULTURA COMO PRETEXTO PARA LA DESESTRUCTURACIÓN DE LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS.—III. LOS EFECTOS DE LA CARENCIA DE SISTEMA DE ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS.—IV. LA CREATIVA GENERACIÓN DEL SISTEMA DE ARCHIVOS POR LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. LA CONVERGENCIA AUTÓNOMICA EN LA RECREACIÓN DEL SISTEMA DE ARCHIVOS EN SUPLENCIA DE LAS INSTITUCIONES CENTRALES DEL ESTADO. 2. SINGULARIDADES AUTÓNOMICAS EN LA REGULACIÓN DE SUS SISTEMAS DE ARCHIVOS. 3. LA REGENERACIÓN DE LOS ARCHIVOS POR LA LEGISLACIÓN AUTÓNOMICA: DEL REFERENTE CULTURAL AL FACTOR ORGANIZATIVO, PROCEDIMENTAL E INSTITUCIONAL: a) *La valoración de los archivos en la gestión administrativa autonómica*; b) *La interrelación archivos y nuevas tecnologías en la legislación de archivos autonómica*; c) *El cambio de dependencia de los archivos en la legislación autonómica: del área administrativa de cultura al área responsable de organización y gestión administrativa*.

ANUARIO JURÍDICO Y ECONÓMICO ESCURIALENSE Número XLIII (2010)

«Sobre las instituciones de gobierno de la monarquía hispánica en la segunda mitad del siglo XVI», por José Manuel PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, págs. 23-40.

«El Canal de Panamá y su régimen jurídico», por Prometeo CEREZO DE DIEGO, págs. 41-58.

- «Las conferencias marítimas en el ámbito de la Unión Europea: el final de una exención a la libre competencia», por Manuel ESTEPA MORENO, págs. 59-82.
- «Algunas reflexiones breves acerca de la potestad sancionadora de la administración en tres ámbitos “sensibles”: urbanismo, tributario y seguridad vial», por Antonio J. ALONSO TIMÓN, págs. 83-100.
- «Delimitación subjetiva, objetiva y temporal del arbitraje de consumo conforme al Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero», por Susana SAN CRISTÓBAL REALES, págs. 101-126.
- «La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción», por Teresa MOLINA PÉREZ, págs. 127-142.
- «Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva», por Ana Isabel PÉREZ CAMPOS, págs. 143-174.
- «Cuestiones esenciales sobre ética judicial», por Juan Ramón RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, págs. 175-196.
- «Análisis de las posiciones doctrinales dadas sobre la naturaleza de la “familia” en el Derecho romano», por Laura SANZ MARTÍN, págs. 197-214.
- «Aproximación a la historia de la enseñanza del Derecho en la enseñanza del Derecho en nuestro país», por María Concepción RAYÓN BALLESTEROS, págs. 215-238.
- «Análisis crítico de las unidades mixtas de negociación en el proceso de negociación para la Administración Pública Local», por Carlos ARROYO ABAD, págs. 239-246.

ANUARIO DA FACULDADE DE DEREITO DA UNIVERSIDADE DA CORUÑA Número 13 (2009)

- «La tecnologización de la prueba en el proceso penal. La videoconferencia: objeciones y ventajas (realidad y futuro de la Administración de Justicia. La aplicación de las tics)», por Ana ABA CATOIRA, pág. 9.
- «*Latium maius versus Latium minus* en la Hispania Flavia», por María José BRAVO BOSCH, pág. 39.
- «Tres apuntes sobre la regulación legal de los desplazamientos fronterizos en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Unión Europea y su impacto en el Derecho interno», por Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, pág. 57.
- «Criterios jurisprudenciales sobre el contrato de obra o servicio determinado y su valoración», por Luis Fernando DE CASTRO MEJUTO, pág. 69.

- «La transparencia como pretexto: el principio de publicidad de las normas comunitarias y la sentencia del TJCE, de 10 de marzo de 2009 (Heinrich, c-345/06)», por Josu DE MIGUEL BÁRCENA, pág. 77.
- «A transferência internacional de trabalhadores e sua tutela jurídica», por Luis Felipe DO NASCIMENTO MORAES, pág. 95.
- «La supletoriedad del Derecho estatal en el marco actual del Estado autonómico español», por Marco A. ELIZALDE JALIL, pág. 115.
- «La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder», por Patricia FARALDO CABANA, pág. 145.
- «Democracia griega y República romana: la cultura jurídica como elemento diferenciador y su proyección en el Derecho Público europeo», por Alejandro FERNÁNDEZ BARREIRO, pág. 165.
- «Reflexiones sobre la Ley de Costas», por Marta GARCÍA PÉREZ, pág. 207.
- «Disposiciones generales sobre discapacidad y dependencia. La delegación de la mejora en el Código Civil», por Inmaculada GARCÍA PRESAS, pág. 229.
- «El Derecho Administrativo y las bases republicanas», por Fernando R. GARCÍA PULLÉS, pág. 249.
- «Carl Schmitt e Wassily Kandinsky. A Monaco fra diritto e arte», por Luigi GAROFALO, pág. 261.
- «Libertà costituzionale di porre fine alla propria vita e resistenza al suo riconoscimento», por Gladio GEMMA, pág. 283.
- «O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade», por Rogério GESTA LEAL, pág. 301.
- «Die Entwicklung des Privatrechts und die römischrechtliche Tradition in den österreichischen Erbländern /Erbländen/ und in Österreich», por Gábor HAMZA, pág. 321.
- «Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (Una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)», por Bernard E. HARCOURT, pág. 335.
- «El enriquecimiento sin causa en el Derecho actual (Las posibilidades y los límites de un instituto controversial)», por Marcelo J. LÓPEZ MESA, pág. 363.
- «The danger of organized crime development at the East of Europe and its movement from East to West», por Delia MAGHERESCU, pág. 399.
- «De la prevención de riesgos laborales a la emergente generalización de la prevención de riesgos comunes. A propósito del Reglamento de “Seguridad de la Prueba” de la Federación Inglesa de Orientación», por Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, pág. 413.

- «El derecho de autodeterminación a la luz de los conflictos territoriales en Europa: El caso de Nagorno Karabaj», por Artak MKRTOCHYAN, pág. 431.
- «Religion and Media: legal control & regulations. Comparative Analysis in Europe and USA», por Gloria M. MORÁN GARCÍA, pág. 447.
- «La Convención de la ONU sobre las personas con discapacidad y su repercusión en el ámbito educativo. Una breve aproximación a sus consecuencias en el Derecho español y gallego», por Marta NÚÑEZ LÓPEZ, pág. 467.
- «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», por M.^a Ángeles PARRA, pág. 481.
- «Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico», por Xesús PÉREZ LÓPEZ, pág. 555.
- «Enjuiciar al enemigo después del 11 de septiembre», por Gabriella PETTI, pág. 575.
- «Mi hermano y mi enemigo: la gestión de la memoria histórica en la legislación penal franquista y la Ley de memoria histórica de 2007», por José Antonio RAMOS VÁZQUEZ, pág. 605.
- «El Derecho Administrativo en el siglo XXI», por RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, pág. 627.
- «Algunas precisiones en punto al histórico distanciamiento entre los órganos jurisdiccionales y la ciudadanía: la positiva experiencia anglosajona», por Luis RODRÍGUEZ ENNES, pág. 645.
- «Los principios generales del Derecho Administrativo venezolano», por Armando RODRÍGUEZ GARCÍA, pág. 659.
- «La “casa” en Galicia. Notas características y apuntes históricos sobre la regulación normativa de su indivisibilidad», por Ramón R. RODRÍGUEZ MONTERO, pág. 679.
- «*Quo vadis, Legislator*. El novedoso carácter regresivo de la Ley 40/2007 en la protección de la viudedad en el sistema público español de Seguridad Social», por Ricardo Pedro RON LATAS, pág. 715.
- «El ordenamiento europeo, el Derecho administrativo español y el derecho a una buena administración», por Francisco Javier SANZ LARRUGA, pág. 729.
- «L’approche nationale en matière des zones maritimes en Méditerranée», por José Manuel SOBRINO HEREDIA, pág. 753.
- «Mujer y vida prenatal: ¿dos realidades irreconciliables? Análisis sobre la posible reforma en materia de aborto», por Eva María SOUTO GARCÍA, pág. 773.
- «La libertad religiosa en el ámbito escolar: un estudio comparado de los modelos alemán y francés», por Javier TAJADURA TEJADA, pág. 789.

- «El estudio del Derecho Comparado y su incidencia en el desarrollo del Derecho Público interno», por Guido Santiago TAWIL, pág. 819.
- «Aproximación al concepto de fideicomiso tácito en el Derecho romano», por Aura TAZÓN CUBILLAS, pág. 831.
- «Cuestión de responsabilidad y equidad: una perspectiva desde la antropología jurídica», por Ignasi TERRADAS SABORIT, pág. 863.
- «Protección y custodia cautelar del menor de edad exento de responsabilidad. Un análisis profundo del artículo 29 de la LORPM», por Esther VALBUENA GARCÍA, pág. 887.
- «¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE», por Mónica ZAPICO BARBEITO, pág. 919.

REVISTA DE DERECHO INTERNACIONAL

Número 1 (2009)

- «Radicales y reformistas en el Islam (sobre el uso de la violencia)», por Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 13.

SUMARIO: 1. LA CONCEPCIÓN ISLAMISTA DEL USO DE LA VIOLENCIA: A) PRECURSORES. B) Y CONTEMPORÁNEOS.—2. DEL REFORMISMO FRACASADO.—3. AL NEOREFORMISMO EN EL ISLAM.—4. «EN EL NOMBRE DE DIOS, EL CLEMENTE, EL MISERICORDIOSO».

- «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», por Sixto SÁNCHEZ LORENZO, pág. 39.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD.—III. INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE Y LEY APLICABLE: 1. LA RELEVANCIA DE LA INTERNACIONALIDAD DEL ARBITRAJE. 2. DELIMITACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL FONDO. 3. FUNCIONES DE LA LEY APLICABLE AL FONDO.—IV. ELECCIÓN POR LAS PARTES DEL DERECHO APLICABLE: 1. ELECCIÓN DE UN DERECHO ESTATAL. 2. ELECCIÓN DE UNA NORMATIVA NO ESTATAL. 3. ELECCIÓN GENÉRICA DE LA *LEX MERCATORIA*.—V. DERECHO APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN: 1. SOLUCIONES CONFLICTUALES Y MATERIALES. 2. APLICACIÓN DE NORMATIVAS NO ESTATALES. 3. APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*, LOS USOS COMERCIALES Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.—VI. EL ÁRBITRO FRENTE A LAS NORMAS DE INTERVENCIÓN O IMPERATIVAS.—VII. SUPUESTOS DE ANULACIÓN DEL LAUDO POR DEFECTUOSA APLICACIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO: 1. INAPLICACIÓN DE LA *LEX CAUSAE* Y CONGRUENCIA DEL LAUDO ARBITRAL. 2. LEY APLICABLE AL FONDO Y ORDEN PÚBLICO. 3. *DUE PROCESS* Y LEY APLICABLE AL FONDO.—VIII. CONCLUSIONES.

- «La guerra civil española y el Derecho internacional», por Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, pág. 75 (sin sumario).

«Tendencias actuales del Derecho internacional de la delimitación entre Estados de los espacios marinos: la superación de la idea del *unicum*», por María Adelaida DE ALMEIDA NASCIMENTO, pág. 99.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTENIDO DE LA NORMA DELIMITADORA: LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y CONVENCIONAL: 1. LA NORMA APLICABLE AL MAR TERRITORIAL. 2. LA NORMA APLICABLE A LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y A LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA.—III. LA CONVERGENCIA ENTRE LOS REGÍMENES JURÍDICOS APLICABLES A ESPACIOS CON TÍTULOS JURÍDICOS DE DIFERENTE NATURALEZA.—IV. LA METODOLOGÍA DELIMITADORA: 1. DE LA EQUIDISTANCIA PROVISIONAL A LA CORREGIDA: UN PROCEDIMIENTO POR ETAPAS. 2. LA METODOLOGÍA DE *LISSAGE*.—V. EL CASO DE LA CONTROVERSI A TERRITORIAL Y MARÍTIMA ENTRE NICARAGUA Y HONDURAS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA C. HONDURAS): 1. LA DESCRIPCIÓN DEL ASUNTO Y LA POSICIÓN DE LAS PARTES. 2. EL TRAMO INICIAL DEL LÍMITE MARINO. 3. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA METODOLOGÍA DELIMITADORA UTILIZADA POR LA CIJ. A) *El rechazo de la aplicación de metodología de la línea de equidistancia provisional para la delimitación del mar territorial*. B) *La bisectriz*. 4. EL PUNTO FINAL DEL TRAZADO.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO *MODELO ÚNICO* EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios, para ser considerados ESTUDIOS; de 10 a 25 folios, para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS. En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (en cursiva) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o sólo en castellano y nosotros lo traducimos.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman. Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (sin negritas ni subrayados).
- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:
 - I. ...
 - II. ...
 - III. ...
- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse siempre con el número del Repertorio de Aranzadi. El esquema es el siguiente:
Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002 (RA n.º 2987).
- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- Normas generales:

Fuente: Times New Roman.

Estilo de fuente: Normal (sin negrita, ni subrayados).

Tamaño: 12 p.

Interlineado: sencillo.

Extensión: mínima de tres folios por materia.

En cada número de la Revista, cada Sección debe contar con dos grupos de materias o temas tratados.

Resumen: en cursiva.

- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I.

II. 1.

III. 1. A.

IV. 1. A. a)

V. 1. A. a) a')

- IMPORTANTE

El comentario debe ser único. Se pretende que los comentarios de jurisprudencia sean, realmente, breves artículos que recojan un problema concreto y su desarrollo jurisprudencial, por ello hemos decidido cambiar radicalmente el formato de los «antiguos comentarios». Este cambio repercutirá favorablemente también a los autores de los mismos, ya que podrán acreditarlos como artículos de investigación.

Las modificaciones más relevantes son, en cuanto a los criterios de redacción y publicación:

a) No hay que comentar una sentencia determinada, sino un problema jurisprudencial, aunque se parta de una determinada sentencia.

b) El título, entonces, debe ser el de un artículo. No telegráfico, como hasta ahora, que recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada.

Por ejemplo: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único».

Y NO:

Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. El título debe ir escrito en minúscula.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el antiguo encabezado correspondiente a:

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

DOS VOCES O PALABRAS CLAVE.

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) Se eliminan: *Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario.*
- e) Habrá que incluir, después del comentario, un breve RESUMEN del artículo (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de cuatro líneas.
- f) El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, siguiendo las normas de publicación adjuntas (Anexo I), y sin distinción de los apartados señalados en el punto d).
- g) En el Anexo I encontrarán un *modelo* de cómo deben quedar los nuevos análisis de jurisprudencia.

ANEXO I

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

NUMERUS APERTUS. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales, y su estrecha relación con el principio de especialidad».

I. INTRODUCCIÓN

.....
.....
.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. Los derechos reales son *numerus clausus*

.....
.....

2. Los derechos reales son *numerus apertus*

.....
.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....
.....

IV. CONCLUSIONES

.....
.....

RESUMEN

*Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un *numerus clausus* o *apertus* de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el *numerus apertus* de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.*