

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIII • Enero-Febrero 2007 • Núm. 699

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

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

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

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Leganitos, 24
28013 Madrid

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

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

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

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

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

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

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

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

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

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

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

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«Las deudas del causante y la sucesión de los arrendamientos urbanos», por RAÚL ACEBES CORNEJO	11
«La doctrina de Bentham y el sistema registral de seguridad jurídica», por MANUEL FIGUEIRAS DACAL	65
«Relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: ¿coordinación?», por MIGUEL GÓMEZ PERALS	93
«Un viejo dilema: la protección de la obra arquitectónica construida en la Ley de Propiedad Intelectual», por JORGE ORTEGA DOMÉNECH	141

DICTÁMENES Y NOTAS

«Funcionamiento de los despachos de abogados», por GLORIA ORTEGA REINOSO	175
--	-----

DERECHO COMPARADO

«Las asociaciones en la jurisprudencia peruana actual», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA	219
«Luces y sombras de la fe pública registral en el Derecho austriaco», por CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO	239
«Novedades de la Ley de Garantía Mobiliaria peruana», por FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE	263

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	293
--	-----

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Levantamiento del velo de las personas jurídicas, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 303

1.2. Derecho de familia:

- La disolución de la sociedad de gananciales conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 309

1.3. Derechos reales:

- La especialidad de los derechos reales como requisito civil y registral y su extensión a todas las situaciones jurídicas inscribibles, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 313

1.4. Sucesiones:

- Intervención del Notario en los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 320

1.5. Obligaciones y contratos:

- El derecho de prenda no sólo se caracteriza por una facultad de retención sino también por la facultad de enajenar las cosas constituidas en garantía, por ISABEL MORATILLA GALÁN 323
- Estudio de la Ley de Arrendamientos Rústicos 49/2003, de 26 de noviembre y su modificación por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, por SUSANA PÉREZ GUERRA 331

1.6. Responsabilidad civil:

- La responsabilidad por daños causados a los equipajes en el transporte aéreo internacional, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 342
- La delimitación del contenido de la *lex artis ad hoc*, base de responsabilidad en el ámbito sanitario, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 350

2. MERCANTIL

- El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la difucia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 355

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

- Anulación de licencia de edificación y sus efectos frente a terceros, por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ 376

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 387

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «Derecho agrario», de C. VATTIER FUENZALIDA e I. ESPÍN ALBA, por ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ 403

- REVISTA DE REVISTAS** 425

ESTUDIOS

Las deudas del causante y la sucesión de los arrendamientos urbanos

por
RAÚL ACEBES CORNEJO
Abogado
Doctor en Derecho

SUMARIO

- A) LA SUCESIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA:
 - 1. PLANTEAMIENTO.
 - 2. EL ARTÍCULO 16.3 LAU 94.
 - 3. LA IMPERATIVIDAD DEL ORDEN DE SUCESIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL:
 - 3.1. *Alusión al Derecho comparado.*
 - 3.2. *La cuestión en nuestro Derecho.*
 - 4. LAS DEUDAS DEL CAUSANTE Y LA SUCESIÓN ARRENDATICIA DE VIVIENDAS EN EL DERECHO COMPARADO:
 - 4.1. *Derecho alemán.*
 - 4.2. *Doctrina italiana.*
 - 5. LAS DEUDAS DEL CAUSANTE Y LA SUCESIÓN ARRENDATICIA DE VIVIENDAS EN NUESTRO DERECHO. LA TESIS DE LA RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LOS SUCESORES ORDINARIOS.
 - 6. ANÁLISIS DE ESTA TESIS:
 - 6.1. *La sucesión arrendaticia como sucesión especial: Insuficiencia de este planteamiento.*
 - 6.2. *El derecho arrendaticio como garantía patrimonial de los acreedores.*
 - 7. LA TESIS DE LA RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LOS SUCESORES ESPECIALES.
 - 8. ANÁLISIS DE ESTA TESIS.
 - 9. CONCLUSIÓN.
- B) LA SUCESIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DISTINTOS DEL DE VIVIENDA:
 - 10. NATURALEZA DE LA SUCESIÓN DEL ARRENDAMIENTO DISTINTO DEL DE VIVIENDA:

- 10.1. *Alusión al Derecho comparado.*
- 10.2. *La cuestión en nuestro Derecho.*
11. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA:
 - 11.1. *SSTS que no admiten la disponibilidad mortis causa del arrendamiento.*
 - 11.2. *Crítica.*
12. EL PASIVO HEREDITARIO Y LA SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DISTINTO DEL DE VIVIENDA:
 - 12.1. *Solidaridad entre coherederos. La STS de 24 de mayo de 1985.*
 - 12.2. *Alcance del deber de continuar la actividad del causante.*

A) LA SUCESIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA

1. PLANTEAMIENTO

En la sucesión de los arrendamientos de vivienda, la relación arrendaticia se transmite a determinadas personas de acuerdo con un orden de sucesión predeterminado en la Ley. Tales personas se convierten así en nuevos arrendatarios y como tales, asumen las obligaciones arrendaticias que surjan con *posterioridad* a la sucesión. Los sucesores ordinarios quedan al margen del arrendamiento y se desvinculan de cuantas obligaciones puedan surgir después de dicha sucesión. Todas esas obligaciones posteriores las asumen ya los sucesores arrendaticios designados por la Ley, que diseña, pues, un régimen especial en esta materia. Ahora bien, lo que no hacen las Leyes especiales es diseñar un régimen específico para las obligaciones surgidas con *anterioridad* a la sucesión, es decir, para el conjunto de las obligaciones del causante, provengan o no de la relación arrendaticia. No, al menos, de manera expresa.

No hay duda que los sucesores arrendaticios han de afrontar las obligaciones arrendaticias surgidas con posterioridad a la sucesión. La sucesión especial arrendaticia les transmite la posición de parte arrendataria y, en tal sentido, se convierten en nuevos arrendatarios obligados a cuantas deudas *arrendaticias* surjan *con posterioridad* a la sucesión. En cambio, lo que ya no es tan evidente es qué va a ocurrir con respecto a aquellas otras obligaciones que se hayan generado *con anterioridad* a la sucesión, en vida del causante. Un caso típico puede ser el de las rentas impagadas por el arrendatario fallecido. Sin embargo, la cuestión debe de plantearse en un sentido más general. Es decir, lo que en rigor debe de plantearse es si el sucesor arrendaticio ha de asumir o no una posición deudora no sólo respecto del pasivo arrendaticio pendiente en la fecha de la sucesión, sino respecto del *pasivo sucesorio en su conjunto*. Se trata, en suma, de saber si el sucesor arrendaticio asume o no el pasivo sucesorio y, en caso afirmativo, en qué condiciones lo hace.

2. EL ARTÍCULO 16.3 LAU 94

Como es sabido, en la actualidad, después de la entrada en vigor de la LAU 94, la regulación de la sucesión en los arrendamientos de vivienda se ha diversificado, existiendo tres regímenes normativos distintos (1). La nota común de estos tres regímenes es el establecimiento de un orden sucesorio en favor de determinados parientes del arrendatario. Pero la LAU 94, en su artículo 16.3 ha introducido un régimen especial de responsabilidad por obligaciones arrendaticias en el período inmediatamente subsiguiente al fallecimiento del arrendatario, régimen que constituye una novedad en la evolución de la legislación especial de arrendamientos de vivienda.

Dicho precepto establece, por una parte, una responsabilidad solidaria de «todos los que pudieran suceder al arrendatario» por las rentas devengadas en los tres meses siguientes a la muerte del arrendatario; esta prevención se articula para el caso de que no se produzca finalmente sucesión y el arrendamiento se extinga. Y, por otra parte, se vuelve a establecer una responsabilidad solidaria entre todos aquellos «que sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación», mientras se resuelve sobre cuál de ellos va a atribuirse el contrato en última instancia; el precepto indica que esta responsabilidad se extiende a «las obligaciones propias del arrendatario».

Estos especiales regímenes transitorios de responsabilidad por deudas arrendaticias parecen estar circunscritos a las que se originan con posterioridad al fallecimiento del arrendatario. Esta interpretación está explicitada para el caso de la responsabilidad en caso de extinción, donde la misma queda referida a la renta de los tres meses siguientes al indicado fallecimiento. No lo está, en cambio, en el caso de la responsabilidad solidaria provisionalmente instituida para el período en que se resuelven las posibles controversias entre potenciales sucesores en el arrendamiento. Sin embargo, no parece que dicha responsabilidad abarque también a las deudas arrendaticias que han quedado pendientes a la muerte del arrendatario. En tal sentido, los autores, de manera absolutamente uniforme, no plantean nunca esta posibilidad y el artículo 16.3 se interpreta sólo con referencia a *deudas arrendaticias surgidas con posterioridad al fallecimiento del arrendatario* (2). Siendo así, el

(1) 1.º El establecido por el artículo 16 de la expresada LAU 94 para los contratos posteriores a ella; 2.º el de los artículos 58 y 59 del Texto Refundido de 1964 para los contratos concertados en el período comprendido entre el decreto *Boyer* de 1985 y la LAU 94 (Disposición Transitoria 1.ª LAU 94); y 3.º el de la Disposición Transitoria 2.ª para los contratos concertados con anterioridad al citado decreto *Boyer*.

(2) CARRASCO PERERA, *Comentarios a la LAU*, dir. R. BERCOVITZ, 2.ª ed., Pamplona, 1997, pág. 377 y sigs.; VERDERA SERVER, *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Valencia, 1997, pág. 121 y sigs.; GUILARTE GUTIÉRREZ, *Arrendamientos urbanos*, tomo I, Valladolid, 1997, págs. 192-193; FINEZ, *Comentarios a la LAU*, dir., por PANTALEÓN, Madrid, 1995, págs. 221-222; LEÓN CASTRO/COSSÍO, *Arrendamientos urbanos*,

citado precepto no tiene interés en nuestro estudio, ya que tales deudas no tienen la condición de deudas hereditarias, sino que surgen directamente en cabeza de los sucesores arrendaticios (3).

Granada, 1995, págs. 102-103; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ, *Todo sobre la nueva LAU*, Barcelona, 1994, págs. 175-177; SERRANO ALONSO, *Comentarios a la LAU*, dir., por O'CALLAGHAN, Madrid, 1995, págs. 176-177; GONZÁLEZ PORRAS, en *Comentarios a la LAU*, dir. por LASARTE, Madrid, 1996, págs. 469-470; CASALS GENOVER y otros, *Comentarios a la LAU*, Barcelona, 1995, pág. 139; RODRÍGUEZ CEPEDA, en *El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*, dir. por Pau PEDRÓN, Madrid, 1996, págs. 158-159; HIDALGO GARCÍA, en *La nueva LAU*, dir. por GUILARTE, Valladolid, 1995, págs. 205-206; DÍAZ MÉNDEZ y otros, *Visión judicial sobre los aciertos y desaciertos de la nueva LAU: aspectos sustantivos y procesales*, Granada, 1995, págs. 63-64; RAMOS NIETO, *Análisis de los arrendamientos urbanos desde la nueva Ley 29/94*, Madrid, 1996; FUENTES LOJO y otros, *Novísima suma de arrendamientos urbanos*, I, Barcelona, 1996, págs. 102-103; ALBACAR, *Legislación de Arrendamientos Urbanos*, I, 2.ª ed., Madrid, 1996, págs. 317-318; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, XX-1.º-B, 3.ª ed., Madrid, 1997, pág. 1176; SÁNCHEZ GOYANES, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. por el propio autor, Madrid, s.f., pág. 116.

(3) Los antecedentes legislativos tampoco tienen interés, ya que omiten todo pronunciamiento sobre el problema.

1.º) El artículo 1, párrafo 3.º del decreto *Bugallal* de 1920, establecía que «caso de fallecimiento del arrendatario, el beneficio de prórroga de los contratos alcanzará a los individuos de su familia que con él habitaren si se tratase de un local destinado a vivienda y al socio o heredero que continuasen el negocio si fuese un establecimiento mercantil o industrial».

2.º) Este precepto fue sistemáticamente prorrogado por diversos decretos durante los años veinte (de 19 de octubre de 1921, 2 de diciembre de 1922, 13 de diciembre de 1923, 20 de junio de 1924, 17 de diciembre de 1924, 21 de diciembre de 1925, 24 de mayo de 1926, 7 de diciembre de 1926, 14 de diciembre de 1927, 24 de diciembre de 1928 y 26 de diciembre de 1930. El texto completo de estas normas puede verse en FÉLIX HUERTA, *El contrato de arrendamiento de fincas urbanas*, Madrid, 1925, y CASALS TORRES, *Desahucios e inquilinatos*, Barcelona, 1929).

3.º) Este período de prórrogas sucesivas concluye con el Decreto de 29 de diciembre de 1931, que, con leves retoques meramente gramaticales, normativiza el citado precepto con carácter permanente (art. 3).

4.º) El Decreto-ley de 10 de diciembre de 1944 introduce por primera vez un orden de sucesión explícito, pero nada resuelve acerca del pasivo sucesorio: «En las prórrogas forzosas a favor del inquilino por causa de fallecimiento de éste, se establece un turno de preferencia a favor de la viuda, hijos, padres o parientes dentro del segundo grado que convivieran con el arrendatario» (art. 3).

5.º) El artículo 71 LAU 46 establecía: «Si durante la vigencia de un contrato de inquilinato falleciere el inquilino, su cónyuge, si convivía con él, y sus parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que habitaren en la vivienda con un año de anterioridad al óbito, podrán continuar ocupándola sin necesidad de celebrar nuevo contrato quedando subsistente el otorgado a favor del titular fallecido». Y el artículo 72: «Si los beneficiarios del derecho que establece el artículo anterior no desearan ocupar conjuntamente la vivienda, se guardará el siguiente orden de prelación: cónyuge, hijos, padres, abuelos, hermanos, tíos y sobrinos. Prevalecerá el derecho de los de doble vínculo y consanguinidad, resolviéndose los casos de igualdad en favor del que tuviere mayor número de cargas familiares, con preferencia para el sexo femenino. Cuando los padres fueren septuagenarios, serán preferidos a los hijos».

3. LA IMPERATIVIDAD DEL ORDEN DE SUCESIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

La legislación especial de arrendamientos no parece establecer, pues, ninguna disposición relativa al régimen jurídico del pasivo sucesorio. Ahora bien, lo que sí establece es un orden especial de sucesión. Y ocurre que, dependiendo de la naturaleza de ese orden especial de sucesión, el criterio que haya de tomarse respecto del pasivo sucesorio puede oscilar entre dos alternativas. En concreto, estas dos alternativas se plantean dependiendo de si el orden de sucesión es o no es imperativo:

A) En caso de no ser imperativo, de manera que pudiese ser libremente dispuesto por el arrendatario, parece que no existirían motivos, *a priori*, para alterar el régimen ordinario de transmisión de las obligaciones del causante por sucesión *mortis causa*. En ausencia de orden imperativo de llamamientos, no habría sustancial diferencia entre la sucesión arrendaticia y la sucesión *mortis causa* ordinaria. El orden de llamamientos para suceder en el arrendamiento sólo actuaría subsidiariamente respecto de la voluntad del testador y vendría a sustituir al orden de llamamientos de la sucesión intestada ordinaria del Código Civil y de los Derechos civiles autonómicos. Pero, fuera de esta especialidad, el arrendamiento, como relación jurídica global integrada por una suma de derechos y obligaciones, se transmitiría por sucesión *mortis causa* ordinaria, bien a los sucesores ordinarios o bien, subsidiariamente, a los llamados por la Ley especial. En cualquiera de ambos casos, quien sucediese en el arrendamiento sería una de las personas que asumiría las deudas del causante y con sujeción a las reglas generales.

B) Por el contrario, si el orden de sucesión fuese imperativo, tales conclusiones ya no podrían aceptarse de manera automática. Cabría pensar entonces que esa imperatividad diseña una sucesión *mortis causa* de carácter excepcional que podría tener repercusiones en orden a la determinación del régimen jurídico del pasivo sucesorio. En efecto, como consecuencia de la imperatividad del orden de sucesión, cuando, al margen de la sucesión ordinaria, aconteciese la sucesión de un arrendamiento de vivienda concurrirían dos tipos de sucesores: los ordinarios, determinados según el Código Civil y los Derechos civiles autonómicos y los arrendaticios, determinados según lo

6.º) El Decreto de 6 de marzo de 1953 restringe el orden de sucesión y excluye a los parientes de tercer grado (art. 5).

7.º) El artículo 58 LAU 56 coincide, básicamente, con el artículo 58 del Texto Refundido de 1964, salvo en lo referente a la sucesión de local destinado a profesión colegiada.

8.º) El Decreto-ley de 14 de septiembre de 1956 se limita a regular la prórroga del deber de notificación al arrendador del hecho del fallecimiento y de la sucesión, norma que es desarrollada por el Decreto de 28 de septiembre de 1956.

Las Exposiciones de motivos tampoco aluden a nuestro problema.

dispuesto en ese orden de sucesión. A partir de entonces, habría que preguntarse qué efectos puede tener esta diversificación sucesoria respecto del sistema ordinario de transmisión *mortis causa* de deudas del causante.

En conclusión, para decidir cuál es la vía a seguir, hay que resolver previamente si el orden de sucesión previsto por la legislación especial es imperativo o no. Esta cuestión se constituye como un *prius* para determinar si el sucesor arrendatario va a asumir o no las deudas del arrendatario fallecido.

3.1. Alusión al Derecho comparado

El Derecho comparado no ofrece respuestas homogéneas en torno a la imperatividad o no del orden de sucesión de los arrendamientos especiales de vivienda. Así, mientras en algunos casos se decanta por la imperatividad de dicho orden, en otros casos ni siquiera existe un orden o se reserva un margen a la libertad testamentaria del arrendamiento.

1.º *Derecho alemán.* En el *BGB* la sucesión *mortis causa* de los arrendamientos de vivienda (*Mietverhältnisse über Wohnraum*) se regula en los §§ 563 y siguientes. A tenor del § 563, párrafos [1] y [2], el cónyuge viudo tiene preferencia expresa sobre cualquier otra persona para suceder en el arrendamiento. Este llamamiento excluye a cualquier otra persona y sólo en defecto suyo son llamados los hijos y la pareja de hecho que pueden suceder conjuntamente. Y si no hay pareja de hecho, pero sí hijos y otros parientes convivientes, suceden todos ellos también conjuntamente (4). Por último, en defecto de todas estas personas, el arrendamiento no se extingue, sino que se transmite a los herederos por sucesión *mortis causa* ordinaria (§ 564) (5). Ahora bien, mientras este último llamamiento subsidiario a favor de los herederos puede ser excluido por pacto en contrario, el llamamiento especial a favor del cónyuge, así como el llamamiento conjunto a favor de los fami-

(4) § 563, párrafos [1] y [2]: «[1] Der Ehegatte, der mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt führt, tritt mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein. Dasselbe gilt für den Lebenspartner.

[2] Leben in dem gemeinsamen Haushalt Kinder des Mieters, treten diese mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein, wenn nicht der Ehegatte eintritt. Der Eintritt des Lebenspartners bleibt vom Eintritt der Kinder des Mieters unberührt. Andere Familienangehörige, die mit dem Mieter einen gemeinsamen Haushalt führen, treten mit dem Tod des Mieters in das Mietverhältnis ein, wenn nicht der Ehegatte oder der Lebenspartner eintritt. Dasselbe gilt für Personen, die mit dem Mieter einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt führen».

(5) § 564: «Treten beim Tod des Mieters keine Personen im Sinne des § 563 in das Mietverhältnis ein oder wird es nicht mit ihnen nach § 563a fortgesetzt, so wird es mit dem Erben fortgesetzt. In diesem Fall ist sowohl der Erbe als auch der Vermieter berechtigt, Sicherheitsleistung abwenden. Er kann jede einzelne Sache dadurch von dem Pfandrecht befreien, dass er in Höhe ihres Wertes Sicherheit leistet».

liares convivientes no admite, en cambio, dicho pacto en contra (§ 563 párrafo [5]) (6). De esta prohibición hay que concluir que arrendatario y arrendador no pueden estipular nada que perjudique el orden de sucesión del citado § 563 en sus párrafos [1] y [2]. Y, también, que el arrendatario no puede disponer testamentariamente del contrato en modo distinto a lo previsto en tal precepto (7).

2.º *Derecho italiano.* En Italia, el Derecho especial de arrendamientos urbanos se contiene en la actualidad en las Leyes de 27 de julio de 1978 y de 9 de diciembre de 1998. El régimen de la sucesión se contiene en la primera, cuyo artículo 6, párrafo 1.º, de esta Ley está dedicado a la sucesión en los arrendamientos de vivienda y dice así: «*In caso de morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi*». A partir de este precepto los autores plantean si el mismo contiene un orden de sucesión o, si, por el contrario, suceden conjuntamente todas esas personas de manera simultánea. Hay que notar que, en efecto, el precepto transcrito no dispone expresamente si tal orden existe o no. Ante este vacío legal, la doctrina se ha pronunciado en sentido negativo y ha estimado que se produce una sucesión conjunta entre todos aquellos convivientes citados por el artículo 6 (8). Ahora bien, puesto que este precep-

(6) § 563 párrafo [5]: «Eine abweichende Vereinbarung zum Nachteil des Mieters oder solcher Personen, die nach Absatz 1 oder 2 eintrittsberechtigt sind, ist unwirksam».

(7) Vid., PUTZO, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 48.ª ed., 1989, pág. 599; SONNENSCHNEIN, en *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, 1981, pág. 736; VOELSKOW, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, pág. 891; SCHOPP, en *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Munich, 1980, pág. 1365.

(8) BOZZI, *Equo Canone*, a cura di Bianca y otros, Padua, 1980, pág. 57; BUCCI/MALPICA/REDIVO, *Manuale delle Locazioni*, Padua, 1989, págs. 334-335; LAZZARO/PREDEN/VARRONE, *L'Equo Canone*, Milán, 1978, pág. 25; TRIFONE, en *Trattato di Diritto Civile*, dir. por Vasalli, 11-3.º, Turín, 1984; págs. 516-517, DI PATRIZIO, *Locazione ed Equo Canone*, Milán, 1990, pág. 16.

En contra, SEVERINI («Il diritto di successione nell'edilizia residenziale pubblica», en *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1982, parte II, pág. 41), según el cual hay que entender que existe un orden de sucesión que comienza por el cónyuge y termina con los afines. A favor de la preferencia del cónyuge juega el artículo 540, párrafo 2.º del Codice, según el cual: «Al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che que la corredano, se di proprietà del defunto o comuni».

En cuanto a cuáles son los parientes llamados por el artículo 6, algunos afirman que ha de entenderse aplicable el límite del sexto grado impuesto de manera general por el artículo 77 del Código Civil, según el cual: «La legge non riconosce il vincolo di parentela oltre il sesto grado, salvo che per alcuni effetti specialmente determinati» (BUCCI/MALPICA/REDIVO, *op. cit.*, pág. 333; MILITERNI, *L'Equo Canone*, Nápoles, 1978, pág. 13). En cambio, en la sentencia de la Corte Costituzionale, núm. 404, de 7 de abril de 1988 (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, II, pág. 1794) se puede leer que son llamados «i parenti senza limiti di grado»; aunque se trata de un puro *obiter*, puesto que la sentencia estudia, entre otros extremos, la situación del conviviente *more uxorio* a efectos de sucesión arrendaticia.

to llama a los «herederos» en general, hay que deducir que el arrendatario tiene un margen de disponibilidad sucesoria sobre el contrato.

Además, algunos autores piensan que, en defecto de las personas incluidas en dicho artículo, la sucesión en el arrendamiento se defiere a los sucesores ordinarios, aunque no sean convivientes, conforme a las reglas generales de la sucesión *mortis causa*, y, en concreto, por lo dispuesto en el artículo 1.614 del Código Civil (9). Esta doctrina es contestada por otro sector doctrinal (10).

3.º *Derecho francés*. El derecho arrendaticio urbano de viviendas francés está regido en la actualidad por cinco grupos normativos (11). De ellos destacan la Ley de 6 de julio de 1989, que constituye, en general, la norma básica sobre arrendamientos de viviendas. Su artículo 14 regula el régimen jurídico de la sucesión arrendaticia, que, por remisión del propio precepto, está interrelacionado con el instituto de la *attribution préférentielle* del artículo 832 del *Code* (12). En este régimen jurídico cabe deducir un margen para la disponibilidad testamentaria por parte del titular del arrendamiento de vivienda sujeto a la Ley de 1989.

Existe, por una parte, un doble ámbito donde no parece haber la libertad de testar. En primer lugar, el representado por la sucesión del viudo, a quien el arrendamiento se transmite preferencial e imperativamente por virtud de los artículos 832, párrafos 6.º y 7.º y 1.751 del Código Civil (13). Y, por otra, el representado por la sucesión de los demás herederos *no copropietarios* con el causante en dicho arrendamiento, que suceden según el «*intérêt en pré-*

(9) BOZZI, *op. cit.*, pág. 58; BUCCI/MALPICA/REDIVO, *op. cit.*, pág. 336.

Artículo 1.614: «Nel caso di morte dell'inquilino, se la locazione deve ancora durare per più di un anno ed è stata vietata la sublocazione, gli eredi possono recedere dal contratto entro tre mesi dalla morte. Il recesso si deve esercitare mediante disdetta comunicata con preavviso non inferiore a tre mesi».

(10) TRIFFONE, *op. cit.*, págs. 515-516; DI PATRIZIO, *op. cit.*, pág. 17. La jurisprudencia también parece sumarse a este segundo criterio; en tal sentido pueden citarse: *Cass.* 21 de abril de 1992 y la sentencia del Tribunal de Roma de 8 de junio de 1992 (ambas transcritas por DE TILLA, *Il Diritto Immobiliare, Trattato sistematico di giurisprudenza ragionata per casi, Le Locazioni*, I, 5.ª ed., Milán, 1997, pág. 919 y sigs.).

(11) *Code Civil*, Ley de 1 de septiembre de 1948, Ley de 22 junio de 1982, Ley de 23 de diciembre de 1986 y Ley de 6 de julio de 1989.

(12) «Lors du décès du locataire, le contrat est transféré: sans préjudice des sixième et septième alinéas de l'article 832 du Code Civil, au conjoint survivant; aux descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès; aux ascendants, au concubin notoire ou aux personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès.

En cas de demandes multiples, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence.

A défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat est résilié de plein droit para le décès du locataire ou par l'abandon du domicile par ce dernier».

(13) Vid., AUBERT/BIHR, *L'location d'habitation (loi du 6 juillet 1989)*, París, 1990, págs. 162-163.

sence» expresado por el citado artículo 14 de la Ley de 1989 (14). Pero, en cambio, en caso de que existan herederos *copropietarios* con el causante del arrendamiento entra en juego la llamada «atribución preferencial» del artículo 832. Y, según se interpreta, ocurre que dicha atribución constituye un estatuto subsidiario a la autonomía de la voluntad del causante (15). Por lo que en el caso en que sí existan herederos copropietarios del arrendamiento, se deduciría que el copropietario que fallece podría disponer testamentariamente de su cuota en el arrendamiento (16).

3.2. La cuestión en nuestro Derecho

En nuestro Derecho falta una declaración expresa acerca de la imperatividad del orden de sucesión. Pero esta ausencia de declaración expresa no ha impedido a nuestra doctrina sostener con casi absoluta unanimidad que el orden de sucesión impuesto por la legislación especial es indisponible por el arrendatario (17). El orden de sucesión legal es, en suma, *imperativo*

(14) En el caso de que tales personas no existan, el contrato «est rélélié de plein droit», lo que es tenido como una norma de orden público (BELOT y otros, *Le Statut du droit à l'habitat*, París, 1985, pág. 112), por lo que no cabe la sucesión subsidiaria de los herederos.

(15) RAYMOND, «L'attribution préférentielle des biens non ruraux en vertu de l'article 832 du Code Civil», en *RTDC*, 1966, pág. 444, aceptando el criterio jurisprudencial al respecto.

(16) En el Derecho inglés los arrendamientos especiales no sujetos al *common law* están regulados por Derecho estatutario emanado del Parlamento: *Rent Act* (1977), *Housing Act* (1985) y *Housing Act* (1988). Entre otras circunstancias, estas leyes se caracterizan por establecer un orden imperativo de sucesión. Esto resulta especialmente constatable en la *Housing Act* de 1988, cuya sección 17 afirma expresamente que el arrendamiento no se transmite por sucesión testada ni intestada («...and, accordingly, does not devolve under the tenant's will or intestacy»).

(17) Por orden cronológico: GARCÍA ROYO, *Tratado de Arrendamientos Urbanos*, II-1.º, Madrid, 1948, pág. 30; CASAS MARTÍNEZ, «La comunidad arrendaticia», en *RGD*, 1956, pág. 528; CASTÁN/CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, Madrid, 1956, pág. 492; PERE RALUY/RODRÍGUEZ AGUILERA, *Derecho de arrendamientos urbanos I*, Barcelona, 1965, pág. 772; MADRUGA MÉNDEZ, *Transmisión del derecho arrendaticio de vivienda*, Madrid, 1966, págs. 135-136; LACRUZ, *Elementos...*, II-3.º, 2.ª ed., Barcelona, 1986; ALBACAR, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, I, Granada, 1989, pág. 712; BLANQUER UBEROS, *El Proyecto LAU, La Ley 94-2*, págs. 997 y 999; PRATS ALBENTOSA, en *Comentarios a la nueva LAU*, coord. por VALPUESTA, Valencia, 1994, pág. 150; FINEZ, *Comentarios a la LAU*, dir. por PANTALEÓN, Madrid, 1995, pág. 219; LEÓN-CASTRO/DE COSSÍO, *op. cit.*, pág. 95; PÉREZ DE VARGAS, *Subrogación arrendaticia y parejas de hecho*, Madrid, 1995, pág. 39; SERRANO ALONSO, *Comentarios...*, dir. por O'Callaghan, *op. cit.*, pág. 168; FUENTES LOJO y otros, *op. cit.*, pág. 1403; RUEDA ESTEBAN, *Nueva LAU, Seminario del Consejo General del Notariado en la UIMP*, dir. por ARROYO DEL CORRAL, Madrid, 1996, pág. 321; CARRASCO PERERA, *op. cit.*, págs. 368-369; GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, tomo I, pág. 186; LUCAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 1170; VERDERA SERVER, *op. cit.*, pág. 29; SÁNCHEZ GOYANES, *op. cit.*, pág. 114.

para el arrendatario. Es decir, dicho orden se sobrepone no sólo al establecido por el Código Civil y los Derechos civiles autonómicos para la sucesión intestada, sino también a la voluntad de dicho arrendatario manifestada en la sucesión testada o, en su caso, contractual.

Una de las facultades que tiene todo causante que es parte de un contrato transmisible por sucesión *mortis causa* es la de designar un sucesor determinado en dicho contrato (18). Sin embargo, parece incuestionable que el orden a la sucesión de arrendamientos de vivienda no puede ser alterado por la sola voluntad del arrendatario. Dicha legislación insta un determinado orden de sucesión que actúa con carácter general, sin especificar que el mismo actúe sólo en la sucesión intestada con exclusión de la testamentaria o contractual. En la legislación especial de arrendamientos anterior al Decreto-ley de 10 de diciembre de 1944 era posible, quizá, deducir un importante espacio para la disponibilidad testamentaria del arrendamiento (19). Ahora bien, después de este Decreto, la Ley parece mostrar una clara inclinación a favor de la imperatividad del orden de sucesión en relación al arrendatario. En la legislación actualmente vigente, tal inclinación es manifiesta en la Disposición Transitoria 2.^a de la LAU 94, cuyo número 4 expresa que la sucesión que aquella regula «sólo podrá tener lugar a favor» de las personas que la misma indica (20). Y no menos manifiesta lo es en la sucesión del artículo 16 LAU 94. En este precepto, la imperatividad de la sucesión parece la única interpretación a seguir dados los términos de su número 4, a cuyo tenor resulta bastante evidente que las personas mencionadas en el número 1 tienen un

La unanimidad es impedida por R. VALCARCE, el cual, a propósito de la LAU 46, interpretaba que «si la subrogación se hace por disposición testamentaria y, por ende, para surtir efecto después de la muerte del inquilino, debe reputarse válida y merece protección jurídica, a condición de que se cumplan los requisitos del artículo 34 (parentesco dentro del segundo grado —convivencia del año— y notificación)» («Sucesión arrendataria urbana», en *Revista de Derecho Procesal*, 1947, págs. 634-635). El artículo 34 LAU 46 se corresponde con el artículo 24 del Texto Refundido de 1964.

(18) Sin perjuicio de la responsabilidad de todos los herederos por las obligaciones pendientes, solidaria (art. 1.084 del Código Civil) o mancomunada (art. 61 del Código de Sucesiones catalán).

(19) Esa legalidad anterior estaba constituida por las sucesivas prórrogas del Decreto *Bugallal* de 1920, cuyo artículo 1, párrafo 3.º, se expresaba así: «Caso de fallecimiento del arrendatario, el beneficio de prórroga de los contratos alcanzará a los individuos de su familia que con él habitaren si se tratase de un local destinado a vivienda y al socio o herederos que continuasen en el negocio si fuese un establecimiento mercantil o industrial».

(20) Disposición Transitoria 2.^a, número 4: «A partir de la entrada en vigor de esta ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 del Texto Refundido de la LAU 1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario...». Acerca de esta expresión, vid., LASARTE, *Comentarios a la LAU*, dir. por él mismo, *op. cit.*, págs. 1253-1254.

derecho incondicionado a la sucesión en aquellos contratos con una duración igual o inferior a cinco años. Esta imperatividad no sólo actúa con respecto al arrendatario, sino también con respecto al arrendador, por lo que el eventual pacto entre ambos alterando el orden de sucesión no será eficaz.

Esta interpretación es, en principio, coherente también con el fundamento básico de toda la legislación especial arrendaticia. Con el establecimiento de un orden de sucesión imperativo, la Ley pretende, en sede de sucesión arrendaticia de viviendas, dar amparo a determinadas personas, en concreto, parientes cercanos que convivían con el arrendatario. Tales personas son tenidas en cuenta por su condición de familiares próximos al arrendatario, pero también por su condición de convivientes. Interviene, y decisivamente, el interés puramente material de seguir habitando en la vivienda. Se considera, pues, que sólo los familiares cercanos convivientes deben de tener un derecho subjetivo a seguir habitando en el mismo lugar en que lo venían haciendo hasta la muerte del arrendatario. Y esta decisión la toma el legislador en una coyuntura socioeconómica en la que existe un especial interés por aliviar en la medida de lo posible el problema del acceso a la vivienda (21).

La Ley, en suma, desea atribuir en todo caso y circunstancia el arrendamiento a ese círculo de familiares convivientes. Esta aspiración, que se inscribe simultáneamente en los principios constitucionales de protección a la familia y acceso a vivienda (arts. 39 y 47 CE), es considerada de orden público y para salvaguardarla se prescinde de la autonomía de la voluntad del arrendatario, que no va a poder disponer del contrato por actos *mortis causa*. De esta manera, el dominio de éste sobre el arrendamiento de vivienda de la legislación especial no va a tener las mismas características que el dominio sobre cualquier otro contrato transmisible por la sucesión *mortis causa* ordinaria del Código Civil y los Derechos civiles autonómicos. La circunstancia de que el arrendatario esté privado de la facultad de disposición por causa de muerte constituye así una limitación del dominio como consecuencia del reforzamiento de la posición jurídica ocupada por los parientes convivientes llamados a sucesión (22).

(21) Nótese que no es sólo dicha escasez de la vivienda lo que ha dado lugar a la normativa especial; han intervenido también factores políticos, representados por el advenimiento del *Estado Social* o *Estado del Bienestar* a mitad del siglo xx. Es más, puede decirse que este segundo factor ha sido el decisivo en la generación de las leyes de arrendamientos; la carestía de vivienda no es un fenómeno exclusivo de este siglo; de hecho, es una constante histórica. Pero ha sido en el período presente cuando el Estado ha decidido afrontar directamente el problema.

(22) Hay que advertir, sin embargo, que la imperatividad del orden de sucesión de la legislación no está exenta de puntos oscuros. Al margen de la mayor o menor oportunidad de establecer una lista cerrada de sucesores con exclusión automática de otras personas, puede señalarse la contradicción que representa el hecho de que mientras el arrendatario y el arrendador no pueden alterar el orden de sucesión, sí pueden, por el contrario,

4. LAS DEUDAS DEL CAUSANTE Y LA SUCESIÓN ARRENDATICIA DE VIVIENDAS EN EL DERECHO COMPARADO

Puesto que, como se acaba de concluir, el orden de sucesión de la legislación especial es imperativo, ya no puede aceptarse de manera automática que el sucesor arrendaticio asume las deudas del causante. La Ley dispone un orden de sucesión imperativo para el arrendamiento y, por tanto, se constituye una dualidad de sucesores. Por una parte, los sucesores ordinarios, designados conforme a las reglas generales de la sucesión *mortis causa* ordinaria; por otra, los sucesores arrendaticios, designados conforme a las reglas especiales e imperativas de la legislación arrendaticia. La Ley instituye, por tanto, una sucesión especial al margen de la sucesión *mortis causa* ordinaria sobre la base de un orden imperativo de sucesión. Así pues, no cabe recurrir a una simple analogía y extender al sucesor arrendaticio la posición deudora que tiene atribuida el sucesor ordinario del Código Civil y de los Derechos autonómicos. La analogía no es posible y es preciso replantear el problema desde el principio. Para ello hay que hacer una referencia previa a las soluciones que sobre esta cuestión ofrece el Derecho comparado.

4.1. *Derecho alemán*

De entre los Ordenamientos de nuestro entorno, sólo el alemán contiene una previsión expresa en relación al régimen jurídico del pasivo sucesorio que incluye deudas arrendaticias pendientes. Según el párrafo [1] del § 563b *BGB*, los sucesores arrendaticios «...haften neben dem Erben für die bis zum Tod des Mieters entstandenen Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner. Im Verhältnis zu diesen Personen haftet der Erbe allein, soweit nichts anderes bestimmt ist» (...responden como deudores solidarios con el heredero de las deudas originadas hasta la muerte del arrendatario; en relación con el cónyuge y los familiares, el heredero responde sólo, salvo pacto en contra).

El arrendador puede, por tanto, dirigirse indistintamente contra los sucesores ordinarios o los especiales. Sucesores ordinarios y sucesores arrendaticios están todos situados en el mismo plano de cara al acreedor. Respecto de las deudas arrendaticias, los sucesores arrendaticios son, pues, tan deudores como los sucesores ordinarios («...als *Gesamtschuldner*...»). Pero esto,

ceder *inter vivos* el arrendamiento a cualquier persona, sea o no uno de los sucesores incluidos en dicho orden de sucesión legal. Por otra parte, también es contradictorio que el arrendatario no pueda disponer testamentariamente del arrendamiento cuando los sucesores sí pueden disponer del mismo una vez acontecida la sucesión (arts. 58.2 del texto de 1964 y 16.2 LAU 94). Vid. ACEBES CORNEJO, «Crítica de la sucesión de los arrendamientos de vivienda», en *porticolegal.com*, sección arrendamientos (2003).

por lo que se refiere a las relaciones externas de los sucesores con el acreedor. En las relaciones internas entre los sucesores ya hay que distinguir. Aquí los sucesores arrendaticios deben de quedar indemnes, ya que, según el § 569a, las deudas arrendaticias pendientes deben de ser asumidas finalmente por los herederos. Así pues, el *BGB*, en aras de proporcionar mayor seguridad al arrendador, establece al mismo tiempo una responsabilidad solidaria entre los herederos y los sucesores arrendaticios. Pero esta responsabilidad solidaria sólo tiene carácter instrumental, ya que no afecta a las relaciones internas entre los sucesores ordinarios y especiales. Resulta, por tanto, que los herederos, por regla general, asumen finalmente las deudas pendientes, en tanto que los sucesores especiales sólo las asumen en última instancia, de manera subsidiaria; es decir, en los casos de insolvencia de los herederos. Este régimen puede ser excepcionado mediante pacto en contra.

Por último, hay que observar que el § 569a no precisa si este régimen de responsabilidad es aplicable también a las deudas no arrendaticias. Teniendo en cuenta la literalidad del precepto cabría admitir que sí es aplicable, ya que el mismo se expresa en sentido genérico refiriéndose a las deudas del arrendatario sin especificar que sólo sean las arrendaticias («...*die bis zum Tod des Mieters entstandenen Verbindlichkeiten...*» —...las deudas originadas hasta la muerte del arrendatario...—). Sin embargo, existen autores que niegan esta posibilidad, al precisar que al sucesor especial no le afectan ni siquiera aquellas deudas que, aun relacionadas con la vivienda, hayan surgido de contratos del arrendatario con terceros, tales como las de suministro de agua y calefacción, de renovación, etc. (23).

4.2. *Doctrina italiana*

A falta de pronunciamiento expreso en la antes citada Ley italiana de 1978, algunos autores defienden que los sucesores ordinarios y especiales responden conjuntamente de las deudas arrendaticias pendientes al fallecimiento del arrendatario, aunque no precisan de qué manera opera esta responsabilidad concurrente, ni el plano de las relaciones externas de todos los sucesores con el arrendador (si solidaria o mancomunada), ni en el plano de las relaciones internas entre los sucesores ordinarios y arrendaticios (24).

(23) SONNENSCHNIG, *op. cit.*, pág. 729.

(24) «In particolare non par dubbio che l'obbligo del pagamento dei canoni scaduti si trasferisca-salva naturalmente la responsabilità concorrente dell'erede- su chi subentra nella titolarità del contratto e che il suo inadempimento legittimi il locatore, in presenza degli altri presupposti di legge, a richiedere la risoluzione del contratto» (En particular, no hay duda que la obligación de pago de las rentas vencidas se transmite —salvo, naturalmente, la responsabilidad concurrente del heredero— sobre quien sucede en la titu-

Otros, por el contrario, concluyen que dichas deudas incumben sólo a los herederos y no a los sucesores especiales, sin añadir tampoco ulteriores precisiones (25).

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, puede citarse la sentencia del Tribunal de Roma de 8 de junio de 1992, que contiene un pronunciamiento sobre este tema, si bien a título de *obiter*. En el pleito se sustanciaba la posible responsabilidad de una persona que pretendía suceder en el arrendamiento pero que, sin embargo, no era una de las incluidas en el artículo 6 de la Ley de 1978. Y la sentencia se detiene a considerar si el artículo 1.614 del *Codice* es aplicable de manera subsidiaria, contestando negativamente. Pero al hilo de este problema, expone incidentalmente la hipótesis de que las rentas pendientes se transmiten por vía hereditaria y son carga de los herederos ordinarios, aunque no llega a afirmar que sean *exclusivamente* carga suya y no también de los sucesores especiales: «...La mancanza di soggetti legittimati a esercitare i diritti successori nascenti dall'articolo 6 l. n. 392/78 non comporta reviviscenza dell'abrogato articolo 1.614 c.c., sicché l'erede non convivente, *mentre non può esimersi dall'obbligo di soddisfare le passività gravanti sull'asse ereditario alla data dell'avenuta successione secondo i principi generali, in quanto relative a obbligazioni già scadute e insolute quali il pagamento dei canoni locativi non pagati al locatore dal proprio dante causa*, per il resto viene a trovarsi in una relazione de mero fatto con la cosa locata, che non può detenere in maniera qualificata ma che detiene eventualmente senza título, pero fatto propio originario, non essendo legittimato dalla legge a succedere nel rapporto locativo» (cursiva nuestra) (26). (La ausencia de sujetos legitimados para ejercitar los derechos sucesores derivados del artículo 6. l. n. 392/78 no comportan reviviscencia del abroga-

laridad del contrato y que incumplimiento legitima al arrendador, en presencia de los otros presupuestos legales, a pedir la resolución del contrato) (Bozzi, *op. cit.*, págs. 59-60).

(25) «Il rapporto di locazione viene così separato dal complesso dei rapporti che facevano capo al defunto e che sono trasmessi agli eredi, per essere trasferito automaticamente a determinati soggetti che la legge vuole tutelare. Il fatto potrebbe avere una conseguenza pratica rilevante, nel senso che chi succede non nella qualità di erede non subentrerebbe nei debiti del "de cuius" per canoni ed oneri accessori arretrati. Per questi, infatti, risponderrebbe sempre l'erede, il quale subentrerebbe appunto "iure successionis" in tutti rapporti attivi e passivi del suo dante causa e sarebbe quindi tenuto anche per gli eventuali debiti dello stesso per canoni arretrati» (La relación arrendaticia queda así separada del complejo de relaciones de que era titular el difunto y que son transmitidas a los herederos, para ser transmitida automáticamente a determinados sujetos que la Ley quiere tutelar. Este hecho podría tener una consecuencia práctica relevante, en el sentido de que quien no sucede con la cualidad de heredero no sucedería en las deudas del *de cuius* por rentas y cargas accesorias atrasadas. Para éstas, en efecto, respondería siempre el heredero, el cual sucedería precisamente *iure successionis* en todas las relaciones activas y pasivas de su causante y, por tanto, estaría obligado también por las eventuales deudas del mismo por rentas atrasadas) (BUCCI/MALPICA/REDIVO, *op. cit.*, pág. 334).

(26) Fragmento extraído de la transcripción hecha por DE TILLA, *op. cit.*, pág. 920.

do artículo 1.614 del Código Civil, por lo que el heredero no conviviente, *mientras no puede eximirse de la obligación de satisfacer el pasivo que grava la herencia en la apertura de la sucesión según los principios generales, en lo relativo a obligaciones ya vencidas e impagadas como el abono de rentas arrendaticias no pagadas al arrendador por el propio causante*, por el resto se encuentra en una relación de mero hecho con la cosa arrendada, que no puede poseer de manera cualificada pero que posee eventualmente sin título, no estando legitimado a suceder en la relación arrendaticia.)

5. LAS DEUDAS DEL CAUSANTE Y LA SUCESIÓN ARRENDATICIA DE VIVIENDAS EN NUESTRO DERECHO. LA TESIS DE LA RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE LOS SUCESESORES ORDINARIOS

La cuestión sobre la relación del sucesor arrendaticio con las deudas del causante no ha recibido en nuestro país un tratamiento demasiado riguroso (27). Sea como fuere, existen dos tesis de orientaciones contrapuestas. Se examina a continuación una de ellas, dejándose la segunda para un análisis ulterior (*infra* § 7).

La tesis en cuestión atribuye a los sucesores ordinarios la responsabilidad por las obligaciones arrendaticias con exclusión de los sucesores especiales. Se interpreta que la relación arrendaticia se transmite por una vía sucesoria especial. En cambio, las deudas pendientes lo hacen por la vía hereditaria ordinaria, razón por la que la responsabilidad por tales deudas se atribuye en exclusiva a los sucesores ordinarios, en tanto que los sucesores arrendaticios quedan exentos de responsabilidad. Este es el planteamiento común de todas estas tesis (28). Pero, partiendo del mismo, los autores se expresan con diferentes niveles de precisión:

(27) Las últimas aportaciones doctrinales relativas a la sucesión arrendaticia ni siquiera abordan ya el problema. DÍAZ VALES se lo plantea en sede transmisión *inter vivos* del arrendamiento, preguntándose si el nuevo arrendatario debe o no responder cumulativamente con el antiguo (*La subrogación legal en la legislación de arrendamientos urbanos*, Madrid, 2001, pág. 289). Por su parte, PÉREZ UREÑA tan sólo hace algunas referencias genéricas en torno a la naturaleza de la sucesión arrendaticia, sin llegar a mencionar el problema (*El arrendamiento de vivienda: subrogación mortis causa*, Granada, 1999, pág. 48).

(28) Dicha tesis se inicia con GARCÍA ROYO, quien comentando el artículo 71 LAU 46 decía: «...la sucesión sólo actúa en los derechos, deberes y expectativas propios de la evolución normal del inquilinato a partir de la fecha en que falleció el titular, mas no opera respecto a las relaciones jurídicas derivadas de hechos pretéritos (tales como impago de rentas atrasadas, indemnizaciones por daños causados en la vivienda, resarcimiento por obras que aquél efectuó, etc.), pues cabe decir que, al fallecer el acreedor o deudor, quedaron despojados de su carácter arrendaticio y, por tanto, respecto a ellos sólo actúa la sucesión genérica de derecho común, debiendo dirigir la acción contra el heredero, sea o no el sucesor del inquilinato» (*op. cit.*, pág. 46).

A) Algunos parecen referirse al conjunto de las obligaciones arrendaticias pendientes, pero, al ejemplificarlas, sólo enumeran obligaciones pecuniarías (29).

B) Otros se refieren ya abiertamente a todas las obligaciones arrendaticias pendientes (30).

C) Por último, otro sector se centra sólo en las rentas adeudadas y afirma que el arrendador sólo puede exigir las a los herederos en el correspondiente juicio declarativo, con exclusión de los sucesores arrendaticios. Pero se añade que el arrendador puede instar directamente el desahucio por falta de pago contra el sucesor especial y que, en caso de que éste lo enerve pagando o consignado las rentas atrasadas, podrá repetir contra los sucesores ordinarios (31).

Del planteamiento de esta tesis se deriva que el sucesor especial, sin perjuicio de esta responsabilidad instrumental en beneficio del arrendador, no sólo no asume las deudas arrendaticias, sino que no asume ninguna de las deudas pendientes que integran el pasivo sucesorio, sean o no arrendaticios. La sucesión especial sólo abarca a la relación arrendaticia en su lado activo, pero no en su lado pasivo, porque las deudas arrendaticias pendientes al fallecer el

(29) GARCÍA ROYO, *loc. cit.* Vid., también, LEÓN CASTRO/COSSÍO, *op. cit.*, pág. 103.

(30) CARRASCO, *op. cit.*, pág. 381; LACRUZ, *Elementos...*, II-3.º, *op. cit.*, pág. 230; FINEZ, *op. cit.*, pág. 222; HERNÁNDEZ CANUT/DE LUNA GARCÍA, «Sucesión en el arrendamiento. Prelación y su ejercicio (dictamen)», en *ADC*, 1953, pág. 912.

(31) Esta solución se construye en el ámbito de la legislación procesal anterior a la LEC 2000 y tiene su precedente inmediato en RODRÍGUEZ AGUILERA/PERE RALUY, quienes admitiendo que la responsabilidad por las deudas arrendaticias correspondía a los herederos y no a los sucesores especiales, advirtieron, no obstante, que «si el arrendador ejercita una acción de desahucio por falta de pago, el sucesor arrendaticio difícilmente podrá enervar la acción o rehabilitar el contrato si no paga todas las rentas adeudadas, ya sean correspondientes a época anterior o posterior a la sucesión» (*op. cit.*, págs. 782-783). Partiendo de esta observación, MADRUGA precisó posteriormente que si el sucesor especial lograba enervar el desahucio, podría repetir contra los herederos en base al artículo 1.158 del Código Civil: «En nuestra opinión, el arrendador puede ejercitar dos acciones para la reclamación de rentas adeudadas por el inquilino fallecido: una la de desahucio por falta de pago de la renta al amparo de la causa primera del artículo 114 LAU, y otra, la acción de reclamación de dichas rentas en el juicio declarativo correspondiente. En el primer caso, la acción habrá de ejercitarse contra el sucesor ocupante de la vivienda, que podrá enervar la acción mediante la consignación que autoriza el artículo 147, sin perjuicio de que posteriormente el pariente subrogado pueda ejercitar, al amparo del párrafo 2.º del artículo 1.158 del Código Civil, la acción de reembolso contra todos los herederos del arrendatario fallecido, por ser una deuda del causante y, por consiguiente, de la herencia. En el segundo caso, la acción de reclamación habrá de dirigirse directamente contra todos los herederos del inquilino fallecido» (*op. cit.*, pág. 177). Siguen esta dirección: ALBACAR, «Ley de Arrendamientos Urbanos», *op. cit.*, pág. 718, y también en *Legislación de Arrendamiento Urbanos*, I, 2.ª ed., Madrid, 1996, págs. 316 y 318; VERDERA SERVER, *op. cit.*, pág. 27; GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, tomo I, pág. 193. Ver, también, FUENTES LOJO y otros, *op. cit.*, págs. 1403-1404.

causante se transmiten por vía hereditaria ordinaria. Y si esto es así, parece evidente que el resto de las deudas pendientes del causante, las no arrendaticias, tampoco afectan a los sucesores especiales. En este sentido, algunos autores expresan ya en sentido general la exclusión de responsabilidad de dichos sucesores especiales, sin circunscribirla a las deudas arrendaticias (32).

6. ANÁLISIS DE ESTA TESIS

Según esta tesis, la sucesión arrendaticia no produciría una transmisión *integral* de la relación. No, al menos, si se entiende que la integridad de una relación jurídica se constituye no sólo por la totalidad de sus derechos, sino, también de la totalidad de sus obligaciones. No ocurriría, por tanto, como en las relaciones que se transmiten conforme a la sucesión *mortis causa* ordinaria, donde los sucesores asumen, en su condición de tales, la relación jurídica como un todo. Por el contrario, según esta tesis, en la sucesión de los arrendamientos especiales de vivienda los sucesores sólo recibirían el programa obligacional que resta por cumplir en el momento de fallecimiento del causante, pero no, sin embargo, las deudas pendientes en el momento de dicho fallecimiento. Los sucesores arrendaticios (como no podía ser de otra forma),

(32) Así, CARRASCO: «La subrogación tiene aquí alguna particularidad en la medida en que se produce contemporáneamente al fenómeno sucesorio, y puede (y lo hará) concurrir con él. En el viudo y en los descendientes (que en la mayoría de los casos serán los beneficiarios de la subrogación) normalmente concurrirá la cualidad de herederos. Pero es por esta razón, y no por la de subrogados, por la que serán deudores solidarios de las obligaciones pendientes del arrendatario. Puede no tener lugar esta duplicidad; pensemos que el arrendatario fallece intestado y le subroga su concubino, que no es legítimo, y le heredan su hijos. En estos casos, y a falta de una norma expresa, responderán exclusivamente los herederos de las deudas del causante arrendatario. Es claro, por lo demás, que el arrendatario no puede imponer al subrogado la carga de pagar las deudas vencidas, porque, como la legítima sucesoria, también aquí puede hablarse de una *intangibilidad cualitativa* del derecho de subrogación *mortis causa*» (*op. cit.*, pág. 381, cursiva del autor). Según LACRUZ, «el derecho a la subrogación, del cual, al no autorizarlo la ley, no puede disponer *mortis causa* el inquilino, representa un beneficio de tipo legal más familiar que sucesorio, pues el subrogado puede haber repudiado la herencia del causante, y el derecho no pasa como parte del patrimonio de éste, ni responde de sus deudas» (*Elementos...*, II-3.º, *op. cit.*, págs. 229-230). Y según HERNÁNDEZ CANUT/DE LUNA GARCÍA (refiriéndose a la LAU 46), «la analogía con la sucesión hereditaria no puede extenderse mucho más. El heredero, como tal, precisamente está excluido, no mencionándosele, a diferencia de lo que sucede en el supuesto del artículo 73 (sucesión del heredero en el arrendamiento de local). Resalta el carácter familiar y pasa a un plano secundario el patrimonial. Más tampoco cabe asimilarlo con la sucesión hereditaria legal, dada la especialidad del orden de preferencia y sobre todo por la nota de convivencia. De aquí que no pueda ligarse con la aceptación o repudiación de la herencia y que no afecte a la sucesión en las responsabilidades del causante» (*op. cit.*, pág. 912; el paréntesis intercalado es nuestro).

asumirían el papel de deudores respecto de las obligaciones que van surgiendo con posterioridad a la sucesión. Respecto de estas obligaciones, ellos y sólo ellos son considerados deudores. Ahora bien, las obligaciones anteriores, las surgidas en vida del anterior arrendatario, no se transmitirían ya por la sucesión especial. Todas las obligaciones que nacidas en vida del anterior arrendatario quedarían fuera de la sucesión especial. La sucesión especial no abarcaría estas obligaciones anteriores. Según esta tesis, estas obligaciones, en suma, se transmitirían conforme a las reglas generales de la sucesión *mortis causa*. Serían, pues, los sucesores ordinarios los que se hagan cargo de esas obligaciones anteriores. Los sucesores arrendaticios, por el contrario, quedarían al margen de tales obligaciones.

6.1. *La sucesión arrendaticia como sucesión especial: Insuficiencia de este planteamiento*

Los autores que sostienen esta tesis omiten dar explicaciones más allá del carácter especial de la sucesión arrendaticia. Se dice que la sucesión arrendaticia es una sucesión impuesta por la Ley para regular un supuesto especial, la transmisión del derecho arrendaticio, transmisión que se produce por una vía distinta de la sucesión *mortis causa* ordinaria del Código Civil. De ahí, los autores pasan a postular, como inmediato corolario, que la sucesión arrendaticia sólo produce la transmisión de la relación arrendaticia, con exclusión de las obligaciones pendientes del anterior arrendatario.

Este planteamiento es insuficiente. Es completamente evidente que la sucesión arrendaticia es, en efecto, una sucesión especial porque, distintamente a la sucesión *mortis causa* ordinaria del Código Civil y de los Derechos civiles autonómicos, tiene por objeto una sola relación jurídica, constituida por el arrendamiento de vivienda y, además, ordena una transmisión a través de un orden imperativo de sucesión. Ambos caracteres separan la sucesión arrendaticia de la ordinaria y le confieren el atributo de la especialidad. Ahora bien, que la sucesión arrendaticia tenga el atributo de la especialidad no propugna de manera inequívoca que el sucesor arrendaticio no deba de tener ninguna relación con el pasivo hereditario. Esto es una cuestión que queda por demostrar.

1.º Para enfocar el tema, no hay que olvidar que la legislación especial arrendaticia no contiene un pronunciamiento legal explícito acerca de la relación de la sucesión arrendaticia con las deudas del causante. Por supuesto que, respecto de las obligaciones arrendaticias surgidas *con posterioridad* a la sucesión, serán sólo los sucesores arrendaticios, y sólo ellos, quienes las asuman, con exclusión absoluta de los sucesores ordinarios. Pero ahora la cuestión es determinar qué ocurre con el conjunto de las obligaciones *pen-*

dientes del causante. Ante ello, la tesis comentada presenta un corolario derivado del carácter de *lex specialis* que tiene la legislación arrendaticia: si la Ley omite toda referencia a cuál deba ser la relación de la sucesión arrendaticia con el pasivo sucesorio, debería de aplicarse el régimen común de la sucesión *mortis causa*. Es decir, precisamente por el margen específico que tiene atribuido toda Ley especial, la especialidad de la sucesión arrendaticia se agotaría con la imposición de un orden de sucesión determinado, pero no iría más allá para imponer, además, un régimen determinado en lo relativo a las deudas del causante. La especialidad de la ley empezaría y terminaría en el orden imperativo de sucesión y nada más. De modo que sería la sucesión *mortis causa* ordinaria la que única que produciría la transmisión del pasivo sucesorio, no la arrendaticia. Lo que significa que serían, pues, los sucesores ordinarios los únicos que deberían de asumir dicho pasivo.

Pero un planteamiento como este es excesivamente formalista, porque no entra en el fondo de la cuestión y se limita a aplicar la norma general (el deber de los sucesores ordinarios respecto del conjunto de las deudas del causante) en defecto de un pronunciamiento explícito de la norma especial (la legislación arrendaticia).

2.º Más allá de consideraciones espiritualistas en torno al estatuto del *sucesor ordinario* como deudor personal del causante (que, por lo demás, han de considerarse superadas), dicho sucesor asume las deudas del causante por la razón básica de que recibe al mismo tiempo sus bienes y derechos. Se trata de una cuestión de puro respeto al crédito del acreedor del causante, que se vería defraudado si las deudas de dicho causante no se transmitiesen por sucesión *mortis causa*. Para ello, la Ley atribuye al sucesor ordinario el deber de pagar esas deudas, pero sin cargarle con la misma posición deudora que tenía el causante, es decir, sin considerarle como un deudor personal en una situación jurídica análoga al causante. Sin perjuicio del deber *ultra vires*, que es una simple opción, el sucesor ordinario asume sólo un papel fundamentalmente liquidatorio. Pero lo asume en la medida suficiente como para no perjudicar los derechos de los acreedores del causante, es decir, hasta donde alcancen los bienes y derechos de la herencia. Puede optar por el deber *ultra vires*, pero la Ley no le obliga a ello. Su deber básico, irrenunciable, es el afrontar las deudas del causante con los bienes y derechos hereditarios, incluidas las deudas consistentes en un hacer o en un no hacer, que se transforman en deudas de dar cosas o bienes de la herencia con valor económico equivalente (33) (34).

(33) La exposición de esta doctrina acerca del deber del sucesor ordinario respecto de las deudas del causante en: ACEBES CORNEJO, «Las obligaciones de hacer y de no hacer en la sucesión *mortis causa*», en *RJN*, núm. 53, 2005.

(34) Usualmente se habla de «responsabilidad» *ultra vires* o *intra vires*. Hasta ahora, también aquí se ha venido empleando esta expresión. Pero, en realidad, repro-

Hasta aquí cuando sólo hay sucesores ordinarios. Pero cuando, además de sucesores ordinarios, hay también *sucesores especiales*, como son los arrendaticios, el derecho de los acreedores del causante a ver respetados sus créditos ha de tener en cuenta no sólo el correlativo deber de los sucesores ordinarios, sino, también, el deber de los sucesores arrendaticios. Si *sólo* hay sucesores ordinarios no cabe otra cosa que sólo ellos asuman las deudas del causante. O éstos se hacen cargo de este pasivo, o ese pasivo desaparece con la muerte del causante. No hay más alternativas. En el caso actual, sin embargo, al lado de los sucesores ordinarios, hay otra clase especial de sucesores. Son los sucesores arrendaticios, encargados de recibir, única y exclusivamente, la relación arrendaticia constituida por el anterior arrendatario. Se trata de una transmisión impuesta excepcionalmente por la Ley a favor de determinadas personas, siguiendo un orden preestablecido y al margen de la sucesión ordinaria. Pero se trata, en definitiva, de una sucesión cuyo objeto es la transmisión de una relación de la que es titular el causante y que, juntamente con los demás bienes y derechos, integra la garantía patrimonial frente a los acreedores. Por tanto, es preciso que los sucesores especiales se constituyan en una alternativa respecto de la asunción de las obligaciones del causante.

6.2. *El derecho arrendaticio como garantía patrimonial de los acreedores*

1.º Llegados a este punto, hay que recordar, para evitar confusiones, que la sucesión arrendaticia tiene por objeto la transmisión de un derecho que tiene un contenido patrimonial. El arrendamiento de vivienda no es un derecho etéreo, desprovisto de un valor objetivo. Al contrario, el arrendamiento de vivienda tiene un peso económico tangible y es susceptible de convertirse en el objeto de un negocio patrimonial. Así, puede transmitirse o bien solo gratuitamente (art. 23 del texto de 1964) o

duce una imprecisión de los Códigos. El sucesor, ante todo, «debe» frente al acreedor del causante y «debe» limitada o ilimitadamente, según acepte o no con beneficio de inventario. Sólo cuando el sucesor incumpla ese deber, se abrirá el capítulo de «responsabilidad» que incluirá también los daños y perjuicios y, además, será siempre universal, independientemente de que haya o no aceptación beneficiaria (cfr. art. 1.911 del Código Civil). El artículo 1.003 reproduce la imprecisión («...quedará el heredero *responsable*...»); también lo hacen Códigos más modernos, como el portugués en su art. 2.071); mientras que el 1023.1 se expresa más correctamente («el heredero no queda *obligado*...»); también, el art. 490.2 del Código italiano, según el cual el sucesor beneficiario «non è tenuto» al pago de las deudas hereditarias más allá de la herencia). Por todo ello, a partir de ahora expresamos la idea más correcta de un «deber» del sucesor.

bien gratuita y onerosamente (art. 8 LAU 94) y, consecuentemente, puede ser objeto de embargo por parte de los acreedores (35) (36).

Pues bien, este dato establece ya una relación entre la sucesión arrendaticia y el pasivo hereditario. La sucesión arrendaticia no crea un derecho que surge *ex novo* en cabeza del arrendatario (37). Al contrario, es un instituto de características netamente transmisivas y su objeto es atribuir un derecho del cual era titular causante mediante un determinado orden de sucesión. Desde este punto de vista, la conclusión es evidente: la sucesión arrendaticia no debe impedir que los acreedores del causante conserven la garantía patrimonial que para ellos constituye el derecho arrendaticio ya en vida de dicho causante.

2.º Esta conclusión es una consecuencia del fundamento último que justifica la transmisión *mortis causa* de obligaciones en todos los sistemas

(35) La sucesión del arrendamiento de vivienda es un hecho imponible a efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones. El artículo 3.1.a) de la Ley reguladora da un concepto extensivo del hecho imponible que incluye «la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o *cualquier otro título sucesorio*». Y en la base del impuesto entran «los bienes de todas clases que hubieran pertenecido al causante de la sucesión...» (art. 11.1.a). Por otra parte, tampoco hay duda que el arrendamiento forma parte de la base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio (cfr. art. 24 de la Ley reguladora). En cuanto a su valoración, hay que emplear el sistema de estimación directa aplicado a los usufructos temporales [arts. 10 y 26.a) y e) de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones].

Por lo demás, ya algunos dieron cuenta del valor económico que obviamente tiene este contrato (vid. FERNÁNDEZ VIVANCOS, «La sucesión *mortis causa* en materia de arrendamientos», en *RGD*, 1951, pág. 580; GÓMEZ REINO, «Un supuesto de sucesión *mortis causa* en el contrato de arrendamiento que la LAU no resuelve», en *RJC*, 1959, pág. 686.

(36) El acreedor puede tener motivaciones reales para adjudicarse directamente el arrendamiento de vivienda, sin necesidad de recurrir a la cesión a un tercero. Siempre pueden mediar razones de economía, de distancia al lugar de trabajo, de salud, etc. Obsérvese, además, que las indicadas razones pueden ser incluso más poderosas que las que pudiera tener un acreedor para adjudicarse el arrendamiento de local de negocio. De acuerdo con el artículo 33.2 del texto del 64, la adjudicación del local le obliga a convertirse en empresario de un determinado negocio al menos durante un año, lo cual puede estar absolutamente fuera de sus pretensiones.

(37) Las personas llamadas por la Ley se convierten en arrendatarias de la *misma* relación que existía en vida del anterior arrendatario. No se trata de una nueva relación que nazca *ex novo* en cabe de los nuevos arrendatarios. La relación arrendaticia no se extingue con la muerte del anterior arrendatario para dar vida, *ipso iure*, a una relación nueva. Al contrario, la relación antigua sigue vigente y es la que se transmite por la sucesión especial establecida por la Ley. Los sucesores se «subrogan» en la relación arrendaticia y ésta sigue teniendo los mismos derechos y obligaciones que el arrendatario fallecido. Esta conclusión parece inevitable. La renta que tienen que pagar los nuevos arrendatarios sigue siendo la misma; el término de duración establecido en vida del anterior arrendatario sigue estando vigente; el derecho de prórroga puede ejercitarse por el tiempo legal que reste en el momento del fallecimiento, pero no surge uno nuevo (en la LAU 94); no es necesaria la prestación de una nueva fianza a cargo de los nuevos arrendatarios, puesto que el arrendador continua en posesión de la constituida por el anterior arrendatario. Y, en fin, la relación arrendaticia, una vez transmitida a los sucesores, va a poder resolverse o anularse por hechos acontecidos en vida del causante, puesto que la sucesión arrendaticia no purga estos hechos.

jurídicos, que no es otro que la protección del crédito ante el fallecimiento del deudor, como ha quedado referido más arriba.

Superados ya los primitivos estadios donde, acaso, podría haber prevalecido una hipotética intransmisibilidad *mortis causa* de deudas, ningún Ordenamiento deja hoy desprotegido al acreedor ante el fallecimiento del deudor. El crédito del acreedor, obviamente, no se extingue; al contrario, el crédito subsiste, como no podría ser de otro modo. Y para ello, el Derecho impone al sucesor el deber infranqueable de asumir las deudas del causante con los bienes y derechos que se reciben por sucesión, y sin perjuicio, además, del deber *ultra vires*. Como contrapartida al hecho del fallecimiento del deudor originario, se impone al sucesor, al menos, la obligación de asumir de las deudas del causante con los bienes y derechos que este transmite. Todo sucesor ha de ofrecer a los acreedores hereditarios, al menos, la misma garantía patrimonial que ofrece el causante en vida, garantía que está constituida por todos los bienes y derechos recibidos por sucesión. Este principio tiene, además, vigencia más allá de la sucesión *mortis causa*, porque rige también en los actos *inter vivos* donde una transmisión de bienes y derechos a título gratuito por parte del deudor puede poner en peligro el crédito de los acreedores del *tradens* (cfr. arts. 643, párrafo 2.º y 1.297, párrafo 1.º del Código Civil y 37.4.º LH). En resumen, existe un principio, con reflejo en Derecho positivo, según el cual los bienes y derechos transmitidos por un título gratuito, bien por actos *inter vivos* o *mortis causa*, están afectos al cumplimiento de las obligaciones del transmitente en la medida de que la transmisión pueda perjudicar a los acreedores. No se trata de una afección real, lógicamente, pero establecen la medida legal mínima de la obligación a la que queda vinculado el adquirente, sea el sucesor *mortis causa* o adquirente por actos *inter vivos*.

La sucesión arrendaticia no escapa a este principio. Es evidente que cualquiera que sea el rango que se quiera atribuir a la especialidad de esta sucesión, sigue teniendo como efecto atribuir a los sucesores arrendaticios un derecho que, en vida del causante, actúa como garantía patrimonial del cumplimiento de sus obligaciones. Un derecho, en suma, susceptible de valoración económica. Así pues, hay que concluir que la sucesión arrendaticia, aunque sea especial, no impide que el sucesor arrendaticio deba afrontar las obligaciones del causante, al menos, hasta el límite que representa el propio derecho arrendaticio, que es, justamente, lo recibido por sucesión. Del mismo modo que los sucesores ordinarios asumen las deudas del causante porque reciben también sus bienes y derechos, sin perjuicio de la opción por el deber *ultra vires* (que es una facultad, no una imposición), los sucesores arrendaticios deben de asumirlas también porque reciben del causante un derecho económicamente evaluable. Y, claro está, no sólo deben de asumir las deudas pendientes procedentes de la relación arrendaticia, sino que, llanamente, deben de asumir el conjunto de las obligaciones del causante.

3.º Sentado lo anterior, la única objeción que, en teoría, podría impedir ese deber mínimo del sucesor arrendatario, consistiría en dotar al derecho arrendatario de un estatuto especialísimo de derecho inalienable; en tal caso, ningún deber tendría el sucesor arrendatario, puesto que nada podría ofrecer a los acreedores. Sin embargo, tal objeción no es tal, porque el arrendamiento de vivienda ni es un derecho inalienable ni tampoco un bien inembargable. No lo es en vida del causante y tampoco lo es después de la sucesión. Ya hemos dicho que el arrendamiento de vivienda es un derecho transmisible (arts. 8 LAU 94 y 23 del texto de 1964). Pero es que, además, es un bien embargable (38).

El embargo del arrendamiento tiene unos efectos análogos a los de una cesión del mismo. No se asimila a una cesión voluntaria del arrendamiento, sino de una cesión de naturaleza solutoria instada por el acreedor, pero el efecto es el mismo que aquélla: producir un cambio en la titularidad del arrendamiento. A partir de esta analogía entre embargo y cesión, parece que el arrendador debería de consentir el embargo (de nuevo, arts. 8 LAU 94 y 23 del texto de 1964). Pero, en cualquier caso, sea o no necesario ese consentimiento del arrendador, lo cierto es que el embargo es posible (39). En la LEC el arrendamiento de vivienda no se encuentra entre la lista de bienes inembargables del ejecutado (art. 606). Y la posibilidad de considerar al arrendamiento de vivienda como uno de los bienes «absolutamente inembargables» que cifra el artículo 605 es inviable. Dicho precepto no contiene una lista tasada, sino cuatro supuestos genéricos en los que no encaja el arrendamiento. En efecto, el arrendamiento de vivienda ni es uno de los bienes «declarados inalienables» por la Ley; ni es, obviamente, una clase entre los «derechos accesorios»; ni carece de «contenido patrimonial»; ni, por supuesto, es uno de los «bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal».

4.º Establecido, pues, que, por simple aplicación de los principios sobre transmisión de deudas, ya por actos *inter vivos* o *mortis causa*, el sucesor arrendatario tiene un deber frente a las obligaciones del causante y que este deber alcanza, cuando menos, hasta donde llegue el derecho arrendatario, sólo resta por examinar los caracteres de este deber. En concreto, hay que examinar:

A) Si se trata de un deber equivalente al de los sucesores ordinarios, deber que, como se ha dicho es, en nuestro Derecho, de corte *liquidatorio* y no obliga a dichos sucesores más que a afrontar las deudas del causante con los bienes y derechos recibidos por sucesión, incluidas las obligaciones de

(38) Cuando el acreedor es el arrendador, no cabe hablar, lógicamente, de inembargabilidad del arrendamiento, puesto que la falta de pago de deudas arrendatarias da lugar al desahucio y éste podrá entablarse con independencia de si el titular del arrendamiento es el arrendatario original o los sucesores arrendatarios.

(39) Con excepción, hipotética, de los arrendamientos sometidos al texto de 1964, si se entendiese que el embargo, en cuanto cambio de titularidad con efectos solutorios, se asimila a una cesión onerosa, prohibida en estos arrendamientos.

hacer y de no hacer (que se convierten en deudas de dar el valor equivalente), sin perjuicio de la opción facultativa por el deber *ultra vires*.

B) O, si, distintamente, puede elevarse a un deber equivalente a que tenía el causante, es decir, a un deber *personal* que atribuya al sucesor arrendaticio una posición jurídica análoga a la de dicho causante (en cuyo caso, estarían personalmente obligados, como lo estaba el causante, a ejecutar *in natura* incluso las obligaciones de hacer y de no hacer).

Hay una teoría que intenta responder a esta cuestión.

7. LA TESIS DEL DEBER EXCLUSIVO DE LOS SUCESORES ESPECIALES

Esta teoría va más allá de atribuir al sucesor arrendaticio una posición liquidatoria. Así, no se conforma con que la sucesión arrendaticia preserve la garantía patrimonial mínima que constituye el derecho arrendaticio de cara a los acreedores del causante, sino que parece atribuir al sucesor la condición de un deudor *personal*, al menos respecto de las obligaciones arrendaticias pendientes en la época de la sucesión. Al igual que la tesis examinada en los anteriores epígrafes, se vuelve a sostener aquí que la relación arrendaticia se transmite por una vía sucesoria especial, distinta de la ordinaria. Pero se concluye que esa vía sucesoria especial incluye también a las deudas pendientes, no tan sólo a la relación arrendaticia estrictamente considerada (40).

La argumentación básica de esta tesis se debe a VALCARCE, a propósito de la LAU 46. Dicho autor, a propósito de la legislación especial de arrendamientos anterior a la LAU 46, consideraba a la sucesión arrendaticia como una expresión de la doctrina de los patrimonios separados en virtud de la cual el arrendamiento se transmitía por un cauce sucesorio distinto del ordinario. De acuerdo con ello, concluía que el deber por deudas arrendaticias correspondía a los sucesores especiales quienes, además, no tenían posibilidad de limitarlo mediante aceptación a beneficio de inventario (41). Posteriormente,

(40) La tesis, pues, guarda un evidente parentesco con la del *BGB*, en cuanto que ambas atribuyen al sucesor la condición de verdadero deudor. Ahora bien, hay que aclarar que los autores que sostienen esta tesis en ningún momento citan o refieren la germana.

(41) «Aquí no tiene aplicación el principio de la sucesión de derechos (traslativa) del ordenamiento civil *común* (arts. 657, 659 y 661 del Código Civil), porque una norma *especial* lo deroga y determina otro derrotero, acorde asimismo con el de transmisibilidad de los derechos y las obligaciones (art. 1.112 del Código Civil). Resplandece la teoría de los patrimonios separados: el *general*, sin fin específico, y el *particular*, con finalidad determinada, que lo caracteriza *objetivamente*, con diverso tracto sucesorio resultante de su carácter. No debe de sorprender la división de la herencia en masas diferenciadas al efecto de atribución patrimonial a los herederos, en razón de hallarse prede-terminadas en vida del causante a su propio y exclusivo destino económico. Se rompe el

ya con la LAU 46 en vigor, el mismo autor volvía de nuevo sobre el tema y añadía nuevos argumentos: «El pago de la merced arrendaticia vencida al fallecimiento del inquilino, ¿obliga, como deuda hereditaria, a todos sus herederos a título universal, o debe ser carga del beneficiario? Con un criterio simplista, la primera hipótesis parece que tiene apoyo legal: los acreedores, hecha o no la partición, podrán exigir el pago de sus créditos por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario (art. 1.084 del Código Civil). Pero si se observa que se contempla un caso de sucesión singular (en una concreta relación jurídica); que esta relación dada sólo aprovecha al sucesor, sea o no heredero del inquilino por derecho común, parece también más justo que éste soporte con su patrimonio la prestación en descubierto: *eius commoda, eius damna*. En la misma fórmula legal del artículo 71 podemos hallar otro argumento a favor, porque al declarar subsistente el contrato con el titular fallecido, sin necesidad de concluirlo de nuevo con el beneficiario de la prórroga, debe entenderse que perdura el vínculo principal con el accesorio de la fianza, que pasa, por tanto, a ser propiedad del que advino arrendatario (art. 135). Resultaría, pues, un contrasentido el que apropiándose la cantidad invertida en fianza, afecta especialmente al cumplimiento de las obligaciones del arrendamiento por el lado del inquilino, se esquivase su exacta exacción al amparo del derecho común cuando a la vez el especial transfiere medios económicos para solventarlas» (cursiva del autor) (42).

sistema *romano* de la sucesión *mortis causa* en el *universum ius* con el fraccionamiento en cuotas ideales, y se hacen concesiones al sistema *germano* al prescindir de la contemplación unitaria de la herencia, atento a las cualidades de las cosas, que recaerán en manos necesitadas de ellas».

Líneas más abajo aplica esta interpretación a la sucesión en las deudas arrendaticias: «Entendemos que el sucesor *especial mortis causa* a que nos referimos, por el simple hecho de su configuración jurídica, asume también las deudas de su causante en conexión con el arrendamiento (pago de alquileres atrasados, por ejemplo); sin que pueda eximirlo el beneficio de inventario, porque gozó asimismo de la cosa arrendada en tiempo anterior, y resultaría inícua otra tesis en cuanto los herederos *comunes* se viesen obligados al pago de dichas deudas para mantener una situación posesoria que nada les interesa. Debe imperar igualmente el *sistema germano*: no se satisfacen créditos si no hay activo, que notoriamente no se da en estos últimos al prescindirse del bien en las operaciones participacionales» («El beneficio de prórroga no se transmite al heredero del inquilino cuando no habitara con el causante el local destinado a vivienda», en *Revista de Derecho Procesal* 1945, pág. 630; cursiva del autor).

Esta consideración de la sucesión arrendaticia como una representación práctica de la doctrina de los patrimonios separados, con su aplicación a la sucesión de las deudas arrendaticias pendientes, es aceptada por SERRANO GARCÍA. Este autor estudia la reserva del artículo 811 del Código Civil, pero examina previamente algunos aspectos de ciertas sucesiones especiales que estima vinculados con la citada reserva (*La reserva troncal del art. 811 del Código Civil*, Barcelona, 1991, pág. 111 y sigs.).

(42) «Sucesión arrendaticia urbana», en *Revista de Derecho Procesal*, 1947, págs. 636-637.

Algunos de los autores que posteriormente se han sumado a esta tesis, han efectuado algunas precisiones adicionales:

A) Se ha indicado que el deber exclusivo de los sucesores especiales no obsta a que el arrendador pueda dirigirse, en su caso, contra los sucesores ordinarios para exigirles el pago de rentas debidas por el arrendatario fallecido. Pero en tal caso, tales sucesores ordinarios tendrían una acción de reembolso frente a los sucesores arrendaticios, dado que son éstos quienes finalmente han de soportar las deudas ligadas al arrendamiento. Esta ampliación de la legitimación pasiva a determinados sucesores se articula como respuesta para no perjudicar la posición del arrendador (43).

B) También se ha señalado que en caso de inexistencia de sucesores especiales las deudas arrendaticias pendientes adquieren la condición de hereditarias, correspondiendo el deber de pagarlas a los sucesores ordinarios (44) (45).

(43) Según RODRÍGUEZ CEPEDA, «nada dice la Ley acerca de la responsabilidad de las rentas anteriores, no pagadas en vida por el arrendatario fallecido. En principio sería posible sostener que, siempre que no estén purgadas por la prescripción quinquenal del artículo 1966.2.^ª del Código Civil, se trata de deudas ordinarias de la herencia que afectan por tanto a todos los herederos del arrendatario conforme a las reglas generales de la aceptación de la herencia, pura y simplemente o a beneficio de inventario. Sin embargo, me inclino a entender que, tratándose de deudas devengadas por el mantenimiento de una relación jurídica, aun con otro sujeto de imputación (el subrogado) deben recaer sobre éste tales rentas impagadas por su causante particular en dicha relación arrendaticia. Ésta debe ser la consecuencia natural de la continuidad del arrendamiento. Sería absurdo que el subrogado pretendiera asumir lo bueno —continuar en el arrendamiento en las condiciones favorables (si no fueran favorables, con renunciar a la subrogación le basta) pactadas por el arrendatario— y rechazar lo malo, que es el pago de las rentas pendientes. Más en cualquier caso debe quedar claro que esta interpretación no debe mermar los derechos del arrendador a cobrar las rentas también de los herederos del arrendatario conforme a las reglas generales. En caso de pago de los herederos no subrogados, nacerá a su favor un derecho de reclamación contra el subrogado como obligado preferente» (*El nuevo arrendamiento urbano. Régimen civil y registral*, dir. por Pau PEDRÓN, Madrid, 1996, págs. 160-161).

También se inscribe en esta línea GARCÍA RUBIO. La autora estudia la posibilidad de configurar a la sucesión del artículo 58 del texto de 1964 como un supuesto de legado *legal*, lo cual rechaza por creer, entre otras razones, que los sucesores arrendaticios deben las deudas pendientes derivadas del arrendamiento. Y que este deber no es el deber subsidiario y limitado, típico de los legatarios. Ello no le impide admitir, al igual que RODRÍGUEZ CEPEDA, que los herederos ordinarios responden frente al arrendador, sin perjuicio de que puedan repetir lo pagado contra los sucesores arrendaticios (*La distribución de toda la herencia en legados*, Madrid, 1989, págs. 123-124).

(44) SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 112.

(45) Aunque los autores que defienden esta tesis no lo dicen expresamente, se deduce, sin embargo, que el deber que atribuyen al sucesor especial sólo alcanza a las deudas arrendaticias, pero no al conjunto de las deudas del causante, sean o no arrendaticias. A ello conduce, en primer lugar, la consideración de la sucesión arrendaticia como una expresión de la doctrina de los patrimonios separados, en virtud de la cual dicha sucesión sólo abarca la relación arrendaticia con sus deudas pendientes, pero no las demás

8. ANÁLISIS DE ESTA TESIS

La tesis va más allá que la solución del *BGB*. Ya se vio que, en el Código alemán, el sucesor arrendaticio es, como los sucesores ordinarios, un verdadero deudor (o un deudor personal en la misma posición del causante); pero, en las relaciones internas entre ambas clases de sucesores, el deber del sucesor arrendaticio es sólo instrumental, ya que son los sucesores ordinarios quienes, en última instancia, se hacen cargo de todas las obligaciones del causante. Diversamente, en la tesis comentada hay una transmisión integral de la relación arrendaticia que comprende todo el pasivo, anterior y posterior a la sucesión y parece atribuir al sucesor la condición de un deudor personal. Frente al arrendador, el derecho arrendaticio no se pone como referencia mínima del deber del sucesor arrendaticio. Y todo ello se justifica en base a un argumento de utilidad (*eius commoda, eius damna*) revestido de algún tecnicismo (la sucesión arrendaticia como patrimonio separado).

Las conclusiones que ofrece esta tesis no resultan convincentes, ya que adjudica al sucesor arrendaticio una posición deudora más gravosa de la que corresponde al sucesor ordinario. Y eso necesitaría un pronunciamiento más bien explícito de Ley, ya que con ello se agudiza el deber de los sucesores arrendaticios frente a las deudas del causante en relación al que ya tienen establecido los sucesores ordinarios. Se ha dicho ya que los sucesores ordinarios asumen las obligaciones del causante en base a un estatuto básicamente liquidatorio, no como deudores personales situados en una posición jurídica análoga a la del causante. De modo que no cabe tener a los sucesores arrendaticios por algo que ni siquiera son los sucesores ordinarios. Sólo un pronunciamiento legal expreso, quizá de un tenor parecido al del *BGB*, podría alterar este estado de cosas. Pero falta ese pronunciamiento y no cabe analogía *in malam partem* (46).

relaciones de que sea titular el causante, ni, por tanto, las demás deudas pendientes. Y, en segundo lugar, el argumento consistente en atribuir el pago de las rentas pendientes a quien disfruta del arrendamiento, el sucesor especial, y no a los sucesores ordinarios, cuyo uso y disfrute les es ajeno. De acuerdo con este argumento, todas las deudas no arrendaticias resultarían ajenas al sucesor especial, quien no debería de responder por ellas.

(46) Atribuir a los sucesores arrendaticios el estatuto de deudores personales, en posición análoga a la del causante, sería inconveniente incluso aunque se aceptase que el deber de los sucesores ordinarios es precisamente de esa clase. Frente a la sucesión ordinaria, la sucesión arrendaticia se ordena por imperio de la Ley, con omisión absoluta de los deseos del causante. De manera general, sólo se tienen en cuenta los intereses de los sucesores, intereses que la Ley objetiva mediante el establecimiento de un orden de sucesión de determinado. Por otro lado, la sucesión especial sólo tiene por objetivo transmitir un derecho concreto del fallecido, el arrendamiento. No se trata en absoluto de una sucesión universal, sino de una sucesión legal a título singular, sobre un derecho determinado. En resumen, la finalidad de la Ley, al establecer una sucesión arrendaticia es, simplemente, convertir en nuevos arrendatarios a las personas en quienes se presume un

Por lo demás, tampoco convence el argumento de fondo en que se apoya la tesis comentada, según el cual los sucesores ordinarios no deben de asumir el pasivo arrendaticio anterior al fallecimiento del causante porque ellos no van a disfrutar del arrendamiento (*eius commoda, eius damna*). Este argumento desconoce la naturaleza y los efectos de la transmisión de las obligaciones del causante por sucesión *mortis causa* ordinaria.

Ya se ha dicho que los sucesores ordinarios no tienen el estatuto deudor del causante, puesto que, básicamente, son liquidadores. Ahora bien, aunque su deber frente a las deudas del causante corresponda a un estatuto liquidador, siguen estando obligados a cumplir las obligaciones de su causante (y sin perjuicio, de nuevo, de la opción por el deber *ultra vires*). La transmisión de deudas por sucesión *mortis causa* ordinaria se caracteriza por su universalidad (arts. 659 y 661 del Código Civil, 1 párrafo 1.º del Código de Sucesiones catalán y 7.1 de la Ley de Sucesiones aragonesa), que abarca hasta las deudas de hacer o no hacer (aunque el estatuto liquidatorio del sucesor las transforme en obligaciones de dar su valor equivalente). En virtud de esta universalidad, los sucesores no solamente están obligados a cumplir aquellas obligaciones que deriven de relaciones jurídicas bilaterales donde las contraprestaciones del acreedor aprovechen beneficiosamente a los sucesores. Con excepción de las obligaciones *intuitu personae*, los sucesores están obligados a cumplir todas las obligaciones del causante, y ello con independencia de si les aprovechan o no. Si, por ejemplo, el causante pidió un préstamo y se lo gastó antes de fallecer, sus sucesores están obligados a su devolución. Y si el causante se obligó a donar algo, los sucesores están obligados a entregar la cosa donada. Ello, aunque haya aceptación con beneficio de inventario, puesto que el deber *intra vires*, propio de tal aceptación, sólo les pone a salvo de las hipótesis de *hereditas damnosa*. Y, aún en tal caso, las obligaciones del causante siguen vigentes hasta donde alcance la herencia, aunque no proporcionen beneficio alguno a los sucesores.

Siendo así, carece entonces de sentido la pretensión de librar a los sucesores *ordinarios* de las obligaciones arrendaticias anteriores a la sucesión. Es cierto que estas obligaciones pueden resultarles ajenas, pero no más que otras que, con toda seguridad, sí deban de pagar por su sola condición de sucesores, no obstante no aprovecharles en absoluto, como ocurre en los ejemplos citados.

especial interés en ocupar la vivienda. No hay una transmisión en bloque de bienes, derechos y obligaciones que esté ordenada por la voluntad del causante y en donde primen los intereses privados de dicho causante. La sucesión arrendaticia, distintamente a la del Código Civil, sólo es una transmisión de un derecho determinado en donde los únicos intereses que priman son los sucesores, excepcionalmente objetivados por la Ley hasta convertirse en un interés público (el acceso a la vivienda). No existen, pues, analogías sustanciales entre la sucesión ordinaria y la sucesión ordinaria.

9. CONCLUSIÓN

Queda establecido, por tanto, que los sucesores ordinarios y los sucesores arrendaticios asumen las deudas del causante. Y, también, que los sucesores arrendaticios sólo pueden asumirlas, como máximo, en base a un estatuto básicamente liquidatorio, que es el que tienen los sucesores ordinarios. Porque, a falta de pronunciamiento legal expreso, no es posible atribuir a los sucesores arrendaticios una posición deudora más gravosa de la que tienen establecida los sucesores ordinarios. En suma, la sucesión arrendaticia no trae un sucesor obligado como un deudor verdadero (o personal) respecto de las obligaciones del causante, porque no tampoco son verdaderos deudores los sucesores ordinarios. Ahora bien, por imperio del principio de transmisión *mortis causa* de deudas es preciso preservar la garantía patrimonial que para los acreedores del causante significa el derecho arrendaticio, que es un bien económicamente tangible; lo que significa que el sucesor arrendaticio deberá de afrontar las obligaciones del causante hasta el límite del propio derecho arrendaticio.

Para que esto no fuese así, se precisaría, a nuestro juicio, una declaración más o menos explícita en contra, que, por lo demás, no existe en la legislación arrendaticia. Pero es que además, si, por hipótesis, tal declaración existiese, la misma estaría rodeada de todos los parámetros de la excepcionalidad, puesto que vendría a reducir la garantía patrimonial ordinaria del crédito en beneficio del derecho del arrendatario, lo que no tendría fácil justificación.

En ausencia de esa declaración, se impone, en definitiva, la razón que justifica, como última *ratio*, todo sistema de transmisión *mortis causa* de deudas (y, por extensión, toda transmisión de bienes y derechos a título gratuito). Con el fallecimiento del deudor, sus obligaciones no se extinguen, sino que se transmiten a los sucesores en razón de un argumento primario, que es, justamente, la propia transmisión de bienes y derechos del causante a los sucesores. Este es el último bastión de todo sistema sobre transmisión *mortis causa* de deudas. A partir de aquí, el Derecho puede añadir el *plus* diferencial que significa la opción por el deber *ultra vires*, en virtud de la cual el sucesor se autoimpone un deber que va más allá del que le marca la Ley. Este es el caso del Código Civil y del Código de sucesiones catalán. Pero, se autoimponga o no el deber *ultra vires*, lo que ya no puede evitar es asumir las deudas del causante, como mínimo, bajo un estatuto de corte liquidatorio y por el solo hecho de convertirse en sucesor. Ese estatuto liquidatorio es un deber infranqueable. Lo que significa que todos los bienes y derechos del causante deben de seguir actuando como garantía patrimonial de los acreedores, entre los que está incluido el derecho arrendaticio. Se trata de un principio que no se restringe a los supuestos de la sucesión *mortis causa* ordinaria del Código Civil; al contrario, rige con carácter universal

para toda transmisión a título gratuito, ya por actos *inter vivos* o *mortis causa* (cfr. arts. 643, párrafo 2.º y 1.297, párrafo 1.º del Código Civil y 37.4.º LH).

Así pues, el estatuto liquidatorio del sucesor arrendaticio puede sintetizarse como sigue:

1.º El sucesor arrendaticio debe de asumir las deudas del causante, y lo debe de hacer limitándose a ofrecer en pago de las deudas del causante única y exclusivamente, lo que ha recibido por sucesión, que es el propio arrendamiento. Este es el tipo de deber mínimo que le corresponde al sucesor arrendaticio frente a los acreedores del causante, por imperativo del principio que inspira toda transmisión *mortis causa* de deudas. El sucesor arrendaticio ha de afrontar las deudas del arrendatario fallecido con lo único que ha recibido en la sucesión, el arrendamiento, sin que los acreedores le puedan pedir más. El deber del sucesor arrendaticio se resume, por tanto, a un cumplimiento por equivalencia restringido a la *cesión* del derecho arrendaticio, cualquiera que sea la especie de la obligación del causante, si de dar, hacer o de no hacer. Quede claro, por lo demás, que este es el estricto deber que le corresponde por razón de ser sólo y exclusivamente sucesor arrendaticio. Porque si ostentase, además, la condición de sucesor ordinario, su deber sería el que corresponde a éste, que es más intenso y absorbe al *estrictamente* liquidador del sucesor arrendaticio.

Cuando se trata de deudas de dar, el sucesor arrendaticio, si sólo detenta esta condición y no es, al mismo tiempo, sucesor ordinario, no está obligado ni a dar la cosa debida ni tampoco a dar su valor equivalente hasta donde alcance el valor del arrendamiento, si para todo ello ha de poner bienes de su propio patrimonio. Su deber está estrictamente restringido a ofrecer el arrendamiento, que es lo mismo que ofrecer su cesión contractual o, en otros términos, lo mismo que abandonar el arrendamiento a los acreedores para que satisfagan con él sus créditos. Es, pues, un deber inferior al que tiene el sucesor ordinario, que, a diferencia de lo ocurrido en el Código francés (art. 802.1) y el italiano (art. 507), carece de la facultad de abandonar los bienes de la herencia a los acreedores y, por tanto, está obligado a emplear los bienes de la herencia para obtener lo que haya de darse al acreedor del causante (sin perjuicio, una vez más del deber *ultra vires*) (47).

Cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer, el sucesor arrendaticio *no* queda obligado a cumplir *in natura* con las deudas transmisibles de hacer y de no hacer. Como ya se dicho, no lo están ni los propios sucesores ordinarios, quienes ven transformadas las obligaciones de hacer y de no

(47) Nótese que la facultad de abandonar los bienes a los acreedores ni siquiera forma parte del estatuto deudor de liquidadores natos, como son los administradores del concurso, una de cuyas misiones principales es realizar los bienes del deudor concursado, no abandonarlos a los acreedores.

hacer en simples obligaciones de dar bienes o derechos por el *id quod interest*. Aquí, el matiz diferencial entre el deber de unos sucesores y otros, está, de nuevo, en que los sucesores ordinarios no tienen la facultad de abandonar los bienes de la herencia a los acreedores, aunque sean portadores de créditos consistentes en un *facere* o un *non facere*, sino que están obligados a dar su valor equivalente en dinero, realizando los bienes hereditarios si es preciso (o los suyos propios, en su caso, si existe el deber *ultra vires*) (48).

La efectividad del deber del sucesor arrendatario está, además, condicionada a que el arrendador preste su consentimiento a la cesión del arrendamiento (o al embargo, en su caso). Si el arrendador no consiente la cesión del arrendamiento en favor del acreedor (o, al menos, no lo hace abusivamente), dicho acreedor no puede pedir nada más al sucesor arrendatario. Por lo demás, se trata de un deber subsidiario en relación al de los sucesores ordinarios. No existe en nuestro Derecho una norma como la ya citada del § 563a, párrafo 3 del *BGB*, que sitúa al sucesor en primera línea frente a los acreedores del causante (sin perjuicio de poder repetir posteriormente contra los sucesores ordinarios). De modo que, por tratarse de una sucesión a título singular sobre un derecho determinado como es el arrendamiento, parece conveniente establecer aquí una analogía con el deber de los legatarios respecto de las obligaciones del causante que, además de estar limitado al legado (*cum viribus*), es subsidiario respecto al de los herederos (art. 1.029 del Código Civil) (49).

2.º Cuando el acreedor del causante es el arrendador, el estatuto liquidatorio del sucesor respecto de las deudas del causante va a resultar, a la postre, insustancial para el arrendador. Si el causante deja deudas arrendatarias, el arrendador sólo va a poder dirigirse contra los sucesores ordinarios, con independencia de cuales sean tales deudas arrendatarias, ya de dar, hacer o de no de hacer (50). Evidentemente, todo esto no significa que la sucesión

(48) Vid. ACEBES, *op. cit.*, pág. 87.

(49) Acerca del deber del legatario, vid. VALLET, *Panorama de Derecho de Sucesiones*, II, Madrid, 1984, pág. 551; DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1990, pág. 21, y también en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, págs. 2551-2552; LÓPEZ CONTRERAS, «La responsabilidad *ultra vires* e *intra vires* en la herencia y en los legados», en *Estudios de Derecho Privado*, dir. por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, Madrid, 1965, págs. 440-443; LÓPEZ JACOISTE, «El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio», en *RGL*, 1958, págs. 527-528; GARCÍA BAÑÓN, *El beneficio de separación*, Navarra, 1962, págs. 153-154; CRISTÓBAL MONTES, *Estudios de Derecho de Sucesiones*, Zaragoza, 1987, págs. 196 y 263; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, págs. 380-383; RUIZ SERRAMALERA, *Derecho de Sucesiones*, I, Madrid, 1987, pág. 15; OSSORIO MORALES, *Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1957, págs. 357-358; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*, I, Madrid, 1989, pág. 21.

(50) La posición del arrendatario de vivienda también puede tener atribuidas obligaciones arrendatarias de hacer. Así, por ejemplo, el supuesto en que el antiguo arrendatario, mientras todavía vive, realiza obras de adaptación en la vivienda por su condición de mi-

arrendaticia provoque una disminución en las garantías patrimoniales del arrendador, en contra del principio de transmisión *mortis causa* de las obligaciones. Sus garantías patrimoniales se mantienen inalteradas, porque, ya en vida del causante, el derecho arrendaticio tampoco forma parte de tales garantías de cara al arrendador. Lo que integra estas garantías es el patrimonio del arrendatario, cuya consistencia es, precisamente, la que sostiene el derecho arrendaticio.

Así pues, si los sucesores ordinarios no satisfacen las deudas arrendaticias del causante, la vía que le queda al arrendador es instar directamente el desahucio, porque no puede obligar a nada más a los sucesores arrendaticios. Estos, por su condición liquidadores estrictos, sólo están obligados a ofrecer el arrendamiento a los acreedores, lo que carece totalmente de sentido para el arrendador. Evidentemente, los sucesores arrendaticios pueden cumplir lo que se deba por causa del arrendatario fallecido, pero si lo hacen será de manera espontánea, para evitar el desahucio (51).

B) LA SUCESIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS DISTINTOS DEL DE VIVIENDA

10. NATURALEZA DE LA SUCESIÓN DEL ARRENDAMIENTO DISTINTOS DEL DE VIVIENDA

En la actualidad, la sucesión de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda está regulada en el artículo 33 LAU 94 (para los contratos posteriores a su entrada en vigor), en la Disposición Transitoria 3.^a de esta misma Ley (para los contratos anteriores al decreto *Boyer* de 1985) y en el artículo 60 del Texto Refundido de 1964 (para los contratos pactados entre el decreto *Boyer* y la LAU 94). En ninguna de estas normas se establece disposición alguna relativa al pasivo sucesorio del arrendatario fallecido (52). Por ello, la investiga-

nusválido y, posteriormente, se rehabilita. Si a su muerte, no obstante haberse rehabilitado, no ha retirado las adaptaciones que realizó en su día, la obligación de retirarlas pasará a los sucesores, de manera que, cuando el contrato finalice, la vivienda deberá ser entregada al arrendador libre de ellas.

(51) Fuera de estos casos, lo máximo que el arrendador va a poder obtener de los sucesores arrendaticios, por excepción, es intentar negociar una hipotética cesión onerosa del arrendamiento a un tercero, al objeto de destinar el importe de la cesión al pago de sus créditos (y ello sólo en los arrendamientos posteriores a la LAU 94, puesto que en los anteriores está prohibida la cesión onerosa, ex art. 23 del Texto Refundido).

(52) Los antecedentes legislativos tampoco realizan ningún pronunciamiento al respecto:

1.º) Respecto a la legislación anterior a la LAU 46, vid., *supra*, nota 3.

2.º) En la LAU 46, dicha sucesión regulada en el artículo 73: «Por el mero hecho de la muerte del arrendatario del local de negocio ocurrido bajo la vigencia del contrato,

ción acerca del régimen de dicho pasivo ha de plantearse en los mismos términos en que lo hemos hecho para la sucesión de los arrendamientos de vivienda. Es decir, lo primero que hay que determinar es si la legislación especial arrendaticia establece o no una clase especial de sucesores *mortis causa*, distintos de los sucesores ordinarios. Porque en el caso de que sí estableciese esa clase especial de sucesores habría que rechazar su sometimiento automático al deber por deudas del causante correspondiente a la sucesión *mortis causa* ordinaria. En esta hipótesis, el deber de los sucesores arrendaticios por deudas hereditarias sería de distinta naturaleza respecto del deber de los sucesores ordinarios y sería preciso replantearse la cuestión desde su base.

Salvo en la sucesión de la Disposición Transitoria 3.^a LAU 94, este planteamiento no va a ser, sin embargo, necesario, ya que, según se explica seguidamente, la legislación especial conforma básicamente una sucesión *mortis causa* ordinaria para los arrendamientos distintos de los de vivienda regulados por los artículos 33 LAU 94 y 60 del Texto Refundido de 1964. Esto es así porque, a diferencia de la sucesión de los arrendamientos de vivienda, la sucesión establecida en esos preceptos no establece ningún orden de sucesión especial en favor de determinadas personas, por lo que la transmisión del arrendamiento distinto del de vivienda puede ser dispuesta por el propio arrendatario mediante el cauce ordinario de la sucesión testada y, en su defecto, mediante el propio Código Civil o el Derecho Foral mediante la sucesión intestada.

10.1. *Alusión al Derecho comparado*

1.º *Derecho alemán.* Al contrario que en la sucesión de arrendamiento de vivienda, la de los arrendamientos de local no está sometida a un régimen especial, regulándose por el § 580 *BGB*, el cual se limita a establecer la facultad de denuncia de los sucesores y del arrendador que es propia de los arrendamientos ordinarios (*Mietverhältnisse über andere Sachen*) (53). No

podrá advenir arrendatario el heredero; y a falta de éste o de su deseo de continuar el arrendamiento, el socio, aun en el supuesto de una sociedad civil. De igual beneficio disfrutarán las entidades españolas que absorban los negocios de sociedades extranjeras domiciliadas en España».

3.º) El artículo 60 de la LAU 56 sólo difiere del artículo 60 del texto de 1964 en que este último introduce de manera expresa la limitación de sucesiones.

4.º) Por su parte, los Decretos-leyes de 30 de diciembre de 1944 y de 14 de septiembre de 1956, así como los Decretos de 6 de marzo de 1953 y de 28 de septiembre de 1956, ni siquiera contenían disposiciones relativas a la sucesión de los arrendamientos de local.

Tampoco las Exposiciones de Motivos contienen ninguna alusión a nuestro problema.

(53) § 580: «Stirbt der Mieter, so ist sowohl der Erbe als auch der Vermieter berechtigt, das Mietverhältnis innerhalb eines Monats, nachdem sie vom Tod des Mieters Kenntnis erlangt haben, außerordentlich mit der gesetzlichen Frist zu kündigen».

existe, pues, especialidad en la sucesión de arrendamientos de local en el Derecho alemán, rigiéndose por las normas comunes del Derecho sucesorio.

2.º *Derecho francés.* En Francia, los arrendamientos de local están regulados en los artículos 145-1 y siguientes del *Code de commerce*, complementado con un Decreto de 30 de septiembre de 1953 en los escasos preceptos en que aún está vigente. A pesar de la prolijidad de esta normativa, el legislador francés no dedica precepto alguno relativo a la sucesión *mortis causa* de los mismos. La situación es, por tanto, la misma que en el Derecho alemán, rigiéndose la sucesión de estos arrendamientos por las normas del *Code civil*, y, en particular, por el artículo 1.742, que establece la transmisibilidad *mortis causa* de los arrendamientos como regla general (54).

3.º *Derecho italiano.* Al igual que en los arrendamientos de vivienda, la sucesión de los arrendamientos de local se regula en la Ley de 27 de julio de 1978, cuyo artículo 37, párrafo 1.º establece: «*In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto coloro che, per successione o per precedente rapporto risultante da atto di data certa anteriore alla apertura della successione, hanno diritto a continuarne l'attività*». Interpretando este precepto, los autores deducen que el mismo establece una sucesión especial para el arrendamiento, paralela a la sucesión *mortis causa* ordinaria. En efecto, la sucesión *mortis causa* ordinaria opera sólo respecto del derecho de continuar la actividad profesional, comercial o industrial desarrollada en el local, esto es, sobre la empresa en sentido estricto. Sobre esta actividad, el causante es libre de disponer en favor de quien quiera. Pero no opera sobre la sucesión del arrendamiento de dicho local. Esta sucesión está preordenada legalmente en favor de la persona que, por sucesión ordinaria, va a suceder a su causante en la continuación de la actividad profesional, comercial o industrial (55).

(54) Como únicas especialidades sucesorias se señalan: 1.ª) El instituto de la *attribution préférentielle* del artículo 832. Según el párrafo 6.º, el cónyuge, por una parte, y todo heredero *copropietario* con el causante, por otra, pueden exigir la atribución del arrendamiento de local *à usage professionnel*.

2.ª) El párrafo 4.º del citado artículo 832 autoriza que el viudo o heredero *copropietario* con el causante pueda demandar, en caso de sucesión intestada, la adjudicación de la explotación comercial, industrial o artesanal de carácter familiar. En estos casos, quien obtenga dicha atribución preferencial se adjudicará también el arrendamiento del local donde se desarrolle la explotación (vid. HUET, *Traité de Droit Civil, Le principaux contrats spéciaux*, París, 1996, pág. 772).

3.ª) Cierta jurisprudencia condiciona la sucesión en los arrendamientos comerciales por los *legataries particuliers* al hecho de que no existan cláusulas contractuales que establezcan la prohibición de ceder el contrato, las cuales no afectan ni a los *héritiers* ni a los demás *legataires* (DERRUPE y otros, *Baux Commerciaux*, París, 1979, págs. 86, 173-174).

(55) CATRICALA, en *Equo Canone*, *op. cit.*, págs. 429-430; TRIFONE, *op. cit.*, pág. 517; BUCCI/MALPICA/REDIVO, *op. cit.*, págs. 467 y 468; LAZZARO/PREDEN, *Le Locazioni per uso non abitativo*, I, 2.ª ed., Milán, 1988, pág. 512. Vid., también, CATELANI, *op. cit.*, pág. 301.

Con esta interpretación, el derecho de arrendamiento se configura como indisponible por sucesión *mortis causa*. La Ley reserva en el causante el poder de atribuir la actividad al sucesor que estime conveniente. Pero, al mismo tiempo, la Ley impone que quien suceda en esa actividad sucederá también en el arrendamiento. De este modo, se asegura que el sucesor en la actividad será también sucesor en el arrendamiento, evitándose posibles omisiones por parte del causante.

10.2. *La cuestión en nuestro Derecho*

1.º *La sucesión del artículo 33 LAU 94.* La sucesión de los arrendamientos distintos de los de vivienda de los artículos 33 LAU 94 se constituye, básicamente, como una sucesión *mortis causa* ordinaria (56). Este precepto se limita a reiterar el principio de transmisibilidad *mortis causa* en sede de arrendamientos distintos de los de vivienda, remitiendo el régimen jurídico de la sucesión de estos arrendamientos a las normas comunes del Derecho de sucesiones. Hay que advertir, no obstante, que la mayor parte de la doctrina interpreta que este artículo 33 articula una sucesión excepcional del arrendamiento al margen de la herencia (57). Ahora bien, también hay que advertir que esta doctrina no afirma que esa norma sustraiga al causante su poder de disponer del arrendamiento en favor del sucesor o sucesores que considere convenientes. Al contrario, en general se acepta que el causante puede ordenar libremente la *sucesión del local arrendado* y no sólo la sucesión de la empresa que tiene su sede física en dicho local (58). La única consecuencia práctica extraí-

(56) Vid., BERCOVITZ, R., en *Comentarios a la LAU*, dir. por él mismo, *op. cit.*, pág. 696 y sigs.; GONZÁLEZ PORRAS, *op. cit.*, págs. 448-449; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ, *op. cit.*, pág. 213.

(57) Vid. PARA MARTÍN, «Arriendos de locales sometidos al Real Decreto-ley 2/85. Los arrendamientos para uso distinto del de vivienda», en *Cuadernos de Derecho Judicial, Arrendamientos Urbanos*, II, Madrid, 1996, pág. 94 y sigs.; LINARES NOCI, *Comentarios a la LAU*, dir. por LASARTE, *op. cit.*, pág. 850 y sigs.; CRESPO ALLUE, *op. cit.*, I, pág. 311 y sigs.; FINEZ, *op. cit.*, pág. 350; RODRÍGUEZ CEPEDA, *op. cit.*, pág. 329; ALBACAR, *Legislación...*, *op. cit.*, págs. 809-810; SILLERO CROVETTO, en *Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por SÁNCHEZ GOYANES, *op. cit.*, pág. 221; GARCÍA GIL, F./GARCÍA GIL, J. L., *El arrendamiento de local de negocio*, Zaragoza, 1995, pág. 116; SANTOS BRIZ/MADRIGAL GARCÍA, en *Comentarios a la LAU*, con GONZÁLEZ POVEDA y otros, *op. cit.*, pág. 332; CUATRECASAS ABOGADOS, *LAU 1994. Análisis y comentarios*, Valencia, 1995, pág. 262.

(58) Vid. BERCOVITZ, R., *loc. cit.*; PARA MARTÍN, *loc. cit.*; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ, *loc. cit.*; CRESPO, *op. cit.*, pág. 315; CUATRECASAS ABOGADOS, *op. cit.*, pág. 263; RODRÍGUEZ CEPEDA, *op. cit.*, pág. 334; FERNÁNDEZ HIERRO, *Ley de Arrendamientos Urbanos*, Granada, 1997, pág. 187.

La libre disponibilidad de la empresa por sucesión *mortis causa* está fuera de toda duda y no es objeto de discusión (BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1990, pág. 104; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., Madrid, 1982,

da de la consideración de dicha sucesión como sucesión excepcional es que el heredero o legatario puede repudiar la sucesión arrendaticia a pesar de haber aceptado previamente la herencia o el legado (59). Pero, aun en la hipótesis de que esta apreciación sea correcta, no se discute que una vez aceptada la sucesión arrendaticia el heredero o legatario sigan teniendo la condición de tales, que es, en definitiva, la cuestión que aquí interesa en orden a la determinación del régimen jurídico del pasivo sucesorio del causante.

El sector doctrinal minoritario estima que el artículo 33 configura una sucesión excepcional que, por el contrario, sí sustrae al causante su poder de ordenar libremente la sucesión arrendaticia, proponiéndose una interpretación que, a la postre, es igual a la que hace la doctrina italiana sobre el artículo 37 de la citada Ley de 1978 (aunque no se le hace referencia). Así, se afirma que el causante sólo puede limitarse a designar sucesores en la empresa que tiene su sede física en el local arrendado, pero no en dicho local. La sucesión de este local está preordenada por la Ley, de manera que sólo los sucesores testamentarios (o intestados) podrán suceder simultáneamente en el arrendamiento por virtud de sucesión legal (60).

Esta tesis no es fácil de admitir. Es cierto que el artículo 33 LAU 94 condiciona la sucesión del heredero o legatario a la continuación de la actividad empresarial, de manera que podría, en principio, pensarse que la norma preordena la sucesión del arrendamiento en favor sólo de los herederos o legatarios a quienes se transmita la empresa por sucesión *mortis causa* ordinaria. Sin embargo, los términos del artículo 33 son más laxos que los del artículo 37 de la Ley italiana, los cuales, a su vez, tampoco son excesivamente concluyentes. En la norma italiana se habla expresamente de la sucesión en la continuación de la actividad empresarial y dicha sucesión parece confrontarse, a su vez, con la sucesión del arrendamiento. En el artículo 33, por el contrario, esta confrontación no parece existir. La alusión a que el heredero o legatario continúen la actividad no actúa como soporte de una sucesión especial en el arrendamiento, sino simplemente como un deber que ha de cumplir el sucesor en el arrendamiento conforme al principio general de transmisión *mortis causa* de las obligaciones. El artículo 33 se limita a reiterar que el sucesor en el arrendamiento debe de seguir destinándolo al mismo uso al que estaba obligado el causante (una determinada actividad empre-

págs. 198-199; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 12.^a ed., Madrid, 1987, pág. 117).

(59) FINEZ, *op. cit.*, pág. 350; PÉREZ DE VARGAS, *El nuevo...*, *op. cit.*, pág. 193. En contra, BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 699.

(60) LINARES NOCI, en *Comentarios a la LAU*, dir. por LASARTE, *op. cit.*, pág. 850 y sigs., SANTOS BRIZ/MADRIGAL GARCÍA, en *Comentarios a la nueva LAU*, con GONZÁLEZ POVEDA y otros, *op. cit.*, pág. 332; ALBACAR, *Legislación de Arrendamientos Urbanos*, *op. cit.*, pág. 811.

sarial o profesional), circunstancia que es característica de los arrendamientos comunes (art. 1555.2.º del Código Civil). De este modo, si esta obligación es incumplida, el arrendador podrá resolver el contrato (61).

2.º *La sucesión del artículo 60 del Texto Refundido.* Al igual que la sucesión del artículo 33 LAU 94, la del artículo 60 del Texto Refundido constituye una sucesión *mortis causa* ordinaria en el arrendamiento (62). La doctrina, no obstante, se divide, y así, un sector piensa que dicha sucesión es «especial», sin inscribirse en el marco de la sucesión ordinaria (63). Ahora bien, incluso los autores que defienden esta tesis de la sucesión «especial» reconocen que el causante puede ordenar libremente la sucesión del arrendamiento y no tan sólo la de la empresa (64). Como ocurre con la interpretación del artículo 33 LAU 94, la especialidad de la sucesión queda circunscrita a la facultad de repudiar la sucesión arrendaticia no obstante haberse aceptado previamente la herencia o el legado (65). Pero, nuevamente, esta circunstancia no impide que, una vez aceptada la sucesión arrendaticia, los herederos o legatarios mantengan su condición de tales (66).

(61) Vid., *infra*, núm. 3.2. En la legislación anterior a la LAU 46 sí podría haber alguna base para sustentar la posibilidad de que la sucesión del arrendamiento estuviese preordenada legalmente al estilo del artículo 37 de la Ley italiana, ya que se afirmaba algo más concluyentemente que dicho arrendamiento se transmitía al «heredero o socio que continuasen el negocio» (vid. dicha legislación *supra* nota 3 del capítulo anterior). En esa dirección parecía pronunciarse HERNÁNDEZ GIL («Comentario a la STS de 15 de enero de 1949», en *RDP*, 1949, pág. 535).

(62) PERE RALUY/RODRÍGUEZ AGUILERA, «Transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de local», en *RJC*, 1960, pág. 208, y también en *Derecho...*, *op. cit.*, págs. 795-797; SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 115. Con respecto al artículo 73 LAU 46, GARCÍA TRELLES, «Sobre la interpretación del artículo 73 de la nueva LAU», en *RDP*, 1947, pág. 966.

(63) FERRANDIS VILLELA, «Sucesión en arrendamientos (Transmisión *mortis causa* de los derechos y obligaciones del arrendatario)», en *ADC*, 1954, pág. 419 y sigs.; CASTÁN/CALVILLO, *op. cit.*, pág. 937; SANTOS PASTOR, *Propietarios, Colonos, Inquilinos, II (arrendamientos urbanos)*, 4.ª ed., Pamplona, 1966, pág. 108; FUENTES LOJO, *op. cit.*, pág. 1423.

(64) RODRÍGUEZ AGUILERA/PERE RALUY, «Transmisión...», *loc. cit.*, y también en «Derecho...», *loc. cit.*; FERRANDIS, *op. cit.*, pág. 424; CASTÁN/CALVILLO, *op. cit.*, págs. 944-945; NART, «Ex-arrendamientos», en *ADC*, 1951, pág. 939; FERNÁNDEZ MELERO, *Comentarios prácticos sobre arrendamientos urbanos*, Cádiz, 1958, pág. 159. Respecto del artículo 73 de la LAU 46, GARCÍA ROYO, *op. cit.*, págs. 63 y 66-67.

(65) FERRANDIS, *op. cit.*, pág. 419 y sigs.; RODRÍGUEZ AGUILERA/PERE RALUY, *loc. cit.*; CASTÁN/CALVILLO, *op. cit.*, pág. 943; SERRANO GARCÍA, págs. 115-116; CASAS MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 528. En contra: GARCÍA ROYO, *op. cit.*, pág. 68, a propósito del artículo 73 LAU 46.

(66) Mediante la disponibilidad sucesoria del arrendamiento, el legislador intenta armonizar la sucesión de la empresa y la sucesión del arrendamiento. Respecto de la empresa, el causante tiene libertad de designación de sucesor, lo cual es vital para la suerte futura de aquélla. Teniendo en cuenta esta circunstancia, la legislación especial de arrendamientos establece correlativamente la libertad de designación de sucesor en tales arrendamientos. De este modo, el titular de la empresa no ve perturbada su facultad de atribuir simultáneamente la empresa y el local arrendado a la persona que considere más indicada, lo que, por regla general, resulta más beneficioso para la supervivencia de la empresa.

3.º *La sucesión de la Disposición Transitoria 3.ª LAU 94.* Los arrendamientos concertados antes del decreto *Boyer* de 1985 quedan sometidos, por primera vez en nuestro Derecho, a un orden especial de sucesión *mortis causa* (Disposición Transitoria 3.ª, párrafo 3.º). Ante la cuestión de si el mismo es o no imperativo, una respuesta afirmativa plantearía evidentes desventajas para la supervivencia exitosa de la empresa. Dicha imperatividad no impediría, lógicamente, que el causante pudiese designar libremente sucesor en dicha empresa. Pero, en cambio, habría de someterse al orden sucesorio establecido por la Ley para el arrendamiento de local. Como consecuencia, sería posible que el sucesor en el contrato de arrendamiento del local (que sólo puede ser el cónyuge o un descendiente) fuese una persona distinta del sucesor en el negocio. Para evitar este problema, el causante podría atribuir el negocio a la persona llamada por Ley a la sucesión en el arrendamiento. Pero, en ocasiones, podría tratarse de una decisión forzada, ya que la persona señalada por el orden de sucesión en el local puede no ser la apropiada para suceder en la empresa, a pesar de tratarse del propio cónyuge o de un descendiente.

A pesar de estas inconveniencias, no parece haber duda que la LAU 94 pretende instaurar un régimen sucesorio bastante restrictivo para los arrendamientos de local. Los términos de la Disposición Transitoria 3.ª son bastante tajantes en este sentido: «Los arrendamientos cuyo arrendatario fuere una persona física *se extinguirán* por su jubilación o fallecimiento, *salvo* que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local» (núm. 3) (67). La regla general es, pues, la extinción, regla que sólo quedará excepcionada en aquellos supuestos en que suceda el cónyuge o el descendiente, según el orden establecido en esta Disposición Transitoria 3.ª El causante no podrá, por tanto, alterar dicho orden (68).

11. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia relativa a la sucesión del artículo 60 del Texto Refundido impera el criterio que considera «excepcional» o «especial» la sucesión del arrendamiento de local. En general, las sentencias derivan dicho criterio de la consideración de que el arrendamiento del Código Civil es una relación *intuitu personae* y, por tanto, intransmisible por sucesión *mortis causa*. Con esta

(67) A la sucesión del cónyuge ha de añadirse la del descendiente, establecida con carácter subsidiario en el párrafo siguiente.

(68) Cfr. GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, tomo II, pág. 197. La razón de este estricto orden de sucesión radica en la intención del legislador de reequilibrar la posición jurídica del arrendador en un régimen de prórroga obligatoria indefinida, si bien la solución no parece demasiado convincente.

premisa se afirma que, por excepción, la legislación especial excluye el *intuitus* arrendaticio y otorga a los herederos un beneficio legal que autoriza la sucesión especial, distinta de la sucesión *mortis causa* ordinaria.

Ante este razonamiento, lo primero que hay que advertir es que en la gran mayoría de las ocasiones sólo opera como *obiter dicta* (69). Pero algunas

(69) — *STS de 25 de noviembre de 1950 (RA 1770)*. Se discutía si, bajo el imperio de la LAU 46 y, en concreto, de su artículo 73, cabía o no una segunda sucesión en el arrendamiento de un local. Dada la indefinición al respecto del citado artículo 73, el TS se plantea la cuestión en términos de si tal precepto permite o no una sucesión indefinida, resolviendo en sentido negativo y negando la segunda sucesión de acuerdo con una doctrina muy reiterada. La resolución del supuesto no guarda relación con la cuestión de si el arrendamiento es o no *intuitu personae* porque el problema de fondo es otro. Una vez que la antigua LAU 46 admite tanto la prórroga obligatoria indefinida, así como la sucesión en el arrendamiento de local, la cuestión estriba en estudiar los límites de dicha sucesión en orden a evitar la perpetuación del contrato. Pero el TS hace una innecesaria alusión al personalismo del arrendamiento, superflua para la resolución del caso. Este hecho se vuelve a repetir en las sentencias que citamos a continuación.

— *STS de 20 de octubre de 1952 (RA 1862)*. La viuda sucede en el arrendamiento de un local y constituye una sociedad mercantil con otras personas no sucesoras cuya sede física se establece en el local. El arrendador se opone a ello alegando traspaso inconstituido y el TS le da la razón.

— *STS de 13 de diciembre de 1952 (RA 2831)*. La viuda usufructuaria sucede en el arrendamiento de un local y, con posterioridad a su muerte, los nudos propietarios consolidan su dominio sobre el contrato. El arrendador se niega a esta consolidación, pero el TS la da por válida. El problema que se plantea en esta sentencia consiste en determinar si la consolidación del dominio de los sucesores nudos propietarios tras el fallecimiento del sucesor usufructuario constituye o no un supuesto de segunda sucesión.

— *STS de 29 de abril de 1960 (RA 1698)*. En el supuesto de autos, tras el fallecimiento del arrendatario de un local, el contrato se había transmitido a la comunidad hereditaria y ésta, a su vez, lo había adjudicado a uno de los herederos, que era un hijo del arrendatario que venía colaborando con él en el ejercicio de la actividad desarrollada en el local. El arrendador solicitaba la resolución del arrendamiento argumentando para ello que el contrato debía de transmitirse necesariamente a la comunidad hereditaria, sin que ésta pudiese adjudicarlo a uno solo de sus miembros sin el consentimiento de dicho arrendador. El TS se opone a esta pretensión y aprueba la adjudicación hecha por la comunidad hereditaria.

— *STS de 18 de marzo de 1961 (RA 964)*. En el supuesto de hecho de esta sentencia, el arrendador de una vivienda se oponía a que los sobrinos del arrendatario sucediesen en el contrato; el TS le dio la razón aplicando el artículo 3 del Decreto-ley de 30 de diciembre de 1944, que restringía la sucesión a los parientes en segundo grado.

— *STS de 26 de junio de 1963 (RA 3495)*. El fondo de la cuestión debatida consistía en decidir quién había sucedido realmente en el arrendamiento de local, si la viuda del arrendatario o la comunidad hereditaria. El TS entendió que había sucedido la viuda porque fue ella quien continuó realmente el negocio en los trece años subsiguientes a la muerte del causante y por tal cuestión estimó que la cesión del contrato en favor de una tercera persona debía reputarse traspaso. En base a ello, declaró resuelto el contrato por no darse los requisitos de dicho traspaso.

— *STS de 5 de junio de 1963 (RA 3593)*. Se discute nuevamente acerca de la limitación en el número de sucesiones de los arrendamientos de local en el ámbito de la legislación especial anterior al Texto Refundido de 1964, lo cual es resuelto por el TS de acuerdo con la ya referida doctrina que niega la posibilidad de una segunda sucesión.

veces ese criterio sí tiene una influencia directa en el fallo. Así ocurre con dos sentencias que, en contra de lo que aquí sostenido, niegan la disponibilidad *mortis causa* del arrendamiento.

— *STS de 26 de noviembre de 1963 (RA 4693)*. Tras el fallecimiento del arrendatario, el contrato se había transmitido a la comunidad hereditaria, y el arrendador pretendía la resolución del contrato alegando el estado ruinoso del inmueble; dicha resolución se instaba frente a determinados integrantes de dicha comunidad, no contra todos. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda del arrendador, pero el TS se opuso a este criterio y la desestimó, admitiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los miembros de la comunidad hereditaria. Según el Tribunal, para que la resolución del contrato por causa de ruina prosperase, era preciso demandar a todos los integrantes de la comunidad hereditaria a la cual se había transmitido el contrato, no tan sólo a alguno de ellos.

— *STS de 2 de junio de 1965 (RA 3433)*. En el arrendamiento de un local había sucedido la comunidad hereditaria (formada por cinco hijos), pero con la carga de traspasarlo a una tercera persona (un hermano del arrendatario). El arrendador se opuso a dicho traspaso por no haber sido hecho de acuerdo con las normas de la LAU 1956, y el TS aceptó su pretensión haciendo suya la argumentación de la Audiencia, según la cual la citada obligación de la comunidad hereditaria de traspasar el local a una tercera persona constituía una carga modal del artículo 797 del Código Civil que debía de ser cumplida de acuerdo con las mencionadas normas sobre traspaso.

— *STS de 16 de febrero de 1967 (RA 731)*. Se juzgaba si el heredero en el arrendamiento de local podía cambiar la actividad que el arrendatario venía desarrollando en el mismo. El TS resolvió que sí podía, por ser «cosa no prohibida a su antecesor», por lo que «al subrogado como heredero no se le puede negar el derecho que tenía el causante de cambiar su negocio por otro, pues le sustituye en todos sus derechos y obligaciones».

— *STS de 6 de mayo de 1968 (RA 3478)*. El fondo del asunto consistía en determinar si el arrendador había ejercitado correctamente o no el derecho de tanteo ante el traspaso de local que pretendía la viuda del arrendatario. Ésta oponía que era la comunidad hereditaria la que había sucedido en el arrendamiento y no ella, tan sólo con exclusión de otras personas, por lo que el ofrecimiento de tanteo hecho por el arrendador debería de haberse hecho a toda la comunidad hereditaria; no fue así, y por ello pedía la denegación de dicho tanteo. El TS, sin embargo, estimó que la viuda había sucedido por sí sola en el contrato, con exclusión de otros sucesores y, consecuentemente, admitió el tanteo hecho por el arrendador.

La *STS de 13 de diciembre de 1971 (RA 5453)* no deja traslucir el objeto real del pleito, razón por la que no podemos afirmar a ciencia cierta si la tesis del personalismo del arrendamiento es usada a título de *obiter* o no; ahora bien, lo cierto es que su empleo no ayuda a la comprensión del supuesto de hecho, que queda en penumbra. La sentencia dice que «la subrogación establecida en el repetido artículo 60 constituye una prerrogativa otorgada por la Ley especial al heredero o socio del arrendatario como reconocimiento y defensa del patrimonio comercial por él establecido..., sin que la herencia sea título suficiente para transmitir los derechos derivados de tales convenciones que, por su carácter estrictamente personal y su extinción al fallecimiento de su titular, no se hallan integradas en el caudal relicto del causante —...—, por lo que en el evento aquí contemplado no son de aplicar los artículos 659 y 1.058 del Código Civil...» (Cdo. 1.º).

Por otra parte, los escasos fallos que se pronuncian a favor del impersonalismo de la posición del arrendatario obran igualmente a título de *obiter*. Es el caso de la *STS de 23 de octubre de 1961 (RA 4064)*. Se debatía si el pretendido heredero del arrendatario de un local era en realidad tal heredero. El TS estimó que no y declaró la resolución del contrato, dado que el supuesto heredero sólo había podido aportar la certificación de na-

11.1. SSTs que no admiten la disponibilidad

De entre las sentencias que niegan la disponibilidad de la sucesión del arrendamiento de local cabe destacar las de *5 de marzo de 1971* y de *16 de febrero de 1998*, que hacen una aplicación efectiva de la doctrina de la sucesión especial. Otras sentencias niegan igualmente la disponibilidad, pero no hacen mención a esta doctrina (70).

1.º *STS de 5 de marzo de 1971 (RA 1203)*. En el supuesto de hecho debatido en esta sentencia, el arrendatario de un local de negocio renunció a los derechos que le concedía el Texto Refundido del 64, con excepción del de prórroga (irrenunciable según el art. 6.3) y del de traspaso. Posteriormente, dicho arrendatario realizó el traspaso del local en favor de una hija suya, pero el arrendador se opuso al mismo por considerarlo hecho sin las formalidades propias de todo traspaso. El arrendador alegaba que en la renuncia hecha por el arrendatario se incluía también la exclusión de la sucesión en el local; por ello, el único modo de que disponía el arrendatario para transmitir el contrato a su hija era hacerlo por acto *inter vivos* con sujeción a las previsiones establecidas para el traspaso. Pero como este traspaso se había hecho sin cumplir con los requisitos establecidos, el arrendador solicitaba finalmente la resolución del contrato.

El TS rechazó las pretensiones del arrendador y estimó que la transmisión había sido por causa de muerte, de acuerdo con el artículo 60, ya que la renuncia del arrendatario era ineficaz en lo referente a la exclusión de la sucesión (71).

cimiento. No obstante ello, la sentencia desliza la afirmación prescindible del arrendamiento como contrato transmisible *inter vivos* y *mortis causa*: «...si bien el derecho del arrendatario es transmisible y puede un tercero quedar subrogado en su lugar y obtener la posesión de la cosa arrendada, por alguno de los modos *inter vivos* o *mortis causa* reconocidos por la Ley...» (Cdo. único).

(70) En este apartado se encuentra la *STS de 7 de diciembre de 1967 (RA 159)*, en donde se declara que no cabe designar al legatario como sucesor en el arrendamiento. Y también la *STS de 18 de octubre de 1969 (RA 4799)*; el arrendador solicitaba la resolución del contrato por haber sucedido un legatario en dicho contrato en lugar de un heredero; sin embargo, en lugar de demandar a toda la comunidad hereditaria, que es lo que debería de haber hecho para ser congruente con ese argumento, sólo demandó al legatario; ante ello este legatario alegó excepción de litisconsorcio pasivo necesario y el TS le dio la razón. Con ello, ya admitía implícitamente que el contrato se había transmitido a la comunidad hereditaria y no sólo al legatario.

Fuera ya del tema de la disponibilidad del derecho arrendaticio, hay otras sentencias cuyos fallos no parecen acordes con las normas de la sucesión *mortis causa* ordinaria. Es el caso de las *SSTS de 15 de enero de 1949 (RA 88)* y de *28 de octubre de 1966 (RA 4769)* (la primera sentencia estima que la circunstancia de que el local esté subarrendado excluye que el contrato se transmita a los sucesores del arrendatario, mientras que la segunda niega que dichos sucesores tengan derecho de traspaso).

(71) «...según tiene declarado repetidamente esta Sala..., la situación jurídica de arrendatario no puede ser objeto de sucesión *mortis causa* en sentido propio, y que lo que hace

2.º *STS de 16 de febrero de 1998 (Ac. Civ. 535)*. El arrendatario de un local dispone testamentariamente del negocio, arrendamiento incluido, en favor de uno de sus dos hijos; pero el hijo no favorecido por esta disposición testamentaria demanda al que sí lo ha sido, solicitando la nulidad de esa disposición y pidiendo que se le reconozca como cotitular en el arrendamiento. Para concretar ese reconocimiento como cotitular en el arrendamiento, el hijo demandante solicita el traspaso forzoso del mismo para un ulterior repartimiento del precio entre los dos los hijos. Todo ello es admitido por la sentencia, que, transcribiendo, entre otras, a la anterior sentencia de 1971, declara que el arrendamiento de local se transmite de manera imperativa a la comunidad hereditaria formada por los dos hijos del causante, sin perjuicio de que ésta, una vez que ha recibido ya el contrato por sucesión, pueda adjudicar el contrato a uno o varios de sus miembros. El causante, titular original del arrendamiento, queda al margen de todo ello, por entender el TS que su voluntad es ineficaz para designar sucesores en el arrendamiento (72).

11.2. *Crítica*

La doctrina sentada por estas sentencias no debe de admitirse. Varias consideraciones inducen a ello:

- a) En virtud de esta doctrina, cualquier heredero, por el hecho de serlo, tiene derecho a suceder en el arrendamiento. El causante no tiene ningún poder de disposición *mortis causa* en relación al mismo. Sólo lo tiene respecto de la empresa, que puede atribuir al sucesor que

el artículo 60 de la LAU es conferir un derecho de subrogación a las personas que señala, heredero o socio, a quienes por razones de interés público o colectivo ha creído prudente o preciso conceder ese privilegio, que regula según normas de derecho necesario, viniendo a constituir, por lo tanto, una facultad legal de carácter originario de la que es titular el heredero o socio del arrendatario, sustraída a la autonomía de la voluntad de este último, caracteres que, de admitirse la tesis del recurrente, podrían resultar desconocidos, atribuyendo a dicho arrendatario el poder de disposición sobre una facultad de la que no es titular y que no forma parte integrante de su acervo patrimonial...» (Cdo. 1.º).

(72) En base a toda esta doctrina, el TS llega a decir, con escasa fortuna, que el derecho arrendaticio ni siquiera estaba en el patrimonio del causante: «Tercero. Al ser nula e ineficaz la disposición del derecho arrendaticio, por no estar en el patrimonio del difunto y pertenecer a la comunidad hereditaria por disposición del artículo 60.1 de la LAU y no por derecho sucesorio, sin que haya acuerdo para subrogación de uno como representante de dicha comunidad con renuncia del resto, siendo el derecho arrendaticio indivisible y por esa falta de acuerdo, surge la comunidad sobre el derecho que constituye un bien indivisible...» (Fdo. 3.º). Vid., ACEBES CORNEJO, *Disponibilidad testamentaria del arrendamiento del local de negocio. Comentario a la STS de 16 de febrero de 1998*, en www.porticolegal.com, sección arrendamientos.

En la doctrina sustentada por estas dos sentencias se inscribe la *SAP de Pontevedra, de 22 de enero de 1992 (RGD 92, pág. 6036)*.

deseo. El criterio es, pues, distinto del sustentado por la doctrina italiana con respecto al artículo 37 de la Ley de 1978, criterio que, como se ha dicho, también es sustentado por el sector minoritario de nuestra doctrina en relación al artículo 33 LAU 94. Según dicho criterio, no todo heredero, por el hecho de serlo, puede suceder en el arrendamiento, sino sólo aquel que continúe la actividad empresarial. El causante no tiene poder para atribuir el arrendamiento por su sola voluntad al sucesor que desee. Sí lo tiene con respecto a la empresa. Pero se interpreta que la Ley atribuye el arrendamiento a aquella persona que suceda en tal empresa.

El criterio jurisprudencial, por el contrario, consiste en reconocer a todo heredero el derecho a suceder en el arrendamiento, con independencia de si sucede o no en la empresa. De acuerdo con ello, se condena a la empresa a un porvenir incierto. Esta incertidumbre es justamente la que propicia la STS de 1998.

- b) Según esta sentencia de 1998, la sucesión arrendaticia de locales del Texto Refundido de 1964 supone para los herederos «una prerrogativa especial otorgada por la Ley especial de arrendamientos, en favor de aquellos, *en defensa y reconocimiento de un patrimonio comercial...*» (Fdo. 2.º). Pero lo cierto es que el fallo está presidido por una vocación *contra-negotium*. Como hemos indicado, tal sentencia de 1998 declara la nulidad de la disposición testamentaria y el traspaso forzoso del local con repartimiento del precio entre los dos herederos. Y ello conlleva destruir muchas de las posibilidades de supervivencia exitosa del negocio.

En primer lugar, para procurar esta supervivencia, el traspaso ha de realizarse pronta y efectivamente. La sentencia decreta el traspaso para el posterior repartimiento del precio entre los dos herederos, pero nada garantiza que dicho traspaso se vaya a realizar prontamente o, incluso, que el mismo se llegue a efectuar. Por ello, mientras el traspaso no se consuma, la realidad va a plantear una difícil y confusa situación en la que van a convivir la cotitularidad forzosa de los dos herederos en el arrendamiento del local con la titularidad única del heredero demandado sobre el negocio instalado en el mismo. Así, el heredero que demandó la nulidad de la disposición testamentaria será únicamente coarrendatario transitorio en tanto no se lleve a efecto el traspaso (decretado por el TS), lo cual representará para él un puro gravamen, ya que estará obligado a soportar que el heredero demandado siga desarrollando la actividad comercial en el local, puesto que dicha actividad le corresponde a él exclusivamente. Por ello, el heredero demandante no podrá pedir participación alguna en dicha actividad y, como máximo, en el supuesto de que llegue a un

acuerdo con el co-sucesor, sólo podrá aspirar a introducirse él mismo en el negocio, ya sea en el existente o en otro nuevo, hipótesis que parece poco factible.

Y, en segundo lugar, si el traspaso se realiza finalmente, nada garantiza que el cesionario ulterior, que va a ocupar el local, vaya a reunir las características necesarias para la explotación adecuada del negocio. Los herederos declarados co-sucesores en el arrendamiento obtendrán un precio por el traspaso y se lo repartirán; pero lo cierto será que un negocio que estaba en marcha ha tenido que pasar por una cesión forzosa y, a partir de entonces, su mejor o peor funcionamiento sólo va a depender del puro azar.

- c) Ante todo ello, parece bastante evidente que no todo heredero, por el hecho de serlo, tiene derecho a suceder en el arrendamiento. La interpretación que realiza la doctrina italiana acerca del artículo 37 de la Ley de 1978, así como la del sector minoritario de nuestra doctrina sobre el 33 LAU 94, solventa los problemas indicados, ya que atribuye el arrendamiento al sucesor en el empresa, evitando así incómodas cotitularidades entre sucesores y el eventual traspaso del arrendamiento. Pero ya dijimos que el artículo 33 LAU 94 no parece apoyar la tesis de la indisponibilidad de la sucesión arrendaticia. No parece, en suma, confrontar dos tipos de sucesiones, la ordinaria en la empresa y la especial en el arrendamiento. Por ello, es preferible concluir que el artículo 33 no instaura una sucesión especial sino, básicamente, una sucesión ordinaria en el arrendamiento. De este modo, quien suceda en dicho arrendamiento podrá ser un heredero o legatario ordinario designado por la voluntad del causante. Con esta solución, el causante ya es libre de ordenar la sucesión del modo que estime más conveniente para la subsistencia de la empresa que tiene su sede en el local arrendado. El causante ya va a poder ordenar una sucesión conjunta de la empresa y del arrendamiento, que es justamente lo que pretendía el causante de la sentencia en cuestión. La Ley no va a mediatizar ya la voluntad del causante en esta materia que es, probablemente, la voluntad mejor dispuesta para procurar la subsistencia de la empresa tras su fallecimiento. La misma solución opera para el artículo 60 del Texto Refundido de 1964, donde está ausente todo vestigio de contraposición entre sucesión arrendaticia y sucesión en la empresa (73).

(73) Al lado de las sentencias vistas, hay otras que, por el contrario, sí están orientadas hacia la disponibilidad del arrendamiento por el causante.

1.^a STS de 15 de febrero de 1957 (RA 1145). Después de producirse hasta dos sucesiones en un arrendamiento de local, el arrendador se opone a la consumación de una tercera. El TS le da la razón y declara la resolución del contrato. Pero absuelve a uno de

12. EL PASIVO HEREDITARIO Y LA SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO DISTINTO DEL DE VIVIENDA

1.º A la vista de las conclusiones de los epígrafes precedentes, puede afirmarse que, en los supuestos en que se haya producido *la sucesión de un arrendamiento distintos de los de vivienda de los artículos 33 LAU, 94 y 60 del Texto Refundido de 1964*, el deber del sucesor arrendatario respecto del

los demandados por falta de legitimación pasiva; el causante había adjudicado el contrato a otro sucesor por disposición testamentaria y la sentencia estima que, en orden a la resolución del arrendamiento, no puede demandarse a otro sucesor que no sea el designado en esa disposición testamentaria.

2.ª *STS de 20 de febrero de 1957 (RA 722)*. El arrendador solicita, en base a una resolución municipal de ruina, la resolución del contrato y la parte demandada se opone alegando que el expediente administrativo de ruina que ha precedido a la citada resolución municipal se ha realizado sin citar a uno de los herederos del arrendatario (una hija). Ante ello, el TS falla que no es necesario citar a este heredero, ya que, a pesar de ser tal heredero, no ha sucedido en el arrendamiento; ha sido otra persona (la viuda) quien ha sucedido realmente, con el cual se ha realizado el mencionado expediente de ruina. En el supuesto de hecho relatado por la sentencia no consta la existencia de una determinada disposición testamentaria que adjudique el arrendamiento a la viuda; sin embargo, se expresa que para que la hija hubiese podido ser considerada sucesora en el arrendamiento sería preciso que por «una declaración expresa de voluntad del causante o de una judicial, se le haya adjudicado la propiedad del negocio instalado en el local arrendado...» (Cdo. 3.º; cursiva nuestra).

3.ª *STS de 5 de julio de 1961 (RA 2883)*. El arrendatario dispone en su testamento de un usufructo sucesivo sobre el negocio, de tal modo que a la muerte del segundo usufructuario los herederos nudo-propietarios consoliden la propiedad. La disposición testamentaria indica cuáles son las personas en las que ha de recaer el usufructo sucesivo del negocio (la viuda y uno de los hijos). El arrendador se opone a esta disposición testamentaria por estimar que tras la muerte de la viuda usufructuaria quedaba cerrado el paso para una segunda sucesión a favor del segundo usufructuario; pero el TS rechaza esta argumentación y acepta la eficacia de la citada disposición.

4.ª *STS de 29 de octubre de 1970 (RA 4474)*. Un arrendatario de local hace testamento en el cual instituye a dos herederos, a uno de los cuales adjudica el negocio. El arrendador entiende que esta especial adjudicación constituye un legado y se opone a la misma. Pero el TS estima que no hay tal legado, sino simple institución con adjudicación de un bien concreto en favor de un determinado heredero.

Otras SSTs afirman asimismo la eficacia de la disposición testamentaria que adjudica el negocio a un determinado sucesor, si bien sólo a título de *obiter*. Así, según la *de 5 de marzo de 1966 (RA 1087)*: «hasta tanto no exista una declaración de voluntad del causante, o una judicial en defecto de la anterior, con la consiguiente adjudicación de la propiedad del negocio instalado en el local arrendado, los que sean herederos, sucederán en comunidad proindiviso en el disfrute del derecho de arrendamiento...» (Cdo. 2.º). Según la *sentencia de 21 de abril de 1962 (RA 2061)*: «por el hecho de la muerte del arrendatario de local le sustituirá en todos sus derechos y obligaciones, bien al individual a quien se adjudique o la comunidad...» (Cdo. 2.º).

En el ámbito de la jurisprudencia menor pueden citarse a la *SAP de Granada, de 29 de septiembre de 1992 (RGD 93, pág. 9254)* y a la *SAP de Barcelona, de 25 de enero de 1996 (RGD 96, pág. 7238)*, que declaran la validez de la sucesión del legatario en el arrendamiento (si bien con cita incorrecta de SSTs).

pasivo hereditario es el mismo que el correspondiente a los supuestos en que se produzca la sucesión de un arrendamiento común sometido al Código Civil. Ello, porque la sucesión del arrendamiento distinto del de vivienda no es una sucesión especial, sino que se integra en la sucesión *mortis causa* ordinaria (74). En suma, rigen para el sucesor arrendatario las normas generales sobre transmisión de deudas por sucesión *mortis causa*.

2.º *La sucesión de la Disposición Transitoria 3.ª*, por el contrario, tiene un tratamiento diferente. No parece ser ya un supuesto de sucesión *mortis causa* ordinaria. La voluntad del arrendatario está suprimida, de manera que es la voluntad de la Ley, en sentido estricto, la que actúa como verdadero causante de la sucesión mediante el establecimiento de un orden imperativo de sucesión que, como vimos, es imperativo. Ocurre, pues, lo mismo que en la sucesión de los arrendamientos de vivienda, donde es la Ley quien de nuevo impone qué personas han de suceder en el contrato. A partir de aquí, el camino a seguir para descifrar el régimen del pasivo del arrendatario fallecido es, en esencia, el mismo que en los arrendamientos de vivienda. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el estrecho orden de sucesión de la Disposición Transitoria 3.ª reduce al máximo las posibilidades de que se produzca una dualidad de sucesores, arrendatarios por un lado y ordinarios por otro. Las personas llamadas por la Ley a la sucesión del arrendamiento sólo pueden ser el cónyuge o, en su defecto, los descendientes del arrendatario, todos los cuales son o bien sucesores intestados o bien legitimarios, en el caso de sucesión testada. Por ello, la dualidad de sucesores sólo va a poder darse en los casos en que los sucesores arrendatarios repudien la herencia del arrendatario. Fuera de estos casos, los sucesores arrendatarios ostentarán simultáneamente la condición de sucesores ordinarios por lo que asumirán las

(74) Vid., también, ALBACAR, «Legislación...», *op. cit.*, pág. 813. En contra, RODRÍGUEZ CEPEDA, quien, contemplando el caso concreto de rentas debidas por el causante afirma que «el arrendador —además de los derechos que tiene como acreedor de la herencia— puede reclamarlas por entero del subrogado y sin necesidad de demandar conjuntamente al resto de coherederos si en tal reclamación la acción ejercitada no es la de acreedor de la herencia sino la derivada del arrendamiento» (*op. cit.*, pág. 335). El autor parece aplicar, en sede de sucesión de arrendamientos de local, la misma tesis que mantiene respecto de la sucesión de los arrendamientos de vivienda (vid., *supra*, nota 44; dicha tesis hacía responder en última instancia sólo al sucesor arrendatario, con exclusión de los ordinarios, sin perjuicio de que el arrendador pudiese dirigirse contra todos). Pero esta tesis no parece poder aplicarse aquí, puesto que no estamos ante ninguna sucesión especial, como en el caso de los arrendamientos de vivienda, sino, simplemente, ante un supuesto de sucesión *mortis causa* ordinaria. Una variante restrictiva de esta doctrina es aplicada por la *SAP de Segovia, de 11 de junio de 1993, AC 94, mg 900*. El arrendador solicitaba el pago de rentas debidas por el causante y se dirigía contra el sucesor en el arrendamiento y los demás herederos, a todos los cuales demandaba solidariamente. Pero la sentencia rechazaba la solidaridad entre coherederos y condenaba sólo al sucesor en el arrendamiento.

En Italia, CATRICALA también se adscribe a este tipo de doctrinas (*op. cit.*, pág. 440).

deudas del causante con arreglo a las normas comunes de la transmisión *mortis causa* de deudas.

En los supuestos, más bien excepcionales, en que sí exista dualidad de sucesores, la construcción del régimen jurídico del pasivo anterior a la muerte del arrendatario parece tomar el mismo camino que en la sucesión de los arrendamientos de vivienda. De este modo, el sucesor arrendaticio de local asumirá las obligaciones del causante con unos parámetros análogos a los del sucesor del arrendamiento de vivienda. Así, el sucesor arrendaticio tendrá una posición estrictamente liquidadora, de manera que su deber estará limitado a lo que reciba por la sucesión arrendaticia, esto es, el propio arrendamiento. La extensión de tal deber sólo obligará al sucesor arrendaticio a ofrecer el propio arrendamiento en pago de las deudas del arrendatario fallecido, sin que los acreedores le puedan obligar a más y cualesquiera que sean las deudas que se deban, ya de dar, hacer o de no hacer.

Notemos, sin embargo, que la circunstancia de la no necesidad de consentimiento del arrendador para producir el traspaso del arrendamiento va a facilitar el pago o, en su caso, la ejecución de deudas no arrendaticias (arts. 32 LAU 94 y 29 y sigs. del Texto Refundido de 1964). Dada esa no necesidad que representa una excepción al artículo 1.205 del Código Civil, los acreedores hereditarios van a poder adjudicarse directamente el arrendamiento como una modalidad de embargo; por hipótesis, podrían, incluso, solicitar un traspaso a un tercero al objeto de destinar el precio obtenido a la satisfacción de la deuda, aunque tal posibilidad, en el fondo, les corresponde a ellos mismos, una vez que ya se han adjudicado el local. En cualquier caso, la viabilidad de la adjudicación del local por parte de los acreedores es indiscutible. Recordemos que el artículo 33 del Texto Refundido de 1964, al igual que los precedentes artículo 48, párrafo 2.º, 53, párrafo 2.º y 54 LAU 46, ya previó la posibilidad de embargar el arrendamiento de local al regular expresamente diversos aspectos de la misma (derecho de tanteo del arrendador y obligación del rematante de permanecer en el local durante un año dedicándolo a la misma actividad) (75).

(75) Vid. completa referencia doctrinal en Díez PICAZO, *Estudios de Jurisprudencia Civil*, II, 3.ª ed., Madrid, 1981, pág. 92, nota 2. Posteriormente a la publicación de la LAU 46, ciertos autores intentaron alzarse contra la posibilidad del embargo del derecho arrendaticio de local, partiendo de la consideración de que el traspaso que conlleva dicho embargo era una facultad voluntaria del arrendatario a la que no podía ser forzado, ni siquiera por la Ley (PRIETO CASTRO, «Embargo del Derecho de Traspaso», en *Revista de Derecho Procesal (RDProc)*, 1949, pág. 203 y sigs., cuyas ideas fueron desarrolladas por RODRÍGUEZ SOLANO, «El embargo del derecho de traspaso», en *RDProc*, 1949, pág. 447 y sigs.). Esta tesis no tuvo, sin embargo, mucho éxito ni en la doctrina ni en la jurisprudencia (vid., por ejemplo, ESPUNY GÓMEZ, «Más sobre el embargo de derecho de traspaso», en *RDProc*, 1950, pág. 457 y sigs., oponiéndose a los dos autores anteriores citados). Después de la LAU 56, su defensa es prácticamente imposible, una vez que su artículo 33 (que, como se ha dicho en el texto, pasó a ser el actual art. 33 del texto de 1964) reguló algunos extremos del embargo.

Todo ello no significa que el deber del sucesor se amplíe aquí por la circunstancia de que el traspaso del arrendamiento no exija ya el consentimiento del arrendador, al contrario de lo que ocurre con los arrendamientos de vivienda (arts. 8 LAU 94 y 23 del Texto Refundido). El deber del sucesor sigue siendo exactamente el mismo, puesto que limita con el propio derecho de arrendamiento. Lo que ocurre, simplemente, es que ese deber va a poder resultar más fructífero de cara a los acreedores, como consecuencia de una circunstancia ajena al vínculo obligacional entre el sucesor y el acreedor, como es la no necesidad del consentimiento del arrendador para la eficacia del traspaso.

Al margen de estas consideraciones generales, hemos de hacer alguna referencia a otros aspectos importantes, algunos de ellos suscitados por resoluciones jurisprudenciales.

12.1. *Solidaridad entre coherederos. La STS de 24 de mayo de 1985*

En ocasiones, la regla de la solidaridad entre coherederos establecida por el artículo 1.084 del Código Civil no tiene aplicación cuando la obligación hereditaria no se adecúa a los parámetros de la solidaridad (76). Una excep-

(76) El Código Civil, al establecer la responsabilidad solidaria de los coherederos, pretende evitar el perjuicio que supondría para el acreedor la necesidad de demandar a todos los sucesores para cobrar su crédito. Sin embargo, existen casos en que esa responsabilidad solidaria no le reporta una ventaja especial. Así ocurre cuando la prestación consiste en dar una cosa determinada que ha sido adjudicada previamente a uno de los coherederos o cuando consiste en un hacer o un no hacer que sólo puede ser realizado por alguno de ellos. En estos casos, el acreedor podría, en virtud de la solidaridad pasiva, demandar al heredero que no tiene la cosa debida o al que no es idóneo para llevar a cabo la prestación de hacer o no hacer. Se trataría, simplemente, de una elección inoportuna del sucesor demandado, quien, además de no ser la persona indicada para el cumplimiento de la obligación, tampoco parece estar obligada a traer a juicio a la que sí lo es. En efecto, la posibilidad de citar y emplazar a sus coherederos (art. 1.084, párrafo 2.º) es, probablemente, una facultad personal suya, por lo que el acreedor tendría que ejercitar nuevamente su acción con el sucesor oportuno.

En otras ocasiones, cuando la actividad de cualquier heredero por sí sola es ineficaz para el recto cumplimiento de la obligación, el acreedor debe dirigirse contra todos los coherederos. Son casos en que la responsabilidad solidaria desaparece excepcionalmente con respecto a una obligación hereditaria en concreto y donde los sucesores involucrados en el cumplimiento de dicha obligación pueden aducir con éxito la excepción de litisconsorcio pasivo necesario si el acreedor no les demanda a todos conjuntamente. Un caso de esta especie es resuelto por la STS de 22 de marzo de 1990 (RA 1719). El supuesto de hecho consistía en una serie de ventas de unas fincas donde la vendedora se había obligado a realizar ciertos trabajos para urbanizarlas; tras la muerte de tal vendedora, los compradores demandan a dos de los tres herederos solicitando el cumplimiento de la obligación de realizar los expresados trabajos de urbanización, así como la elevación del contrato a escritura pública. El TS condena a lo primero en base al artículo 1.084, pero no a lo segundo, apreciando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por los herederos demandados, por lo que exime de la obligación de elevar el contrato a escritura pública a tales herederos.

ción a esa regla puede plantearse en sede arrendaticia. Así ocurre con la obligación de desalojo de inmueble a causa de un incumplimiento del causante, por una parte, o de un suceso objetivo acaecido mientras éste vivía, por otra (ruina, expropiación). En tales casos, es evidente que la regla de la solidaridad no puede tener aplicación, ya que la obligación de desalojar ha de ser cumplida física e individualmente por *cada uno* de los sucesores en el contrato. Para que el desalojo sea total, el arrendador ha de demandar a todos y cada uno de ellos, ya que de lo contrario los no demandados no podrán ser ni condenados ni, por consiguiente, forzados al desalojo. Ello es así porque la regla del artículo 1.084 del Código Civil no parece permitir que la obtención de una sentencia condenatoria contra uno de los herederos pueda ser ejecutada contra aquellos que no han sido parte del juicio, puesto que ello constituiría una vulneración del derecho de defensa (art. 24 CE) (77). Así pues, la sentencia que condene al desalojo de determinados sucesores en el contrato no podrá ser invocada por el arrendador como título ejecutivo para el desalojo de los restantes sucesores. Todo ello sin perjuicio de las acciones derivadas de las relaciones internas entre los coherederos, sean o no ocupantes del inmueble.

En todos los demás supuestos donde el tipo de obligación hereditaria a cumplir sí se ajuste a los cánones de la solidaridad, será aplicable la regla del artículo 1.084 del Código Civil. El ejemplo más claro que puede darse al respecto es el de las obligaciones consistentes en pagar una suma de dinero; en virtud de esa regla, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los herederos para reclamar el pago íntegro de lo debido por el causante. Un caso de esta especie podría debatirse en la *STS de 24 de mayo 1985 (RA 2618)*. En el supuesto de hecho de esta sentencia, el arrendador no pedía la resolución del arrendamiento de local, sino simplemente el importe de rentas adeu-

(77) El acreedor puede demandar a uno o a todos los deudores (art. 1.144 del Código Civil). Pero, en cambio, no puede demandar a uno sólo pretendiendo una condena contra todos. A pesar de la literalidad del artículo 1.141, párrafo 2.º del Código Civil, no parece posible que pueda condenarse a alguien si no ha sido parte en el juicio, aunque se trate de un deudor solidario; ello iría contra el derecho constitucional de defensa (art. 24.2 CE), en tanto que alguien sería condenado sin haber sido oído. No cabe, por tanto, la ejecución forzosa contra aquél que no ha sido demandado, quien podrá excepcionar por esta causa. Así pues, los coherederos sólo tendrán la condición de parte procesal si son demandados por el acreedor hereditario o, aunque no hayan sido demandados, si son citados por el coheredero que sí lo ha sido (art. 1.084 del párrafo 2.º del Código Civil). Vid., PEÑA, *op. cit.*, pág. 341. Refiriéndose a la solidaridad de deudores en general: FERNÁNDEZ, *Leciones de Derecho Procesal*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1986, págs. 403, 405 y 407; ALAMILLO SANZ, «La solidaridad de deudores y el litisconsorcio pasivo necesario», en *La Ley*, 1984-2, pág. 1090; CAFFARENA, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, págs. 137-138. No obstante, hay autores que admiten la eficacia de la sentencia frente a los que no han sido demandados (GUILARTE, «Comentarios Albadalejo», XV-2.º, *op. cit.*, págs. 333 y 337; LACRUZ, «Elementos...», II-1.º, *op. cit.*, pág. 56).

dadas. El arrendador había demandado a la viuda, pero el TS estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por el hecho de que, además de la viuda, en el contrato había sucedido otro heredero (un hijo de un anterior matrimonio del causante): «...generando en consecuencia la precisión de demandar en reclamación de las rentas adeudadas afectantes al repetido arrendamiento no exclusivamente a la viuda, en su consideración de mera heredera usufructuaria, sí que también a los demás herederos, y por tanto al que lo es por su consideración de hijo de anterior matrimonio del tan aludido causante arrendatario del vínculo arrendaticio en cuestión, como directamente interesado en él, cuya omisión produce situación de litisconsorcio pasivo necesario...» (Cdo. 2.º).

Como es sabido, la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario tiene por objeto la preservación del principio constitucional de defensa (78). Ahora bien, dicha doctrina no puede contradecir una norma positiva como es la de solidaridad entre coherederos instaurada por el artículo 1.084 del Código Civil. Por otra parte, hemos de reiterar nuevamente que la solidaridad entre coherederos no implica un menoscabo del derecho de defensa. Por ello, ninguna aplicación puede tener esa doctrina en un supuesto como el presente, consistente en el pago de una obligación susceptible de ser cumplida íntegramente por uno solo de los coherederos. Este supuesto constituye el caso típico por excelencia contemplado por el artículo 1.084 del Código Civil, siendo inaplicable la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario. En resumen, en este tipo de obligaciones la regla de la solidaridad actuará plenamente y los coherederos demandados habrán de ser condenados al pago íntegro de lo debido por el causante, con independencia de si los demandados son o no todos los herederos (79).

12.2. Alcance del deber de continuar la actividad del causante

El deber de continuar la actividad desarrollada por el causante en el local arrendado es una simple aplicación del principio de transmisibilidad *mortis causa* de las obligaciones. En efecto, una de las obligaciones de todo arrendatario es la de destinar la cosa al uso pactado (art. 1555.2.º del Código Civil).

(78) Vid. DE LA OLIVA/FERNÁNDEZ, *Lecciones de Derecho Procesal*, I, 3.ª ed., Barcelona, 1986, pág. 399; BROCA/MAJADA, *Práctica Procesal Civil*, 21.ª ed., Barcelona, 1990, pág. 882.

(79) Nótese que, en el supuesto de hecho de la sentencia, la viuda sí tenía posibilidad de excepcionar la pretensión de pago del arrendador. Pero no por cuestión del recurso a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, sino por aplicación del artículo 510 del Código Civil. Efectivamente, la viuda, en su condición de usufructuaria, podría haber alegado este precepto obligando al arrendador a que dirigiese su demanda contra el heredero en la nuda propiedad del arrendamiento. Pero la sentencia no hace mención alguna a este argumento e incluso califica reiteradamente como heredera a la viuda.

En sede de arrendamientos de local, lo usual es que las partes estipulen de manera expresa el destino del local. Por ello, los sucesores están obligados a desarrollar la *misma* actividad pactada por su causante, obligación que está expresada en el artículo 33 y Disposición Transitoria 3.^a LAU 94 (80).

Los sucesores, por tanto, sólo podrán cambiar la actividad desarrollada en el local en los supuestos en que el contrato estipulado por su causante no especifique dicha actividad. Y aun en estos casos, será necesario tener en cuenta si la costumbre no impone un uso determinado del local, de acuerdo con el citado artículo 1555.2.^o (81). Frente a esta posición, un sector de la

(80) La doctrina acepta unánimemente esta conclusión: PARA, *op. cit.*, pág. 103; LASARTE, en *Comentarios a la LAU*, dir. por él mismo, *op. cit.*, pág. 1380; LINARES NOCI, *op. cit.*, págs. 849-850; PÉREZ DE VARGAS, *op. cit.*, pág. 196; LOZANO ROMERAL/FUENTES BARDAJÍ, *op. cit.*, pág. 213; CALVO VIDAL, en *La nueva LAU*, dir. por GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid, 1995, pág. 437; SANTOS BRIZ/MADRIGAL GARCÍA, *Comentarios a la LAU*, con GONZÁLEZ POVEDA y otros, Madrid, s.f., pág. 331; ALBACAR, «Legislación...», *op. cit.*, pág. 812; SILLERO CROVETTO, *op. cit.*, pág. 221; CUATRECASAS ABOGADOS, *op. cit.*, pág. 264; GARCÍA GIL/GARCÍA GIL, *op. cit.*, pág. 115. Con respecto al artículo 73 LAU 46, CONDOMINES, *Arrendamientos de inmuebles urbanos*, s.f., pág. 132. También la acepta BERCOVITZ, a pesar de las críticas que le dirige (*op. cit.*, pág. 698).

En Italia, por el contrario, existe discrepancia. Así, CATRICALA sostiene la obligación del sucesor de desarrollar la misma actividad del causante (*op. cit.*, pág. 435), en tanto que para BUCCI/MALPICA/REDIVO, «basta la legittimazione a continuare la attività, anche se poi questa non venga esercitata, per realizzarsi la successione nel contratto» (*op. cit.*, pág. 468). En este último sentido se pronuncia también CATELANI (*op. cit.*, pág. 301).

(81) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, II, pág. 208, y CUATRECASAS ABOGADOS, *op. cit.*, pág. 264. Para Navarra, téngase en cuenta lo dispuesto por la ley 596.1.

En la *STS de 16 de febrero de 1967 (RA 731)* el arrendador solicitaba la resolución del contrato por interpretar el cambio de negocio realizado por el sucesor (de farmacia a droguería). Dicho arrendador no alegaba ningún pacto que impidiese el cambio, ni tampoco se remitía a la costumbre, y se argumentaba de manera inconsistente en base al artículo 114.6.^a del Texto Refundido de 1964 (resolución por transformación en vivienda). Pero la sentencia rechazó acertadamente este argumento y aceptaba el cambio de negocio.

Menos acertada es la *STS de 1 de febrero de 1961 (RA 307)*. La comunidad hereditaria adjudicó el contrato a uno de los sucesores, el cual instaló un negocio propio; ante ello, el TS estimó que dicho cambio implicaba una cesión inconstituida, por lo que declaró la resolución del contrato. Este razonamiento se opone a una doctrina jurisprudencial consolidada que estima que la adjudicación del arrendamiento a uno de los herederos por parte de la comunidad hereditaria no constituye un supuesto de traspaso, doctrina que es compartida por los autores (SSTS de 19 de junio de 1959 —RA 2510—, 29 de abril de 1960 —RA 1698—, 12 de mayo de 1960 —RA 2039— y 19 de junio de 1969 —RA 3499—; CAPILLA, *Comentarios a la nueva LAU*, coord. por VALPUESTA, Valencia, 1994, pág. 488; FUENTES LOJO, *op. cit.*, *Novísima suma de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1996, pág. 1443, CRESPO, *op. cit.*, I, pág. 314). Pero, en lo que aquí concierne, obvia el dato fundamental de si en el supuesto de hecho en cuestión existía o no un pacto expreso, tácito o inferido de la costumbre que impusiese un determinado uso del local en cuestión. De hecho, este dato está ausente en todo el relato de la sentencia y todo hace sospechar que no existía en realidad, ya que de haberlo habido es meridianamente claro que el propio

doctrina interpreta el deber de continuación en sentido estricto, estimando que el sucesor no puede eludir dicho deber ejercitando el derecho de traspaso del local a un tercero, ya que ello frustraría la finalidad de la sucesión (82). Tal interpretación resulta discutible. El sucesor tiene, al igual que su causante, derecho de traspaso, el cual recibe por sucesión *mortis causa* y, por tanto, es libre de ejercitarlo de acuerdo con las disposiciones legales y contractuales. Si se decide a ejercitarlo, el local seguirá sirviendo de sede física para el desarrollo de la misma actividad u otra distinta y no perderá sus atributos funcionales. Por otra parte, hay que observar que la situación del arrendador sigue siendo la misma que cuando vivía el causante; éste era titular del derecho de traspaso, y, después de su fallecimiento, es transmitido al sucesor.

Por último, es conveniente aclarar que la ausencia de un pacto entre el causante y el arrendador en el que se contemple la dedicación del local a una determinada actividad, no autoriza a los sucesores a no desarrollar ninguna. El contrato de arrendamiento presupone que la cosa reciba algún uso, pues en caso contrario dicho contrato carecería de causa. Las partes no precisan incluir esta cláusula en el contrato, ya que forma parte del tipo legal y, por ello, su incumplimiento daría lugar a la resolución (arts. 1.556 y 1.568). Este deber de usar la cosa se pone especialmente de manifiesto en los locales comerciales, cuya falta de uso como tales perjudica su cotización económica (83).

arrendador lo habría invocado en primer lugar como argumento a su favor. De ser así, el cambio de negocio por el sucesor adjudicatario estaría autorizado.

(82) CRESPO ALLUE, *op. cit.*, págs. 315-316; FINEZ, *op. cit.*, págs. 352-353. En contra, SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 116, nota 343; FUENTES LOJO, *op. cit.*, pág. 1430, y la *STS de 12 de diciembre de 1973 (RA 4697)*.

(83) Acorde con lo expuesto se encuentra la *STS de 4 de junio de 1974 (RA 2618)*, que declaraba la resolución de un arrendamiento de local por la circunstancia de que los sucesores del arrendatario habían dejado de usar el local, sin ejercer en él ninguna actividad comercial. La continuidad de la actividad también es resaltada en la *STS de 28 de septiembre de 1974 (RA 3647)*, donde la ausencia de dicho requisito fue uno de los elementos de prueba que sirvieron de base al Tribunal para declarar finalmente la resolución del contrato por razón de que el supuesto heredero del arrendatario no llegó a ser realmente tal: «...la parte recurrente prescinde de las afirmaciones de la sentencia recurrida de que no solicitó hasta el 2 de marzo de 1972 la declaración de heredero del arrendatario fallecido; que en 15 de febrero de 1973, en que el Juzgado dictó sentencia declarando resuelto el contrato de local de negocio, no había recaído resolución en el expediente de declaración de herederos; no acreditó continuarse en el negocio expresado por el arrendatario...» (Cdo. 2.º).

RESUMEN

ABSTRACT

ARRENDAMIENTOS URBANOS

URBAN LEASES

Se trata de si el sucesor arrendatario debe asumir o no una posición deudora respecto del conjunto del pasivo sucesorio que exista en la fecha de la sucesión, y no sólo respecto del pasivo arrendatario.

Cuando se trata de arrendamientos de vivienda, la respuesta a esta cuestión es afirmativa y el sucesor arrendatario asume dicho pasivo en base a un estatuto básicamente liquidatorio. En virtud de este estatuto, el sucesor arrendatario asume las deudas del causante, pero limitándose a ofrecer en pago de tales deudas única y exclusivamente lo que ha recibido por sucesión, que es el propio arrendamiento. Este estatuto es único y abarca a todas las especies de obligaciones, sean de dar, de hacer o de no hacer.

Cuando el acreedor del causante es el arrendador, el estatuto liquidatorio del sucesor arrendatario es insustancial para el arrendador. Ello, porque el arrendador sólo va a poder dirigirse contra los sucesores ordinarios (no contra los arrendatarios), con independencia de la naturaleza de las deudas arrendatarias, ya sea de dar, hacer o de no hacer. Y si estos sucesores ordinarios no satisfacen las deudas arrendatarias del causante, la única vía que le queda al arrendador es instar directamente el desahucio, porque no puede obligar a nada más a los sucesores arrendatarios.

Por su parte, la sucesión de los arrendamientos distintos de los de vivienda se constituye, básicamente, como una sucesión mortis causa ordinaria. La LAU se limita a reiterar el principio de transmisibilidad mortis causa en sede de arrendamientos distintos de los de vivienda, remitiendo el régimen jurídico de la sucesión de estos arrendamientos a las

The question is whether or not the successor to a lease must assume borrower's status with respect to the whole of the successorial liabilities existing on the date of the succession, instead of assuming borrower's status only with respect to the liability under the lease.

When it is a question of housing leases, the answer to this question is yes, and the successor to a lease assumes said liabilities on the basis of a charter that is basically liquidation-based. Under this charter, the successor to the lease assumes the debts of the deceased, but limits himself to offering, in payment of such debts, solely and exclusively that which he has received by succession, i.e., the lease itself. This charter is single and can encompass all sorts of obligations, be they obligations to give, to do or to refrain from doing.

When the creditor of the deceased is the lessor, the liquidation-based charter of the successor to the lease has no substance for the lessor. This is because the lessor will only be able to call upon the ordinary successors (not the successors to leases), regardless of the nature of the lease-related duties, be they duties to give, to do or to refrain from doing. And if these ordinary successors fail to pay the lease-related debts of the deceased, the only channel left to the lessor is to file directly for eviction, because he cannot oblige the successors to the lease to anything more than that.

On the other hand, succession to non-housing leases is basically ordinary mortis causa succession. The Urban Leasing Act simply repeats that the principle of mortis causa transmissibility operates in non-housing leases, and the rules governing succession in such leases refer back to the common rules of the law on succe-

normas comunes del Derecho de sucesiones. De esta regla escapa, sin embargo, la sucesión establecida en la Disposición Transitoria 3.^a, donde el sucesor arrendatario tiene una posición estrictamente liquidadora, al igual que el sucesor en el arrendamiento de vivienda.

ssion. An exception is made, however, for the type of succession established in transitional provision 3, where the successor of the lease holds strict capacity as a liquidator, the same as a successor to a housing lease.

(Trabajo recibido el 16-12-05 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

La doctrina de Bentham (1) y el sistema registral de seguridad jurídica

por

MANUEL FIGUEIRAS DACAL
Registrador de la Propiedad (jubilado)

(1) El resurgimiento del pensamiento y la doctrina de BENTHAM *, representante principal del moderno *utilitarismo* y propulsor de una *iusperitia* —ciencia y conocimiento del Derecho— con sentido práctico y útil, se manifiesta actualmente, no sólo en los ámbitos jurídico y político (como lo demuestran las recientes publicaciones en los años 1990, 1991 y 2000, del Centro de Estudios Constitucionales y del Congreso de Diputados), sino también a nivel de la prensa diaria (Benigno Pendás, *ABC*, 29 de enero de 2000; Jose María LASALLE, *ABC*, diciembre de 2005 y 13 de enero de 2006).

Según Benigno PENDÁS, el «*benthamismo*» más que una doctrina, es un «*talante*», es decir, un proyecto de sentido común.

* Jeremy BENTHAM, jurista inglés (1748-1832), puede ser considerado el creador del moderno «*utilitarismo*», antes que su discípulo y pupilo John STUART MILL, a quien se atribuye; doctrina filosófica que considera la «utilidad» como principio de la moral, que trasladó después al mundo del Derecho. El filósofo londinense, cuya momia se conserva con todo respeto a su memoria en el University College London, fundado por él mismo y donde los estudiantes la sacan en procesión todos los años, fue contemporáneo de la etapa histórica de la Ilustración, llevó amistad con MELÉNDEZ VALDÉS, y cooperó en la redacción de la Constitución Española de 1812. Dejó una profusa obra jurídica, en parte incompleta y con numerosas anotaciones añadidas ocasionalmente, lo que dificulta su ordenación y traducción. En sus escritos, dice PENDÁS, se muestra contrario a un *iusnaturalismo* excesivamente riguroso, que sólo distingue entre el *ser* y el *deber ser*; y se inclina por un *positivismo*, aunque no absoluto sino corregido por un *racionalismo individualista* que, desde la primacía de la ley aboga por una interpretación pragmática, basada en la «*objetividad*» y la «*publicidad*», que permita desarrollar medidas útiles y prácticas en el marco del Derecho, «*cuyo fin primordial es ofrecer seguridad como garantía de la libertad individual*», y su finalidad última la de lograr «*el mayor grado de felicidad para el mayor número de ciudadanos*» («Jeremy BENTHAM, *Política y Derecho en los orígenes del Estado constitucional*», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988). Los autores traducen como «*felicidad*» lo que las modernas doctrinas económicas entienden por «*bienestar social*». Actualmente sería sinónimo de «*funcionalismo*», «*practicismo*», relativismo, etc.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: HACIA UN *IUS NOVUM UNIVERSALE*.

1. UN NUEVO DERECHO SOBRE UNA PLATAFORMA DE *FICCIONES*.
2. UN DERECHO CON SENTIDO PRÁCTICO.
3. UN DERECHO DE JURISTAS.
4. LA SEGURIDAD JURÍDICA DEBE SER SU FIN PRIMORDIAL.
5. EL SENTIDO OBJETIVO DE LO ESCRITO ES LO TRASCENDENTE POR RAZÓN DE SU PUBLICIDAD.
6. EL LENGUAJE JURÍDICO ES UN MEDIO DE DIFUSIÓN DEL SENTIDO PRÁCTICO DEL DERECHO.
7. LAS SOCIEDADES AVANZADAS DEBEN ATENDER A LA EVOLUCIÓN DE LA CIENCIA Y A LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS Y SOCIALES DEL MOMENTO, SIN OBIVIAR LOS PRECEDENTES HISTÓRICOS.
8. AHORA ES EL TIEMPO DE LA TECNOLOGÍA CIENTÍFICA.
9. EL SENTIDO PRÁCTICO DE NUESTRO DERECHO HIPOTECARIO.
10. UN CLARO EJEMPLO DEL UTILITARISMO SE PONE DE MANIFIESTO EN LA INSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

INTRODUCCIÓN

El mundo camina hacia un ius novum universale, que deberá quedar integrado por un vasto repertorio de razonamientos con rigor lógico y decisiones con sentido práctico derivadas de la aplicación combinada del Derecho continental europeo y el *common law* anglosajón, desarrollados ambos en torno a la figura del juez como un verdadero «jurista», que tuvo su primera seña de identidad en la figura de buen Pretor romano (2), por lo que no debe marginarse de un *utilitarismo* pragmático, preconizado por el insigne juriconsulto y filósofo inglés del siglo XIX Jeremy BENTHAM; todo lo cual constituye el gran reto jurídico del siglo XXI, que va a estar dominado por la tecnología científica y la globalización.

Desde la época del Derecho Romano es primordial la distinción entre un *Derecho Natural*, que sólo deriva de la razón; un *Derecho de Gentes*, que se aplica al común de las personas, y un *Derecho Propio* que, añadiendo o sustrayendo algo a los anteriores, lo convierte en el *Derecho de nuestro tiempo, de nuestra tierra y de nuestra gente*.

(2) «Siento admiración por el jurista práctico romano que utilizaba el pensamiento para ocuparse de las personas y las cosas y el Derecho para resolver los problemas de la convivencia» (HERNÁNDEZ GIL, discurso de apertura del curso 1992/3 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación).

La *Filosofía del Derecho*, al ocuparse del valor *inmanente* de la Justicia, nos enseña que según los principios del Derecho Natural, el uso y aprovechamiento de los bienes de la tierra es un derecho común e igual para todos. Pero esta afirmación, que, en su radicalismo estricto sería una auténtica «falacia» (3), resulta corregida por la *Sociología Jurídica* que se ocupa de la eficacia del Derecho, es decir, de la Ciencia y de la experiencia que examinan su validez y efectividad, puesto que la realidad *imperante* nos muestra que el mismo *Derecho de Gentes* excluye el uso igualitario e impone su «institucionalización» a través de un cúmulo de «ficciones» (4) jurídicas, para evitar que aquel uso común sea anárquico o se destruya la riqueza.

En esa *institucionalización*, que también viene impuesta por la razón y que, según la *Ciencia Jurídica*, determina lo que es naturalmente común y lo que conviene que sea privado o particular, descansa el reconocimiento de los *derechos subjetivos reales*, que son *ficciones en las que cristaliza el contenido jurídico de los aprovechamientos económicos que se atribuyen a las personas sobre las cosas para satisfacer sus necesidades*.

Para que sea eficaz un «derecho real» no basta, por tanto, con la apropiación de un bien concreto por el propio titular. En la realidad social, los *derechos subjetivos* no existen mientras no sean reconocidos por los demás a los que se impone *ipso iure* su respeto. Se componen, por tanto, de un *señorío interno* y un *poder excluyente* que se atribuyen a una voluntad determinada, y que van dirigidos, conjuntamente, a la realización de un *interés* (5) de conformidad con las normas jurídicas que le proporcionan las *acciones* necesarias para su protección durante todo el tiempo de su realización.

Pero, para que esta apropiación sea realmente eficaz debe exteriorizarse y manifestarse *erga omnes*, superando, incluso de modo *ficticio*, las barreras de lo materialmente imposible, lo que atribuye un papel esencial a la *publicidad*. Sobre todo a la «ficción» de una «*publicidad eficiente*» (6) como ins-

(3) Según BENTHAM, las «falacias», que derivan de los *sofismas* aristotélicos, son argumentos equívocos que aparentan verdades por conveniencia de sus autores, con intención de engaño, es decir, con el propósito o probabilidad de inducir a error, haciendo que aquel a quien va dirigido adopte una opinión errónea de la realidad («*Falacias políticas*», editado en 1990 por el Centro de Estudios Constitucionales, con un estudio preliminar de Benigno PENDÁS).

(4) Dice BENTHAM que las «ficciones» son mecanismos lingüísticos para referirse a creaciones ideales que se asemejan a las entidades reales, sin serlo, pero con la intención de que produzcan los mismos efectos. «Una entidad ficticia no tiene, ni debe tener supuestamente, una existencia real, pero de ella se habla gramaticalmente como si fuese real» (*Teoría de las ficciones*, Editorial Marcial Pons, año 2005, traducción de Helena GOICOECHEA, con un estudio preliminar sobre «la ficción de la justicia» de Manuel GONZÁLEZ PIÑERO).

(5) IHERING: «Donde no hay interés no está justificada la tutela».

(6) *Eficiente*: Virtud o facultad de producir un efecto determinado o deseado (Diccionario de la RAE). La *publicidad eficiente* no sólo informa sino que también mejora la calidad del producto.

trumento de difusión de aquello que, perteneciendo a un ámbito concreto y a una etapa determinada, se supone conocido por todos, por lo que deriva en general y permanente. Es decir, por su incorporación a un Registro oficial, *el acto o contrato otorgado inter partes pasa del ámbito privado al público, y deja de ser época para figurar intemporal, por lo que puede ser útil como determinante de decisiones futuras y preservación de situaciones óptimas.*

1. EL NUEVO DERECHO SE CONSTRUYE SOBRE UNA PLATAFORMA DE «FICCIONES», PERO DEBE RECHAZAR LAS «FALACIAS» ENGAÑOSAS

Una «ficción», dice BENTHAM, es una «entidad ideal a la que se le atribuye una existencia real sin que haya intención de hacerlo». Es, por tanto, una simple «nominación» que produce los mismos efectos que una entidad real sin llegar a serlo.

La misma palabra «derecho», en opinión del eminente jurista, es el nombre de una de ellas, es decir, un objeto inventado cuya existencia se supone para fines del discurso, sin el cual no sería posible: *Su carácter «ficticio» radica en el uso indebido de expresiones y analogías del mundo material para referirnos a los derechos del hombre, que no son más que consecuencias que responden a situaciones creadas artificialmente dentro del orden jurídico.* Se dice que el hombre *posee un derecho*, o que está *investido de un derecho*, como si pudiera tenerlo en la mano o vestirse con él, cuando nada de esto es real, puesto que, de las tres nominaciones que se emplean para calificar los derechos de *naturales, morales* o *políticos*, los dos primeros conciernen exclusivamente al fuero interno, bien racional o de conciencia, y únicamente los llamados *derechos políticos* (7) *«tienen un significado preciso e inteligible que se manifiesta como tal derecho debido a que existe una predisposición del gobierno a garantizarlos mediante prácticas coercitivas del poder, por lo que son, de hecho, derechos jurídicos».*

«En principio, dice BENTHAM, son las disposiciones dictadas por quienes ejercen los poderes del gobierno las que otorgan a un individuo, en la medida que de ellos dependa, la facultad de disfrutar del beneficio inherente a un derecho determinado». Y, por otro lado, «las normas jurídicas que los regulan son tales, no porque gocen de ninguna cualidad intrínseca y espe-

(7) Los derechos *políticos* son los que corresponden al hombre como ciudadano de un determinado Estado. Los derechos *naturales* corresponden al hombre como tal, pero en la realidad todo lo más que pueden significar es que el individuo debiera tenerlo como un derecho político o que debiera estar protegido y asegurado en el ejercicio de ese derecho. El derecho *moral* hace referencia a la esfera interna de la conciencia del hombre.

cial, sino simplemente porque son ficciones respaldadas en su cumplimiento por el poder coercitivo del Estado».

Los ejemplos de *ficciones jurídicas*, que desde su creación en el Derecho Romano han pasado a los ordenamientos actuales, son innumerables. Y son claros ejemplos la referencia al «*buen padre de familia*», que en el *Corpus Iuris Civilis* encarnaba el sentido medio de la vida social, y que es utilizada en varios preceptos del Código Civil como ficción de normalidad; la *traditio ficta* del artículo 1.462, párrafo segundo; el *nasciturus* como sujeto de derechos, según el artículo 29.

La misma palabra «*propiedad*», que en el lenguaje vulgar es equívoca —ya que lo mismo se emplea para significar una *cualidad* especial de la cosa, como la *facultad de disposición* que tenemos sobre ella, o sobre un derecho, o *la misma cosa o derecho* que está sujeta a nuestra disponibilidad—, se identifica con el vocablo *dominio* (8), que, como término jurídico, es unívoco y supone una «*ficción*» de la misma *propiedad material* referida a cada uno de los *aprovechamientos económicos* susceptibles de utilización independiente, por lo que se usa para «nominar» el *poder exclusivo* de usar y disponer libremente de una cosa o de un derecho; es decir, *dominar los valores económicos*. Por eso, para el Derecho estricto, mientras la palabra «*propiedad*» supone un *vínculo físico* de la persona con el objeto económico que lleva implícita la idea de su «*apropiación*» en virtud de algún título, el vocablo «*dominio*» expresa un *vínculo jurídico de poder que presupone la «legitimidad» de ese título*; por lo que no es más que una *ficción* con la que nos referimos a una «*situación jurídica de la propiedad económica*» (9).

Y, por lo mismo, también podemos considerar como *ficciones* los «*derechos inscritos*», o «*inscribibles*», puesto que no son más que simples *nominaciones* que aluden a aquellas situaciones jurídicas «reales» que hacen derivar de su publicidad registral una mayor eficacia *erga omnes*, bien de una

(8) La *propiedad*, tanto en su fundamentación filosófica como en su trayectoria histórica, tiene siempre como referencia el aprovechamiento por el hombre de las cosas que necesita utilizar para satisfacer sus necesidades. Por lo mismo, el *dominio*, en su referencia al poder excluyente, también tiene un fundamento racional —«*razones de necesidad y utilidad*»— y, como tal, no es contrario al Derecho Natural: «*Todo hombre se siente llamado a dominar la naturaleza; y reconoce la misma facultad en los demás; de ahí la necesidad de un acomodamiento, es decir, de encontrar la regla que determine la parte o porción de poder que debe corresponder a cada individuo*» (SAVIGNY).

(9) Aunque para gran parte de la antigua doctrina jurídica la distinción entre *propiedad* y *dominio* es vacua e inerte, para los autores modernos la diferencia es fundamental, puesto que contraponen el «*objeto*» sobre el que se ejerce el poder y el «*poder*» que se tiene sobre el objeto. Primero se contempla el bien que necesitamos apropiarnos, y para usar de él decimos: «*esta cosa es de mi propiedad*»; después, frente a los demás y para excluirlos, se afirma: «*yo tengo el dominio sobre esta cosa*» («La disociación jurídica del dominio y el pluridominio», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, julio-agosto, año 2002).

manera directa o como consecuencia excepcional de determinadas cláusulas obligacionales que se interrelacionan de forma inherente con las de eficacia real y les comunican también ficticiamente efectos *erga omnes* (10). Y lo mismo puede decirse de los derechos que se hacen recaer sobre *fincas inmateriales* o meramente «ficticias» (como las *concesiones*) (11), y los llamados «derechos ideales» que, aún de modo temporal, se consideran independizados de las fincas que los generan, por lo que sólo adquieren «apariencia real ficticia» por su acceso al Registro (como el *derecho de opción*, o los *derechos urbanísticos*) (12).

(10) Se trata de relaciones contractuales de carácter mixto en las que, a las fórmulas comunes de eficacia real se unen otras estipulaciones *obligacionales* complementarias que, o bien condicionan el acto con eficacia resolutoria en caso de incumplimiento (como la obligación de tener asegurada la finca hipotecada) o se unen a la finca de una manera inseparable y *vinculante*, al modo de obligaciones «*inherentes*» a una especial situación (como el «destino» específico de la finca hipotecada, que debe mantenerse, o el del mismo préstamo, que debe ser invertido en incrementar el valor de aquella y por tanto la garantía), o cualesquiera otras fórmulas de carácter obligacional que supongan una «sujeción atípica de su titular», cualquiera que sea, y por tanto esencialmente *propter rem*, que abdica respecto de una determinada finca a la facultad de ejercicio de un derecho, a favor de los que contraten con él respecto de la misma (obligación de no edificar o no dar mayor altura). Estas cláusulas, por su inscripción en el Registro, «*se adhieren de alguna forma a la propiedad del bien cuyo uso se limita, y de esa forma trascienden a terceros*», como las *vinculaciones ob rem* (STS de 5 de junio de 1976).

(11) La finca «registrar» no es siempre un «trozo de terreno», o un «espacio deslindado de la superficie de la tierra», sino que, en determinados supuestos excepcionales —cada vez más numerosos—, esa unidad básica que delimita y sirve de soporte a los derechos, es solamente «*ideal*» o de creación meramente «ficticia», según fórmulas jurídicas consagradas (como las «*concesiones administrativas*» y los *derechos sobre el «agua»*) o que se presentan como formas especiales de «*aprovechamientos económicos*» que se presentan independientes del suelo, al materializarse sobre «espacios cúbicos» bien definidos, subterráneos o aéreos, o que son valores creados oficialmente por los planeamientos urbanísticos, como los derechos de «*aprovechamiento urbanístico*» distintos del derecho de edificación o del volumen edificable autorizado.

(12) En la moderna Legislación Urbanística, que regula las diversas utilidades de los terrenos, según sean calificados de «urbanos», «urbanizables» o «no urbanizables», y que van a marcar los límites legales del «estatuto» de la propiedad en cada caso, se establecen, en determinados supuestos, *nuevos derechos* de gran valor económico, como consecuencia de nuevas formas de utilidad real de los predios (como la propiedad espacial o volumétrica, referida al espacio aéreo, incluso en terrenos demaniales, según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril del año 2002, que asimila su regulación a la de los complejos urbanísticos), y hasta otros *derechos inmateriales* que recaen sobre objetos de creación puramente «ficticia», a los que se les reconoce también valor económico mediante una especie de «ingeniería jurídica», como ocurre en los «*aprovechamientos urbanísticos*» que surgen en los sistemas de ejecución de los Planes de Ordenación Urbana como singulares «derechos económicos», puesto que, incluso pueden ser considerados, transitoriamente, como «valores independientes de las fincas que los generan», y sólo se concretan en los Proyectos, regulándose su traslación desde las fincas de origen a las «parcelas de resultado», y también su negociabilidad (y hasta su hipotecabilidad, según el art. 43 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, relativo a las Normas

Según estos cánones predispuestos por la Ley, el mismo concepto de «*justicia*» (13) carece de una realidad única (14), ya que, como dice BENTHAM, en la realidad social «*la Justicia se corresponde con un objeto abstracto que tiene tantos puntos de referencia posibles como individuos que se la puedan o quieran imaginar*», por lo que «*se transforma en cada discurso*». De ahí la separación que la Filosofía hace de una «*Justicia natural*» (que deriva de la ética racional y es igual para todos y en todas partes) y una «*Justicia legal*» (que deriva de una convención otorgada en un determinado momento y lugar, y que busca la utilidad para un determinado grupo); y también la distinción que desde el punto de vista jurídico se predica entre una «*Justicia subjetiva*» (que presupone un conocimiento estricto del Derecho y conlleva la «previsibilidad razonable» de las consecuencias jurídicas) y la «*Justicia objetiva*» (que deriva únicamente del cumplimiento de unas exigencias indispensables, y supone exclusivamente una «comprobación mecánica», para que se produzcan los efectos derivados de una determinada situación que se estima más conveniente que la opuesta); a cuyas fórmulas ya tradicionales se unen otras expresiones más modernas, motivadas por nuevos derechos establecidos o impuestos por la evolución de las sociedades, como la «*Justicia social*».

2. EL NUEVO DERECHO DEBE TENER UNA FUNCIÓN PRIMORDIAL DE UTILIDAD SOBRE LA BASE DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Para BENTHAM, que fue muy crítico con la práctica jurídica inglesa, *todos los actos humanos deben ser juzgados según su utilidad*.

Si bien, en su origen primario, el Derecho nace para la protección de los individuos en una colectividad, evolucionó posteriormente a la protección de la misma sociedad, aunque no *in abstracto*, puesto que, conforme a las doctrinas económicas emergentes, *el fin primordial del Derecho se identifica pronto con la consecución de un bienestar social general, a través, sobre todo, de la protección de la seguridad jurídica*. Y en una etapa más avanzada, se busca una *conciliación de los intereses individuales con el interés general*, por lo que el Derecho vuelve a su fin inicial aunque matizado: *ofrecer la máxima seguridad en la sociedad para garantizar la libertad de todos*. Para ello, como ya se había pronunciado BENTHAM, *es preciso recha-*

Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística).

(13) Nos referimos a la *justicia humana*, que es la derivada de un Derecho positivo concreto.

(14) Según BENTHAM, no existe una entidad independiente que corresponda a la palabra «*justicia*».

zar, tanto la sustantivación del interés público o colectivo, que no es más que una nominación ficticia, como la protección excesiva de los intereses particulares, parciales o de fracción que se interponen entre los individuales y los generales sin causa justificada, buscando exclusivamente la satisfacción abusiva de los propios «intereses siniestros». Por lo mismo, en su *Anarchical fallacies* se manifiesta contrario a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789 (Revolución francesa), y considera que *sobran los principios dogmáticos, puesto que son las mismas normas jurídicas las que deben ser interpretadas y aplicadas de forma pragmática a través de un ajuste de intereses que eluda excesos y busque la producción de unos efectos prácticos y útiles*. Esta posición crítica con las proclamas retóricas fue reiterada en los tiempos actuales por numerosos seguidores de la moderna doctrina relativista, como Norberto BOBBIO (15), que afirma que *lo importante de los «derechos humanos» (justicia, igualdad, fraternidad y solidaridad), más que en su reconocimiento mediante declaraciones solemnes, está en su realización y protección*.

En la realidad actual, dice Benigno PENDÁS, el «utilitarismo jurídico» de BENTHAM es aplicable a la necesaria reforma de múltiples sectores del ordenamiento jurídico. Y concretamente en cuanto al Derecho Civil propugna una reformulación, desde ese punto de vista utilitario, tanto de la *teoría de las obligaciones* como los *derechos reales*, con especial referencia al *dominio*, en cuya consideración específica alguna de sus conclusiones enlazan con la moderna doctrina de la «*función social de la propiedad*».

Una de esas conclusiones parte del hecho de que las sociedades modernas exigen en todo momento el establecimiento de un «*orden eficiente de la propiedad*» que se debe fundamentar, no sólo en la *auctoritas* del gobierno que lo implante, como si la aplicación del Derecho tuviera lugar por medio de una máquina de razonar en función de intereses, sino también, y sobre todo, en la necesidad de garantizar objetivamente una «*seguridad jurídica*» que, sin vulnerar la racionalidad ni eludir la Justicia en cualesquiera de sus formas, justifique, en su caso, la aplicación de la norma coercitiva en situaciones excepcionales, con apoyo, bien en una *Justicia ética* que intente «remediar la injusticia» mediante la protección de los derechos indispensables y

(15) «No se trata de asegurar los llamados derechos primarios o existenciales, sino de garantizar su eficacia y protección», dice Norberto BOBBIO, jurista y filósofo italiano, nacido en Turín en 1909 y que murió en 2004. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Turín, llegó a ser senador vitalicio. Neopositivista jurídico, niega la existencia de un Derecho Natural, aunque reconoce su función histórica y admite el reconocimiento de valores morales superiores a las leyes positivas; propugna también por la libertad individual y la justicia social («Contribución a la Teoría del Derecho», Torres editor, Valencia, 1980. *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987; *Diccionario de Política*, junto con Matteucci. Siglo XXI Editores, Madrid, 1982. *Teoría de la Ciencia Jurídica*, 1950).

de los nuevos intereses sociales emergentes («*más igualdad aunque sufra la libertad*»), o bien en una *Justicia objetiva* que proteja la confianza en la apariencia (registral) como la verdad más presunta, y hasta en determinados supuestos, la imponga como la verdad oficial.

Por consiguiente, siguiendo estos razonamientos, si, como hemos dicho, el *dominio* es una *ficción jurídica* de la misma *propiedad económica*, referida a cada uno de los *aprovechamientos* con «vocación» independiente, el «*orden de la propiedad*» que implante cada Estado de Derecho será el *régimen* o «*estatuto*» que va a regular ese dominio —*individual o plural, pleno o limitado*— que se ejercita sobre las *utilidades* de una cosa que tienen un valor económico reconocido en el tráfico. En su aspecto «*objetivo*» predominará la idea de «atribución», que implica la «*legitimidad*» en el modo de adquirir y poseer. Y en su aspecto «*subjetivo*» predominará la situación de «*poder o potestad*», que se manifiesta en las diversas facultades que se pueden ejercitar sobre las cosas o los derechos; es decir, los «*derechos subjetivos*». Pero, siempre bajo la idea de que será necesaria una «*organización*» de lo plural para un mejor aprovechamiento, en armonía, de todas las utilidades que es susceptible de proporcionar una cosa o un derecho, al propio dueño y a los terceros.

3. EL NUEVO DERECHO DEBE SER UN DERECHO DE JURISTAS, QUE DEBERÁN EXPRESAR EN SUS RESOLUCIONES Y DECISIONES EL SENTIR GENERAL DE LA SOCIEDAD A LA QUE VAN DESTINADAS, Y, POR CONSIGUIENTE, DEBE ESTAR POR ENCIMA DE UN DERECHO EXCLUSIVO DE LEYES (QUE PUEDE CONDUCIR AL DESPOTISMO) Y DE UN DERECHO ABSOLUTO DE JUECES (QUE DEJA ABIERTO EL CAMINO A LA ARBITRARIEDAD)

El denominado talante «*benthamista*» (16), en su intento de racionalizar y simplificar la formalización e interpretación del Derecho positivo (mejor cuando está codificado, porque se refuerza la unidad del ordenamiento), facilitará también su aplicación práctica en cada supuesto concreto. Por lo mismo, según BENTHAM, como también hemos dicho, desde un punto de vista pragmático se debe rechazar la abstracción de las leyes, puesto que «*el Derecho y la Justicia no deben ser un remanso de paz cívica, sino como un evangelio de utilidad*», cuya finalidad última es la de lograr *el mayor grado de «felicidad» para el mayor número de ciudadanos*, aunque no la felicidad individual, sino el *bien social*. Los autores traducen por «*felicidad*» lo que las

(16) Ver nota 1.

modernas doctrinas económicas entienden como «*bienestar social*» (17). Actualmente sería sinónimo de «*funcionalismo*», «*eficiencia*», «*practicismo*», «*relativismo*», etc.

Y serán esas mismas modernas teorías económicas las que, en los tiempos actuales, entiendan que la *ficción* del «*Estado de bienestar*» ya no puede sostenerse en términos absolutos, y debe dejar paso a la «*Sociedad del bienestar*». El matiz diferencial está en que no será siempre el Estado, sino que en muchos sectores, y cada vez con más amplitud e intensidad según las épocas, «*debe ser la misma Sociedad la que determine qué necesidades son imprescindibles para su mejor desarrollo, y cuáles deben ser los medios públicos o privados que han de utilizarse para satisfacerlas*» (18). Y hasta se llega a decir que «*es la misma Sociedad la que debe proporcionarse a sí misma el debido bienestar*», para lo cual se reivindica la vuelta del «deber de solidaridad» del ámbito público, donde funciona como «imposición», al ámbito del individuo y de las «Asociaciones No Gubernamentales», en el que funciona por «convencimiento racional», y del cual nunca debió salir.

Mejor que dictar Leyes imperativas que pueden llegar a anular las voluntades individuales, el objetivo debe ser favorecer la formación de juristas que trabajen por unir intereses en vez de desunir finalidades: Un *Derecho de juristas*, al modo de la actuación del *Pretor romano*, y que debe ser trasladado a los Ordenamientos jurídicos actuales para que puedan ser rechazadas las *falacias equívocas y engañosas*. Y son tales, como dice BENTHAM, las *falacias de autoridad*, que reprimen por completo el ejercicio de la facultad de raciocinio; o las *falacias de peligros*, o de los malos designios, y las *de dilación o confusión*, que surgen del uso indebido de términos impostores (*nadie se queja o el fin justifica los medios*). No obstante, el buen jurista sí podrá apoyarse en una amplia plataforma de «*ficciones útiles*», en busca de soluciones comunes que sirvan de comodines en la aplicación de un Derecho práctico y útil para todas las épocas, y para cualquier cambio de gobierno. «*Una perfecta gobernación de todo proceso cambiante no consiste, siempre, en imponer unas instituciones reguladas por normas rígidas* (por ejemplo, la inscripción «necesaria» u «obligatoria») *que, al condicionar las voluntades particulares, difícilmente se adaptan a las circunstancias de cada caso con-*

(17) Para BENTHAM, *el bien social es la «suma algebraica» de los beneficios disfrutados por los individuos*, sin que en ningún caso un bien general pueda ser perjudicado por otro individual, aunque sí a la inversa. No otra cosa es lo que sostienen las modernas teorías económicas al afirmar que, incluso en el orden jurídico, *la «optimización» del bienestar social exige que «la deseabilidad de una buena situación individual debe ceder ante una situación general mejor»* (VILFREDO PARETO, creador del concepto de *eficiencia*).

(18) Por esta misma idea, el político Gaspar MELCHOR DE JOVELLANOS (1744-1811) —contemporáneo de BENTHAM—, en cuya época fue Ministro de Gracia y Justicia, sentenciaba: *¿Por ventura es la sociedad otra cosa que una gran compañía en la que cada uno aporta sus luces y sus fuerzas y las consagra a la realización del interés general?*

creto. En la mayoría de los casos, al margen del sistema político del momento, será preferible establecer unos principios básicos formulados como síntesis de los fundamentos sociales indispensables, y dictar normas vivas que, sobre la base del reconocimiento de la dignidad de todos los hombres y, consiguientemente, admitiendo como punto de partida la iniciativa individual, permitan el libre ejercicio de todos los derechos, nacidos o por nacer, que merezcan ser debidamente protegidos y tutelados por el ordenamiento, sin perjuicio de orientarlos al bien común y de asegurar, en su caso, la imposición y aún la coacción externas únicamente cuando sean necesarias para mantener el orden público y para garantizar a todos un mínimo de bienestar» (19).

4. LA SEGURIDAD JURÍDICA ES «CRIATURA EXCLUSIVA DE LA LEY», SI BIEN, EL DERECHO, LO MISMO QUE LA POLÍTICA, DEBE SER ESTABLECIDO Y APLICADO A PARTIR DE BASES CIENTÍFICAS, Y NO DE MERAS TÉCNICAS FICTICIAS

BENTHAM, dice PENDÁS (20), desprecia a los «profesionales de la razón pura» y resalta la autonomía del Derecho positivo, por lo que, *desde la primacía de la ley aboga por una interpretación pragmática, basada en la «objetividad» y la «publicidad», que permita desarrollar medidas útiles en el marco del Derecho como «protector de la libertad individual».*

Por consiguiente, la «publicidad» y la «objetividad» son, para el filósofo y jurista, junto con la *racionalidad* y la *voluntariedad*, los soportes de la aplicación práctica del Derecho como resortes que conllevan a un «utilitarismo científico» y permiten la construcción de acciones individuales en un ámbito jurídico seguro. *Los derechos y las obligaciones, dice, «son hijos de la ley» y la seguridad jurídica ocupa el rango más elevado a los fines del Derecho; por lo que «en caso de conflicto entre seguridad e igualdad es prioritaria la primera».*

Actualmente, y en el mismo plano de la *seguridad jurídica*, los Sistemas Registrales nominados «de gran desarrollo técnico jurídico» —como el que se implanta en nuestro Ordenamiento por el moderno Derecho Hipotecario nacido en 1861—, se apoyan en la «publicidad» y en la «objetividad» para resaltar la protección jurídica del contenido de los asientos registrales, como auténticas *ficciones jurídicas* que permiten sostener que *lo inscrito es la*

(19) *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*, Editorial DIJUSA, año 2001.

(20) Benigno PENDÁS, en el Estudio preliminar al libro *Falacias políticas*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, año 1990.

verdad oficial y lo no inscrito es como si no existiese, por lo que no puede perjudicar al que adquiere confiando de buena fe en la apariencia registral.

El primer soporte, es decir, la «*publicidad*», facilita la aplicación práctica del Derecho sobre la base de una «*ficción*» que presupone una mejor *cognoscibilidad* de lo que se anuncia oficialmente y una *sutil ignorancia* de lo que permanece oculto, lo que permite atribuir *ex lege* a lo publicado la presunción de ser reconocido por todos como la «*verdad oficial*».

Este principio de la *publicidad* como instrumento de la «*seguridad jurídica*» es reconocido por BENTHAM como aplicable a muy diversos sectores («*maximize publicity*»), y no sólo en sentido formal, sino también en el aspecto real, extendiéndola a todos los actos de los gobernantes y a las opiniones de los gobernados, y, como es natural, también a los procedimientos administrativos y a los registros públicos.

En el mismo sentido, la *publicidad registral* de los actos y negocios de «*eficacia real*», les confiere una mayor efectividad frente a todos (*erga omnes*). Estos efectos se producen, sobre todo, en el *derecho de la propiedad o dominio*, y en la desmembración de alguna de sus facultades (*derechos reales de goce o disfrute*, y aún también los *de garantía*), por lo que podemos afirmar que, aunque no seamos plenos «*propietarios*» de los bienes que utilizamos —puesto que ni siquiera tenemos un poder absoluto sobre los propios *inscritos a nuestro nombre* (21)—, sí tenemos un *dominio* «*ordenado*» sobre todos y cada uno de los *derechos* y *aprovechamientos* que derivan de las diversas *utilidades* económicas que nos pueden proporcionar tanto nuestros bienes propios como los ajenos, y que según el Registro de la Propiedad nos pertenecen legítimamente porque sobre ellos ejercitamos nuestros «*derechos subjetivos*». No obstante, para que esos *derechos subjetivos que se ejercen sobre las cosas materiales*, tanto propias como ajenas —los llamados «*derechos reales*»—, sean plenamente eficaces, necesitan el reconocimiento y el respeto de todos, para lo cual será preciso, no sólo darles la suficiente «*publicidad*», sino también dotarles de una «*tutela judicial efectiva*». Y en esto consiste, esencialmente, *el Sistema de Protección Jurídica por el Regis-*

(21) Se puede afirmar que es del todo imposible encontrar en la Historia del Derecho una «*unidad de dominación total*», es decir, un poder unitario que concentre todo el dominio «*global*» que se puede ejercitar sobre las cosas o los derechos; puesto que, siempre, incluso en la época del «*feudalismo absoluto*», el derecho dominical, aún siendo por su propia naturaleza de tendencia individualista y expansionista, ha tenido que compartir sus facultades, al menos con un dominio «*eminente*» por razón del superior poder soberano del Estado, o del común de los hombres, que en todo tiempo ha tenido sus manifestaciones más evidentes en el Derecho Tributario, en la Expropiación Forzosa y en la reserva sobre el derecho a la explotación de las aguas y los yacimientos mineros; y sobre todo, en términos más generales, ya de antiguo, en la función social de todas las formas de propiedad («*La disociación jurídica del dominio y el pluridominio*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 672, julio-agosto, año 2002).

tro de la Propiedad (22), cuya eficacia se produce con apoyo en una rama singular del ordenamiento jurídico, el llamado *Derecho Hipotecario*, fundamentado en unos principios jurídicos, conforme a los cuales, desde una «*calificación profesional y responsable*» previa a la «*registración*», y un riguroso orden en el despacho de los documentos (principios de «*prioridad*» y «*tracto sucesivo*»), se impone *ex lege*, y bajo la *salvaguardia de los tribunales*, la presunción de «*legitimidad*» de lo inscrito y la inoponibilidad de lo no inscrito, y a veces la «*veracidad e integridad*» del contenido del Registro con valor *iuris et de iure*. Estos son los llamados *principios hipotecarios* que conforman una Institución Jurídica por medio de la cual se impone una especial forma de *Justicia objetiva, cautelar y social* —que la Constitución también garantiza (23)— con la finalidad de proteger la propiedad, aún aparente (24), y clarificar los derechos sobre las cosas, proporcionando *seguridad al tráfico jurídico* y favoreciendo el *desarrollo del crédito*, que son dos de los pilares que sirven de apoyo a una óptima evolución económica.

El segundo elemento a considerar es la «*objetividad*».

5. SI LA MISMA MATERIALIZACIÓN DEL TEXTO ESCRITO ES CREADORA DE UN SENTIDO OBJETIVO, ES ÉSTE, Y NO OTRO, EL QUE DEBE IMPONERSE *ERGA OMNES* POR RAZÓN DE LA PUBLICIDAD

En la común evolución de todas las Sociedades modernas europeas hay un momento que se sitúa entre los siglos XIX y XX, en que se produce un gran cambio en la función pública al transformarse el régimen absoluto, propio de los Estados soberanos del Antiguo Régimen, en un régimen administrativo que desembocó en el actual Sistema de «servicio público». Pero es en la etapa de entre-guerras (mundiales), como consecuencia de la desaparición de la protección *iuspaternalista* del Estado, cuando se siente la necesidad de *instrumentar un Sistema de seguridad jurídica que supere la simple constancia del documento inscrito y contribuya de manera eficiente al bienestar social*. Para ello, los Estados de Derecho que surgen de esa transformación «se apropian del instrumento de la «*fe pública*» para sus fines propios» (25), y lo enfocan a la realización de una *Justicia objetiva*, como una creación del

(22) Editorial DIJUSA, año 2001.

(23) Artículos 9.3, 24.1, y 149.1.8.º

(24) También la *apariencia* derivada de una *realidad fáctica* precisa de una protección jurídica, aunque no deba ser excesiva para no legitimar el despojo.

(25) LÓPEZ MEDEL («La calificación registral en su relevancia como hecho jurídico», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 75, año 2001).

mismo orden, incorporándolo a sus estructuras en apoyo de una Economía nacional necesitada de nuevos impulsos.

Como consecuencia de este principio, como dice el profesor DE CASTRO (26), «*los funcionarios que hayan de atender a la validez de los negocios jurídicos (por ejemplo, los encargados de los Registros), deberán también calificarlos según su sentido, más para ello habrán de atenerse pasivamente a las declaraciones debidamente autorizadas que se les presenten, sin que estén autorizados para considerar explicaciones o interpretaciones subjetivas de los declarantes*». Por lo mismo, el Registrador debe calificar *objetivamente* los documentos que se le presenten, a cuyo contenido, en esencia, se deben circunscribir los derechos que se van a incorporar a los Libros del Registro.

Como resultado de la simbiosis de los dos elementos examinados, la «*ficción*» conjunta de una *publicidad registral* y *objetiva* conlleva la atribución de una mayor eficacia erga omnes a los derechos inscritos por aplicación del principio de fe pública, que es un instrumento de la «*seguridad jurídica*».

No obstante, en los Derechos modernos al lado del clásico concepto de la *seguridad jurídica* surge otro especial de la *seguridad del tráfico*. Ambos conceptos, aunque basados en la *publicidad*, no son totalmente identificables ni funcionan de la misma manera (27). Para algunos, incluso son antagónicos en cuanto se identifican, el primero con la *justicia*, que nunca puede ser excluida, y el segundo con una *realidad fáctica*, también necesitada en todo caso de un reconocimiento efectivo pero cuya protección excesiva puede llegar a legitimar el despojo. Para otros, en cambio, no existe contraposición puesto que ambos principios son simples modalidades de la necesaria *protección del derecho subjetivo* en cuanto los dos lo revalorizan, el primero al otorgar a su titular la legitimidad para disponer, y el segundo en cuanto protege esa misma transmisión. Si conforme a un Derecho tradicional y conservador se debe proteger principalmente al titular del derecho (*seguridad estática*), y sólo como consecuencia resultará también protegido el adquirente, en las sociedades que evolucionan lo fundamental es la protección del tráfico (*seguridad dinámica*), es decir, el aseguramiento «*no tanto del derecho que se tiene como el que se adquiere*» (28).

Como consecuencia, cada Estado se inclina por el Sistema de publicidad que estima más adecuado a su política económica, cuya eficacia protectora

(26) «El negocio jurídico», pág. 76.

(27) Víctor EHRENBERG, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, con especial referencia al Registro Mercantil», en *Anuarios Ihering* de 1903, traducido y glosado por Pau PEDRÓN en la publicación «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», Cuadernos de Derecho Registral, Editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, año 2003. Citado también por VALLET DE GOYTISOLO (*Derecho de Cosas*, Editorial Montecorvo, año 1975), LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Boch, año 1977), y por PAZ ARES (*Revista de Derecho Mercantil*, año 1985).

(28) LACRUZ BERDEJO, lugar citado.

dependerá del valor que se reconozca a la «publicidad» de los asientos que se practiquen en los Registros Públicos implantados. Unos, los más simplistas, llamados de mera «transcripción» del título (FRANCIA), se conforman con un mínimo efecto negativo, conforme al cual, por el simple principio de *inoponibilidad*, lo no registrado no es oponible a terceros, pero la inscripción nada añade al acto contenido en el documento. Otros, en cambio, los nominados de «protección activa» (ESPAÑA), con un mayor desarrollo técnico jurídico, añaden un «plus de efectividad» a los actos inscritos respecto de los terceros, que en determinadas condiciones adquieren una situación inatacable, incluso en el caso excepcional de que quién les transmitió no fuera el verdadero dueño. Y, otros, todavía de más intensa «protección jurídica» (ALEMANIA), atribuyen a la inscripción el carácter de una verdadera «*investidura estatal*», que la dota de valor por sí misma por virtud de un *acuerdo real de transferencia abstracto*, es decir, con independencia del acto o contrato causal. Finalmente, el sofisticado sistema llamado del *Acta Torrens* (AUSTRALIA), además de la protección técnico-jurídica, facilita la movilización total de la propiedad inscrita mediante la creación de un «título real» que permite la ficción de poder llevar la propiedad inmueble en la mano y transmitirla por la mera tradición o entrega del documento.

Pero, frente a estos Sistemas Registrales que, con mayor o menor efectividad, reconocen especiales efectos «jurídicos» a los actos anotados en un Registro público, existen otros sistemas de protección del tráfico, de origen anglosajón (INGLATERRA, NORTEAMÉRICA), cuyos efectos jurídicos son mínimos, puesto que se reducen a un mero *archivo administrativo*, confiando toda la efectividad y protección de las transacciones a un contrato, al modo de un «seguro a todo riesgo», que va a llenar sólo de modo imperfecto el vacío del Derecho en el campo de la protección del tráfico. Este sistema, que no reconoce al Registro ningún efecto «jurídico» de protección, impone al presunto adquirente de los bienes la necesidad de efectuar un examen exhaustivo y difícil de los títulos de propiedad del transmitente, normalmente por un abogado experto; y, además, por esa ausencia total de un instrumento de «seguridad jurídica», el comprador debe firmar al tiempo de la compra una «póliza de seguro» de evicción, que en el caso de que resulte perjudicado sólo le indemnizará económicamente. En estos Sistemas, «*los efectos de una compraventa son eventos de un contrato de seguro*» (LACRUZ BERDEJO). Y, como consecuencia, el mecanismo cautelar, supletorio del Registro, exige que las oficinas o despachos de contratación inmobiliaria deban estar en constante conexión con las Compañías de Seguros, por lo que se complican y encarecen los trámites (29). A todo esto, se puede añadir lo poco satisfactorio del sistema, puesto

(29) Inconvenientes puestos de manifiesto por POVEDA DÍAZ, Decano que fue del Colegio de Registradores de la Propiedad, en un artículo publicado en la revista *La Ley*, de 27 de febrero de 1997.

que es evidente que toda indemnización que se paga por un seguro de «riesgos» presupone un «fracaso» de la situación normal por accidente, y nunca cubrirá suficientemente el daño «moral» que es consecuencia del «afecto» que se toma a los bienes, principalmente a la vivienda propia.

En la contienda doctrinal entre los sistemas del Derecho continental europeo y el «common law» de los países anglosajones, el Informe del Banco Mundial de 1998, se pronunció claramente por el Sistema de un verdadero «Registro de derechos» frente al de mera transcripción o «archivo de documentos», ya que aquél incorpora a los Libros Oficiales un «extracto» de lo que en el título aparece con trascendencia real, y lo va a hacer *de una forma establecida jurídicamente*, propiciando, además, la coordinación Catastro-Registro» mediante el desarrollo de un «Catastro legal» (denominación con la que se alude al Registro de Propiedad), «con integración de la información procedente de otros Catastros, físicos o fiscales». Este *Sistema jurídico* va a permitir, también, una adecuada «tutela judicial» que proporcionará «seguridad al tráfico» y «confianza en las inversiones».

6. EL LENGUAJE JURÍDICO DEBE SER UN MEDIO DE COMUNICACIÓN Y TAMBIÉN DE DIFUSIÓN DEL SENTIDO ÚTIL DEL DERECHO

Como consecuencia, no sólo en la redacción de las leyes sino también en los contratos se debe emplear *una buena calidad técnica y un buen estilo en el fondo y en la forma* que, como dice BENTHAM (30), faciliten su entendimiento y aplicación. Por lo mismo, el Derecho Positivo debe complementarse mediante una *jurisprudencia expositiva* que emplee un método expositivo racional y no sólo técnico (por el que se aclare lo que *es*), pero también *ensorial*, que interprete las normas de una manera prospectiva (y nos diga lo que *debe ser*), orientada a los principios de utilidad y bienestar, con independencia de su validez y eficacia.

Por la misma razón, estas notas de claridad y accesibilidad también deben aplicarse a la redacción de los *asientos registrales* en los que se va a recoger el *estatuto jurídico* de cada finca, puesto que se convierte en norma de obligado conocimiento, no sólo para los otorgantes sino también para los terceros posibles interesados y de la sociedad en general. Cada archivo registral es como una «*cápsula de tiempo*», aunque *abierta*, es decir, *en permanente actualización*, cuya función es *preservar memorias y garantizar la objetividad*

(30) *Nomografía o el arte de redactar leyes*, traducción de Cristina PABÓN, con un estudio preliminar de Virgilio ZAPATERO, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2000.

de su aplicación futura, que es lo que distingue «funcionalmente» la simple transcripción de la «inscripción». Es acertado, por tanto, calificar el contenido de las hojas registrales referentes a cada una de las fincas inscritas como «pequeñas constituciones declarativas de derechos» (31).

En el mundo jurídico actual, también debe predominar el *utilitarismo* en todas sus manifestaciones, y su exigencia práctica se pone de manifiesto en la resurrección del pensamiento y la doctrina de Jeremy BENTHAM (32), según el cual *la calidad de las normas se debe medir por el principio de utilidad*. Y desde este mismo punto de vista, se puede afirmar que la *publicidad* viene a complementar, en todos los órdenes, lo que por sí sólo sea imperfecto. Consiguientemente, por todos los juristas se reconoce que la *publicidad* es el medio o instrumento necesario para el cumplimiento de los fines del Derecho, hasta el punto de que «*sin publicidad no hay verdadera seguridad jurídica*», como dejó dicho BENTHAM en sus apuntes (33). Y, aunque en su intento reformista del Derecho inglés, que afectó a todas las ramas del Derecho (*civil, penal, administrativo, procesal e internacional*), no pudo llegar a apreciar la importancia de la implantación en Europa de los Sistemas Registrales con fuerza jurídica formal (falleció en 1832 y el Sistema Registral germánico, pionero de los regímenes que reconocen la fuerza legitimadora de la *Gewere* —investidura e inscripción—, se inicia con las Leyes prusianas de la segunda mitad del siglo XIX, y se consolida en el Código Civil alemán de 1896 y la Ley del Registro Inmobiliario de 1897) también dejó claro que «*sólo cuando la justicia se traduce en seguridad jurídica deja de ser una abstracción, y, al margen de un tecnicismo exagerado que puede hacer peligrar la libertad individual y el racionalismo, se convierte en un valor que ocupa el rango más elevado entre los fines del Derecho*».

Nuestro Tribunal Constitucional (34) también afirma que la «*seguridad jurídica*» no es un hecho o un instrumento técnico, sino un «*valor*» que resulta de la suma equilibrada de *certeza, legalidad y publicidad* y que provoca una expectativa razonablemente fundada de que los «operadores jurídicos» (35) van a actuar conforme a los principios de *determinación del De-*

(31) NÚÑEZ LAGOS calificó los asientos registrales de «*pequeñas constituciones declarativas de derechos privados*». La cita está tomada de LÓPEZ MEDEL en su Libro sobre *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica* (pág. 58), publicado por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad en el año 1995.

(32) Ver nota 1.

(33) Jeremy BENTHAM dejó dicho en sus escritos que «*no hay verdadera Justicia sin publicidad*», pero he preferido referir la frase a la *seguridad jurídica*, más acorde con el objeto del Registro de la Propiedad que trae causa de la «publicidad» (*Falacias políticas*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, en 1990, traducido por Javier BALLARÍN, con un estudio preliminar de Benigno PENDÁS).

(34) SSTC 27/1981, 227/1988, 36/1991, 46/1990 146/1993, 28/1004, 165/1999.

(35) Germán GALLEGO DEL CAMPO, *Operadores jurídicos. El Registrador de la Propiedad español*. Centro de Estudios Hipotecarios, año 2005.

recho, interdicción de la arbitrariedad y protección de la confianza legítima, con el fin de que los ciudadanos sepan en todo momento a que atenerse.

Dicho valor puede ser entendido en un sentido «*subjetivo*» estricto (*conocimiento del Derecho y previsibilidad de las consecuencias jurídicas*) o meramente «*objetivo*» (*cumplimiento de unas exigencias indispensables para hacer pública y segura una determinada situación*). La preferencia por uno u otro criterio será determinante de la primacía «*notarial*» o «*registral*» en el *Sistema de Protección Jurídica* adoptado por el ordenamiento. Su aplicación combinada ha derivado, históricamente, en un *Sistema mixto*, según el cual: *el «principio de fe pública», como base de la seguridad del tráfico, no es exclusivamente registral ni notarial, sino que su fundamento y arraigo histórico deriva de la conjunción de una «documentación auténtica» y una «publicidad registral», bajo el amparo de una «tutela judicial efectiva».*

7. EL PROGRESIVO AUMENTO DEL NIVEL DE COMPLEJIDAD DE LAS SOCIEDADES AVANZADAS DEBE SEGUIR NECESARIAMENTE EN SU EVOLUCIÓN LOS AVANCES DE LA CIENCIA, Y EXIGE UN CONTINUO PROCESO DE REFORMA Y MODERNIZACIÓN EN TODOS LOS CAMPOS, Y, POR TANTO, TAMBIÉN EN EL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA, EN CUYO OBJETIVO JAMÁS SE HAN PUESTO LÍMITES, OCUPANDO SIEMPRE UN LUGAR PREFERENTE

La protección jurídica del tráfico inmobiliario documentado en forma «auténtica» es la finalidad primaria del sistema de seguridad por el Registro de la Propiedad, que al publicar el estatuto de la propiedad como presunta «verdad oficial» protege de forma efectiva los intereses del titular registral de los derechos, así como los de los adquirentes, y al mismo tiempo los de la sociedad en general.

Y, aunque deba ser el mercado transaccional el que elija en cada momento el sistema de seguridad más adecuado, es conveniente destacar que el «ordenamiento registral» basado en una «*publicidad eficiente*» de todo el régimen jurídico de cada finca, con apoyo en un Catastro coordinado y en otros Registros complementarios que también deben estar conectados (36), prima sobre todos los demás sistemas, tanto en la prevención de

(36) En este punto, no queremos dejar sin recoger de otros estudios anteriores (*El Sistema de Protección Jurídica por el Registro de la Propiedad*), nuestra opinión particular sobre la conveniencia de procurar la «unificación» en un solo Registro de todos los datos que sean de interés para el tráfico de los inmuebles, no sólo «jurídicos» sino también «físicos» y «económicos» y, por consiguiente, también los «urbanísticos», es decir, reunir en un único medio las circunstancias de todo orden que puedan ser de interés

litigios, al disminuir en mayor medida la incertidumbre sobre la prioridad de los derechos, como por su mayor eficacia con el menor coste de aplicación. Se convierte así el Registro de la Propiedad en un verdadero *centro de consulta* «global» de la situación jurídica de los inmuebles, indispensable para obtener una información inmobiliaria completa en todos los órdenes, por lo que viene a ser como una plataforma «panóptica» similar a la construcción ideada por BENTHAM (37), que no es, como afirman algunos, un «ojo del poder» destinado a imponer un despotismo radical de las normas legales, sino un «centro de visión global», y como tal, en nuestro caso, un instrumento del utilitarismo jurídico, que, en el aspecto que nos ocupa, va a permitir una interpretación *objetiva* de todo el historial jurídico de cada finca, en el aspecto real, que se debe publicar íntegramente en los asientos registrales. El Registro de la Propiedad se ve así como el *centro de una vida virtual*, en el que los actos de trascendencia real superan lo actual y adquieren un valor permanente, más allá del ámbito de los otorgantes, relativizando las situaciones duraderas.

Todo lo indicado justifica la intervención del Registrador en el ejercicio de su función de *control de la legitimidad*, mediante una *calificación responsable* que permita también una interpretación útil y práctica, tanto de los negocios como de las mismas inscripciones. Para ello, los operadores jurídicos deberán atender, no sólo al Derecho vigente, sino también a los principios políticos y sociales del momento —*democracia, igualdad de oportunidades, ac-*

para los usuarios, con la finalidad de hacer más eficaz, y más cómoda, la obtención de una información «global» de los inmuebles. Existen otros archivos de carácter más bien administrativo, pero complementarios del Registro de la Propiedad, como el *Fiscal o el Catastral*, en los que figuran las descripciones de los terrenos, con su forma y superficie, incluso su valor, a juicio de la Hacienda, aunque no su verdadero valor de mercado, que en los urbanos y urbanizables dependerá de sus posibilidades urbanísticas; y esto, aunque de *competencia municipal*, también debiera publicarse en el Registro. Incluso los especiales *Registros Municipales de Planeamiento y Gestión Urbanística*, el de *Solares de edificación forzosa*, y el *Registro de Transferencias de Aprovechamientos Urbanísticos*, debieran asimismo estar incorporados o, al menos, en conexión directa con el Registro de la Propiedad para que su utilidad sea eficiente. Lo mismo puede decirse del *Registro de Arrendamientos y del Registro de Bienes Muebles*, que incorpora en su Sección Séptima la toma de razón de las *Condiciones Generales de Contratación* (Ley 7/1998, de 13 de abril), en su Capítulo III (art. 11), disponiendo la creación de un Registro especial, de acuerdo con la Directiva 93/13 del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 15 de abril de 1995.

(37) BENTHAM (*Panopticon, or the inspection house*) ideó un proyecto de prisión modelo, el llamado *panóptico* (válido también para asilos, escuelas o fábricas), consistente en una construcción circular con un punto central de observación que permita al vigilante una visión total sin ser visto, cuya explicación intentaba maximizar la eficacia de las instituciones aplicando medidas útiles. Según el Diccionario de la RAE, «*panóptico*» es el edificio construido de modo que toda su parte interior puede verse desde un solo punto.

*cesibilidad, incluso sin intermediación del Registrador (38), gratuidad en su caso—, sin eludir los criterios tradicionales derivados de los antecedentes históricos de nuestro Derecho, marcados en todo momento por la influencia de las clásicas fuentes culturales europeas: *La Filosofía griega*, que instauró el pensamiento racional, de cuyo rigor lógico no se debe prescindir; *el Derecho Romano*, que cristalizó el Derecho Natural, cuyos principios resultan protegidos, como hemos indicado, por la ética moderadora del Pretor; *el sentido práctico germánico*, que propugnó el registro de la experiencia; sin que deba omitirse *el pragmatismo y el estoicismo anglosajón*, que introducen el «utilitarismo» del Derecho para conseguir el mayor grado de felicidad para el mayor número de personas, como decía BENTHAM, aunque no la felicidad individual sino el «bien-estar social».*

8. AHORA ES EL TIEMPO DE LA «TECNOLOGÍA CIENTÍFICA»

Que nace y se desarrolla también en otras áreas mundiales, preconizando una *globalización* de la Economía y del Derecho que marca el comienzo de una nueva era, tan revolucionaria como lo fue el descubrimiento del Nuevo Mundo o la Revolución francesa, y que impone una respuesta jurídica acertada y eficaz, incluso para atajar una exagerada invasión «tiránica» de las nuevas técnicas que pueda llegar a anular la inteligencia emocional.

Es evidente, por tanto, que la *Ciencia Jurídica* debe profundizar en el estudio de las repercusiones que el uso de esa tecnología puede afectar al desarrollo de las funciones de sus profesionales. Y a la Filosofía del Derecho corresponde examinar las consecuencias de este fenómeno (39).

Del mismo modo que la aparición de la escritura manual y el posterior invento de la imprenta abrieron nuevas etapas culturales en la civilización, facilitando las relaciones humanas y fortaleciendo el cumplimiento de los compromisos, la moderna *Tecnología de la Información y de las Comunicaciones* (TIC), ha venido a incrementar y expandir esas relaciones aumentando hasta casi el infinito la capacidad de conocimiento y de procesamiento de datos, facilitando al máximo su transmisión a distancia, suprimiendo fronteras. Este fenómeno ha intensificado, también vertiginosamente, la relación simbiótica del hombre con la máquina, cada vez más compleja. Por ello, esta nueva fase, ya muy avanzada, de la revolución tecnológica se presenta tan rotundamente decisiva en la evolución de la Ciencia Jurídica como lo fue la que, a finales del siglo XIX, se presentó como renovadora y rompedora del

(38) Ley 24/2005, de 18 de noviembre, sobre *reformas para el Impulso de la Productividad*.

(39) «Inteligencia artificial versus racional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, enero-febrero de 2005.

arcaísmo tradicional en los modos y medios de actuar en el ámbito de los *procedimientos* y de las «*decisiones jurídicas*», no sólo de los *Tribunales* sino también de los demás órganos encargados de la *seguridad jurídica preventiva*, como son el Notariado y los Registradores de la Propiedad. Y, no cabe duda de que las nuevas técnicas tendrán una próspera evolución en la defensa y mejoramiento de la función del Derecho, puesto que, éste, según las teorías más avanzadas, hace mucho tiempo que ya no depende sólo de un «*subjetivismo*» estable, sino que debe incorporar continuamente el devenir de los acontecimientos para que las decisiones jurídicas de sus agentes puedan atender a las necesidades de cada día, lo que exige que deba ser interpretado «*conforme a la realidad social del momento*». Esta realidad actual está dominada, ahora, por la universalidad y la globalización mediante técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas como instrumentos de una «*cibernética*» que quizá nos lleve a un futuro de «*inteligencia artificial decisoria*», aunque, de momento, sólo se pueda ver como «*virtual*».

El lógico intento de sustituir la redacción personal de los contratos y hasta de las resoluciones judiciales —y también de los documentos notariales e inscripciones registrales— por formularios que salen de un programa informático, tendrá consecuencias similares a la sustitución de las antiguas labores manufacturadas en forma artesanal por la fabricación mecanizada en serie o industrializada. Las cosas ya no serán tan perfectas y apreciadas, aunque tengan otras ventajas como la rapidez, el ahorro en los costes y la generalización de su uso.

No obstante, es impropio contemplar estas tareas exclusivamente desde un punto de vista técnico y sin consideración alguna a su justificación última, que en el campo jurídico está en la Justicia, la más elevada —y excelsa— actividad que puede ser encomendada a una persona, y que, por consiguiente, debe ser impartida con el más alto grado de raciocinio, alejado de toda inducción mecanizada.

De todo esto se sigue la necesidad de una sincera reflexión y llamada a la prudencia para evitar que la introducción indiscriminada de estas nuevas técnicas deshumanice la actividad jurídica, o sean utilizadas para cercenar los legítimos derechos de los usuarios a una atención profesional individualizada. La tecnología puede multiplicar los recursos, pero en la práctica, incluso para su empleo eficiente, es preciso un irrenunciable e irremisible último recurso a la inteligencia racional humana, que debe decidir el grado de su utilización (40).

(40) Actualmente existe ya una normativa especial referente al empleo de la moderna tecnología en informática, electrónica y telemática, que permiten su uso con la seguridad necesaria para poder operar en las redes con total garantía: La *Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y del Comercio Electrónico* (BOE 12-7-02), ha venido a regular estos servicios incorporando a nuestro ordenamiento las Directrices

9. EL «UTILITARISMO» ES UNA MANIFESTACIÓN DEL SENTIDO PRÁCTICO DE NUESTRO DERECHO HIPOTECARIO

Nuestro Derecho, enmarcado sobre todo en el Derecho continental europeo, es, fundamentalmente, una mezcla de las dos orientaciones principales, romana y germánica. Pero, también podemos afirmar que la implantación del Sistema Registral en nuestro Ordenamiento, a partir de la Ley de 1861, tuvo una justificación claramente «*utilitaria*», que siempre ha sido reconocida por los autores, para quienes *el Registro de la Propiedad es un medio técnico que tiene su razón de ser en la utilidad efectiva que presta a la economía de un país* (41). Y no sólo mediante el establecimiento de un sistema idóneo de protección del tráfico jurídico, como hemos intentado demostrar en este trabajo, sino también en el puro aspecto funcional, en el que los Registradores de la Propiedad, a pesar de su apariencia conservadora, se muestran claramente como pioneros en el uso de la tecnología «punta» al servicio del Derecho, promocionando el empleo de las nuevas técnicas como vehículo de acercamiento de la Institución registral a la sociedad, y también en la modernización de sus oficinas, puesto que confieren rapidez y funcionalidad a la operativa registral, con los beneficios inherentes a la agilización de trámites y a la eliminación, en lo posible, de las actuaciones presenciales, sin pérdida de la seguridad consustancial al Sistema Registral. Todo lo cual ha de redundar en un claro beneficio para los ciudadanos en general y en una mejor prestación de servicios para los usuarios en particular.

«En un razonamiento electivo en comparación con cualquier otro sistema, se considera preferible el ordenamiento registral porque disminuye en mayor medida la incertidumbre, aminora el coste relativo, ahorra trámites y conflictos judiciales, y asegura el tráfico jurídico con menores fallos operativos». Así se infiere también de la reciente *Ley 24/2005, de 18 de noviembre, sobre*

comunitarias sobre la materia, que regulan las condiciones de validez y eficacia de los contratos electrónicos, las obligaciones de los prestadores de servicios y su responsabilidad, el alcance de las resoluciones judiciales y extrajudiciales dictadas en los conflictos que puedan plantearse, los códigos de conducta y el régimen sancionador. El *Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero* (BOE 28-2-03), regula los «registros telemáticos» y las «notificaciones telemáticas», así como la utilización de dichos medios para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos. La nueva *Ley General de las Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre* (BOE 4-11-03), y la *Ley 59/2003, de 19 de diciembre* (BOE 20-12-03), *sobre firma electrónica*, han venido a completar este novedoso capítulo de nuestro ordenamiento jurídico. Esta eficacia se verá incrementada desde la entrada en vigor de las nuevas medidas previstas en la citada *Ley 24/2005, de 18 de noviembre, sobre reformas para el Impulso a la Productividad* (BOE 19-11-05), relativas a la «agilización de trámites registrales y notariales» y al «impulso a la utilización de medios telemáticos por parte de los usuarios de los servicios registrales y notariales», fundamentalmente por las autoridades judiciales, administrativas y tributarias.

(41) LACRUZ BERDEJO, lugar citado.

reformas para el Impulso a la Productividad (BOE de 19-11-05), que incluye diversas medidas relativas a la «agilización de los trámites registrales y notariales» mediante la utilización de medios informáticos y telemáticos por parte de los usuarios.

Desde otro punto de vista, la misma función *calificadora* del Registrador puede verse con un matiz «utilitario», si, como decimos, a la primacía del principio de legalidad en beneficio de la sociedad, se une la misión de aclarar y moderar la aplicación del Derecho, indispensable sobre todo en la rama hipotecaria, que como Derecho (aún) nuevo y por la singularidad de su normativa, ha tenido en todo momento un acceso restringido y especializado. Por lo mismo, su aplicación práctica ha seguido una evolución en cierto modo similar a la que tuvo lugar en el Derecho Romano, en la última fase de su evolución (siglo VI d.C., JUSTINIANO, *Corpus iuris civilis* y el *Digesto*) con la destacada actuación del *Praetor peregrinus* y *urbanus*, que en la fase previa al juicio, con gran flexibilidad y acuciado por la necesidad de dar amparo a las nuevas situaciones creadas por el fuerte desarrollo de las relaciones comerciales fuera del Imperio, aplicaba de forma combinada el *ius civilis* y el *ius gentium*, creando una serie de normas fundamentadas en la *naturalis ratio* y en la *aequitas*, en su intento de respetar la voluntad de las partes, antes de pasar las actuaciones al *iudex* encargado de dirimir con sus decisiones la controversia (42).

10. FINALMENTE, UN EJEMPLO: EL UTILITARISMO «BENTHAMISTA» SE MANIFIESTA CLARAMENTE EN LA INSTITUCIÓN MÁS IMPORTANTE DEL DERECHO REGISTRAL: LA HIPOTECA

Hoy en día, por razón de esa misma combinación romano-germánica, antes citada, pero, asimismo, a través de una progresiva y creciente interpretación pragmática del Derecho Hipotecario, la figura de *la hipoteca que pudiéramos llamar «clásica», evoluciona hacia fórmulas más modernas y versátiles*. Incluso se intenta la evasión del rígido modelo de la Ley Hipotecaria,

(42) La interpretación aclaratoria y moderadora de las normas y de los negocios por los profesionales encargados de la aplicación de las Leyes es propia de los Estados de Derecho en los que se da primacía a la función de *servicio público*, y ha debido seguir una evolución en cierto modo similar a la que tuvo lugar en el Derecho Romano respecto de los derechos reales «imperfectos» o «incompletos», como los de garantía (por la ausencia de un auténtico sistema de publicidad que ocasionaba la clandestinidad de ciertas cargas consideradas preferentes que agravaban la situación del deudor y sorprendían al acreedor), por lo que fue necesario introducir sucesivas modificaciones moderadoras; como ocurrió en el derecho de *hipoteca* que surgió como una evolución del *pignus* por la sucesiva *acumulación de «acciones» que hacía el «buen Pretor romano» para proteger al deudor sin merma de las garantías del acreedor*.

donde se regula como un mero derecho de garantía *accesorio* de una obligación principal, para admitir otras formas distintas (como la *hipoteca en garantía de «letras de cambio»* —en la que éstas son, únicamente, un medio de pago convenido de la verdadera obligación garantizada—, o la «*hipoteca de máximo» en garantía de intereses «variables» y de los «moratorios»* pactados por separado en los préstamos actuales), que difieren de aquella hipoteca tradicional, llegando, incluso, a otras aplicaciones más audaces (como la «*hipoteca de seguridad» en garantía de «obligaciones futuras o sujetas a condición»* —solamente determinadas en sus líneas generales—, o la *hipoteca que se superpone a un «aval»*, convenido, con más o menos amplitud, en seguridad de otra obligación principal). Y hasta se admiten, e incluso se regulan por Ley en determinados supuestos de interés social, ciertas «modificaciones» que, sin llegar a una total abstracción de la deuda, abren el camino a su utilización como fórmulas «crediticias» nuevas que, de algún modo, desconectan la garantía hipotecaria de la obligación inicial, al permitir y hasta favorecer con beneficios fiscales y arancelarios el cambio de una entidad acreedora a otra que ofrezca mejores condiciones al deudor.

Hasta tal punto se produce esa transformación que, se puede decir que la *HIPOTECA actual no funciona sólo como un derecho de garantía, sino como una suma de las diversas «acciones» que se ofrecen tanto al deudor como al acreedor*: al primero, para facilitarle el mejoramiento de su situación en una libre competencia de las entidades financieras, posibilitando, incluso, el aprovechamiento unificado de los distintos créditos obtenidos para distintas utilidades (43), y no sólo para el destino prefijado inicialmente con el acreedor; y al acreedor, para permitirle también una distinta utilización de la garantía, es decir, no sólo en la «fase de ejecución» mediante el ejercicio del *ius distrahendi*, sino sobre todo en la «fase de seguridad» mediante el reconocimiento de un valor económico propio al «*crédito hipotecario»* (44).

Esta es la posición defendida por Manuel AMORÓS (y por algunos otros autores, como LA LAGUNA), que atendiendo a la especialidad de la *causa* de la hipoteca, sostienen la original teoría del «*crédito hipotecario»* como *singular derecho real autónomo*, viendo en él una construcción jurídica distinta de la mera unión de una garantía real *accesoria* a una obligación *principal*; es decir, un específico «*derecho real» creado de forma artificiosa* sobre la base de incorporar o «adscribir» una finca al cumplimiento de una obligación personal con la que se enlaza indisolublemente, atribuyendo al acreedor un poder directo sobre la cosa, incluso antes del incumplimiento por el deudor,

(43) Como la nueva fórmula del derecho de *hipoteca* en garantía de los saldos resultantes de varios préstamos.

(44) *El Sistema de Protección Jurídica por el Registro de la Propiedad*, Editorial DIJUSA, año 2001 (en el apartado del Título IV de la Parte Primera, dedicado a la «*superación de la hipoteca clásica por la hipoteca versátil»*).

lo que convierte al «crédito hipotecario», por sí, en un «valor económico» negociable (45), y en un medio o instrumento de pago apto para cualquier transacción.

Como decíamos en otro lugar (46), es una evolución similar a la que se produjo en el Derecho Romano por la *acumulación sucesiva de «acciones» que hacía el «buen Pretor»* para proteger al deudor sin merma de las garantías del acreedor, y que *ahora se hace desde el Registro de la Propiedad* sobre la base de una aplicación práctica en la «interpretación» de los «*principios hipotecarios*» que se consideran impuestos y coordinados para el mejor desarrollo del crédito territorial. Y de este modo, por medio de una «*calificación registral utilitaria*» de los modernos contratos de préstamo con hipoteca —redactados con diversidad de cláusulas por las Entidades Financieras—, se debe entender que *las posibilidades del deudor no deben ser mermadas más que en lo preciso para asegurar al acreedor, conforme a lo pactado, la devolución del capital y el pago de los intereses; y, paralelamente, que los derechos del acreedor no deben exceder de lo preciso para esa misma seguridad*, dejando en lo demás una completa libertad a las partes para proceder conforme a sus particulares intereses.

Los actuales contratos de garantía hipotecaria se presentan como negocios complejos, «mixtos» de estipulaciones «reales» y «obligacionales», ya que están fuertemente influidos por la situación predominante del acreedor («*condiciones generales*»), pero también por las especiales condiciones personales del deudor y sus particulares relaciones con la entidad acreedora, que se entremezclan y deben ser tenidas en cuenta como determinantes de cada contrato. Por eso mismo, antes de proceder a su inscripción, se hace preciso efectuar un minucioso estudio o «calificación» por el Registrador, que permita una depuración de sus cláusulas para *extraer las que tienen eficacia «real» y las inseparables o «conexas»*, que van a acceder al Registro, *con exclusión de las meramente obligacionales que van a quedar relegadas al pacto privado*, ya que únicamente aquéllas son las que van a deslindar en el Registro, y por consiguiente respecto de los terceros, *el «status» jurídico del derecho de propiedad del bien afectado por la garantía real del crédito*. Por eso, el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, según la redacción que le dio la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (*Ley 1/2000, de 7 de enero*) sienta el principio de «ejecutoriedad de la hipoteca», dado su carácter constitutivo, «*sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo*».

(45) «*La publicidad registral del préstamo hipotecario y la causa del crédito hipotecario*», Conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, año 1990.

(46) Ver nota 42.

RESUMEN

SEGURIDAD JURÍDICA

El gran reto jurídico del siglo XXI es la instauración de un ius novum universale como perfecta combinación del Derecho continental europeo, de inspiración principalmente romana, y el «common law» anglosajón, con su ancestral pragmatismo, sin que deba marginarse el sentido práctico propugnado por Jeremy Bentham, inspirador en el siglo XIX de un utilitarismo jurídico que aún persiste. El nuevo Derecho, con función primordial de utilidad, debe rechazar las falacias engañosas, pero se construye sobre una plataforma de ficciones útiles, que, como una especie de ingeniería jurídica, alumbró constantemente nuevas construcciones en el amplio espectro del concepto de «derecho», incluso en el ámbito de los derechos inscribibles que ya no se limita a los de estricto carácter real, y hasta pueden recaer sobre fincas ficticias (servicios y concesiones), y llegar a crear singulares derechos ideales (como los urbanísticos) de gran valor económico pero sin otra apariencia que la publicidad registral, lo que hace posible la «ficción» de su cognoscibilidad por todos y atribuirle, ex lege, la presunción de ser la «verdad oficial». Un Derecho de juristas, y no sólo de leyes y de jueces, cuyas resoluciones y decisiones deben expresar el sentir general de la sociedad. Y sin desconocer los antecedentes históricos desde la primacía de la ley se debe abogar por una interpretación pragmática que potencie las acciones individuales en un marco jurídico seguro. La seguridad jurídica debe ocupar el rango más elevado entre sus fines; por lo que su variante, la seguridad del tráfico, sirve de fundamento a los modernos Sistemas Registrales de Protección Jurídica, de gran desarrollo técnico, en los que una publicidad

ABSTRACT

LEGAL CERTAINTY

The great legal challenge of the twenty-first century is the introduction of a jus novum universale, some perfect blend of continental European law, which draws heavily on Roman inspiration, and Anglo-Saxon common law, with its ancestral pragmatism, yet without losing sight of the practicality espoused by Jeremy BENTHAM, who inspired a nineteenth-century legal utilitarianism that still persists. The new law, whose primordial function is to be useful, should reject misleading fallacies, but it is built upon a platform of useful fictions, which, like some kind of legal engineering, is constantly spewing out new constructions under the broad spectrum of the concept of «law», even in the realm of registrable rights, which is no longer limited to strictly in-rem rights and may even encompass fictitious properties (services and concessions) and eventually create singular ideal rights (such as urban development rights) of great economic value but appearing only in publicity disclosed by the registration system, which renders possible the «fiction» of their knowability by all and gives them, ex lege, the presumption of being the «official truth». A law of jurists, and not just of laws and judges, whose resolutions and decisions must express the general feelings of society. And without ignoring historical background, from the standpoint of the primacy of the law we must advocate a pragmatic interpretation to strengthen individual actions in a framework of legal certainty. Legal certainty must hold the topmost place among the new law's goals; thus its variation, certainty in trade, serves as the foundation for modern, highly technically developed, legally protective title registration systems, where efficient publicity and the objective meaning of written terms trans-

eficiente y el sentido objetivo de lo escrito transforman en público el acto otorgado inter partes, que deja de ser época para figurar intemporal, por lo que puede ser útil como determinante de decisiones futuras y preservación de situaciones óptimas. La ficción conjunta de la publicidad registral, con una documentación auténtica, conlleva el reconocimiento del principio de «fe pública» como un «valor» que tiene por base la certeza, la legalidad y la publicidad, y acogido a una «tutela judicial efectiva» que ampara la Constitución. El mismo lenguaje jurídico, incluso en los asientos registrales, debe facilitar su entendimiento y aplicación. Y aunque ahora domine en las sociedades avanzadas la tecnología científica y la globalización, la Justicia, en todas sus formas, incluso la Justicia Objetiva que opera en las calificaciones registrales, debe ser impartida con el más alto grado de ratiocinio, evitando que el exceso de la informática deshumanice la actividad jurídica. En nuestro Derecho Hipotecario, un ejemplo del utilitarismo «benthamista» se manifiesta en la institución de la hipoteca, que actualmente funciona, no sólo como un derecho de garantía, sino como un derecho autónomo y un valor económico en sí mismo: el «crédito hipotecario», como una ficción más.

form an act executed between private parties into a public act, which ceases to be a time and appears as timeless, and therefore may be useful for determining future decisions and preserving optimum situations. The joint fiction of registration publicity and authentic documentation entails the acknowledgement of the principle of «the registrar's power to attest documents» as an «asset» whose base is built of certainty, legality and publicity, and which enjoys constitutionally supported «effective legal protection». Legal language itself, even in registration entries, should facilitate comprehension and application. And although scientific technology and globalisation rule in advanced societies, Justice, in all its forms, including the Objective Justice that operates in registrars' scrutinies of documents, must be handed out with the highest degree of ratiocination, preventing over-computerisation from dehumanising legal activity. In Spanish mortgage law, one example of «Benthamian» utilitarianism can be seen in the institution of the mortgage, which currently functions not only as a securing right, but also as an autonomous right and an economic asset in itself: «mortgage credit», as just another fictional creation.

(Trabajo recibido el 16-02-06 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

Relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: ¿Coordinación? (*)

por

MIGUEL GÓMEZ PERALS
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

- A) CONCEPTO Y FUNCIONES DEL CATASTRO.
- B) PREVALENCIA DE UNO SOBRE EL OTRO.
- C) EFECTOS DE LA COORDINACIÓN.
- D) REFERENCIA CATASTRAL Y BASES GRÁFICAS.

En este trabajo abordaré los aspectos que, a mi juicio, sirven tanto de puente como de aristas a la consecución de una relación más estrecha entre ambos organismos, no sólo cara al éxito de sus respectivas funciones, sino a la prestación de un mejor servicio al ciudadano.

A) CONCEPTO Y FUNCIONES DEL CATASTRO

Dado que en el ámbito del Derecho Inmobiliario, el estudio de la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad es parte esencial, comenzaré en el presente trabajo, de un análisis de la otra gran institución implicada en la identificación inmobiliaria. Para acercarnos al Catastro, sírvanos como punto de partida la definición que brinda ROCA SAS-

(*) Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia SEJ-2004-08057-C03-02.

TRE (1): registro, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país en el que se determinan sus fincas rústicas o urbanas, mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica, con el fin primordial de tipo fiscal o tributario y a los fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y civil, y cuya formación y conservación constituye un servicio público de la Administración del Estado, encomendado a organismos especializados en la materia.

El siguiente gráfico, extraído de la «Declaración del Catastro en la Unión Europea», muestra el carácter multifuncional y, por tanto, interdisciplinario de la institución catastral:

<i>CAMPO TEMÁTICO</i>	<i>ASPECTO PARCIAL QUE ABORDA</i>
Sistemas de Información Territoriales y Cartografía Digital.	— Catastro como Sistema Territorial de Información.
Garantía y refuerzo de los Derechos de Propiedad. Administración del Territorio. Sistemas Registrales.	— Catastro como instrumento jurídico.
Valoraciones Inmobiliarias. Estadística Territorial.	— Catastro como instrumento fiscal.
Información Pública y su Difusión. Sociedad de la Información.	— Catastro como información pública.
Políticas territoriales sectoriales: Infraestructuras, Medio Ambiente, Agricultura, Urbanismo.	— Catastro como BD multifuncional al servicio de las Administraciones Públicas.
Estandarización de Bases de Datos, Interoperabilidad, Metadatos.	— Instrumental-Catastro como Base de Datos.

(1) ROCA SASTRE, Ramón M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (citado en adelante como ROCA SASTRE), *Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona, IV, octava edición, enero 1997, pág. 167.

A falta de un concepto legal (2) destaca su carácter público (Registro administrativo) y descriptivo de inmuebles, estableciendo los artículos 1.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (en adelante, TRLCI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo de 2004) que la formación y el mantenimiento del Catastro Inmobiliario y la difusión de la información catastral es de competencia exclusiva del Estado (Ministerio de Hacienda) y se ejercerá por la Dirección General del Catastro, directamente o no, distinguiéndose funciones tales como la valoración, la inspección y la elaboración y gestión de la cartografía catastral.

Entre los fines a que se ha de destinar la información catastral (art. 2.1), amén del tributario que aquí orillo, figura el de la colaboración con las Administraciones Públicas, los Jueces y Tribunales y el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus respectivas funciones y competencias. Asimismo, estará a disposición de las políticas públicas y de los ciudadanos que requieran información sobre el territorio (3). Todo ello en el marco del fundamento constitucional consagrado en el artículo 103 CE, que señala entre otros principios de funcionamiento de la Administración Pública el de coordinación (4).

En referencia al ámbito comunitario, considero conveniente, más que la clasificación de los diferentes Estados europeos atendiendo al grado de coordinación entre su Catastro y el Registro de la Propiedad, aludir a los Principios de la «Declaración del Catastro en la Unión Europea», que reconocen que dicha institución debe existir como sistema de información pública territorial en todo el ámbito de la Unión Europea, como instrumento de política inmobiliaria (relativo a derechos, usos y valores de los inmuebles). Al disponer de información cartográfica, permite conocer la forma, tamaño y disposición de las parcelas, así como la estructura de propiedad del territorio, y con ella fraccionamientos de fincas que sean contrarios a la legislación vigente en materia medioambiental, urbanística o de viabilidad econó-

(2) La Ley de 23 de marzo 1906, derogada expresamente por la Disposición Derogatoria única (letra *a*) del TRLCI de 2004, se refería a la determinación y representación de la propiedad territorial en sus diversos aspectos, comprendiendo su enumeración y descripción literal y gráfica a través de trabajos geodésicos y topográficos, la estadística agrícola y las declaraciones de los propietarios.

(3) En este sentido se recoge una demanda en que se une lo público y lo privado. Vid. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, «La coordinación de las fuentes de información territorial», en *Catastro*, mayo de 1998, págs. 23 a 34.

(4) Según las conclusiones del XIV Congreso Internacional de Derecho Registral, la coordinación entre las diferentes Administraciones permitirá el intercambio de los datos físicos y jurídicos, incluso de la información urbanística y medio-ambiental de los inmuebles, lo que, a su vez, contribuirá a la disminución de los riesgos del mercado inmobiliario y al aumento de la eficacia del cumplimiento de las funciones públicas más importantes, incluso las de imposición de impuestos, control de su pago y ampliación de la base imponible.

mica, así como la monitorización del mercado inmobiliario para detectar especulación o identificar cambios sociales o económicos (5).

En el aspecto civil, al que se refería, secundariamente y entre otros, la definición inicial, hay que recordar que precisamente el desproporcionado alcance jurídico-civil que pretendía la Ley catastral de 23 de marzo de 1906, provocó el fracaso de su intento coordinador con el Registro. En ella el Catastro viene a compartir con el Registro de la Propiedad la función de instrumento de publicidad con plenos efectos civiles en lo concerniente a la titularidad dominical de las parcelas catastradas, previéndose que la cédula de inscripción en el Catastro tuviera el valor jurídico de un título real, transcurridos diez años después de la aprobación del Catastro parcelario de un término municipal, sin que por los Tribunales de Justicia se dictara sentencia firme contraria al estado físico o jurídico de una finca inscrita en el libro catastral (art. 37 de aquella Ley). Esto se explica porque en la época se había intentado introducir el sistema australiano en la legislación hipotecaria y fracasó precisamente por la falta de un Catastro Parcelario, que se pensaba iba a ser establecido por dicha Ley de 1906. Lo cierto fue que tanto la Ley Hipotecaria de 1909 como de 1944 y reformas intermedias, consolidaron un sistema hipotecario incompatible con el Acta Torrens, y más adecuado a la tradición jurídica española.

En un principio cabría pensar que lo deseable y técnicamente correcto hubiera sido disociar ambas facetas: el elemento jurídico es de naturaleza esencialmente hipotecaria; en cambio, el elemento físico es un producto meramente catastral (6). Es decir, el Catastro debe limitarse a establecer un buen sistema de especificación y determinación de fincas para que tenga las aplicaciones jurídicas que determine el legislador, entre ellas y a nuestros efectos, las hipotecarias; sustancia física y sustancia jurídica son los cometidos respectivos de Catastro y Registro. Porque si el Catastro sirviera para todas las aplicaciones jurídicas (una especie de *Catastro jurídico*) (7), sería más eficaz que el propio Registro de la Propiedad y no se precisaría *coordinación* alguna (8).

Evidentemente, dicho deslinde no puede ser químicamente puro: es inevitable que en el Catastro deban figurar los datos relativos a la pertenencia de las fincas a efectos fiscales (de que la Hacienda conozca a los respectivos contribuyentes), pero es mera constancia que el Catastro conoce a través de

(5) VAN DER MOLEN, «Utilización del Catastro en los Estados miembros. El derecho de propiedad, el Registro y el Catastro en la Unión Europea», en *Catastro*, octubre de 2002, págs. 63 a 70, alude a la utilidad de estas instituciones cara al Mercado de la Propiedad Europeo, al desarrollo regional, agrario e incluso medioambiental.

(6) Esencialmente, que no exclusivamente. Se trata de una evidente simplificación con intención clarificadora que iremos matizando.

(7) Expresión empleada por el Real Decreto Legislativo de 3 de abril de 1925.

(8) ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. IV, págs. 178 y sigs., que cita a Jerónimo GONZÁLEZ, «Observaciones al trabajo de CASTAÑEDA AGUNDEZ, «El Registro Inmobiliario en Suiza», en *RCDI*, 1929, pág. 767.

otro organismo ajeno a sus actividades como es el Registro de la Propiedad inmueble; no es una publicidad con plenos efectos de garantía (9). Por otra parte, no es totalmente exacto que el Registro no proporcione ninguna información descriptiva sobre el inmueble inscrito.

Pero es que dicho deslinde absoluto entre cuestiones fácticas (o descriptivas) y jurídicas (o de titularidad) ni siquiera es deseable, por principio, como se ha considerado tradicionalmente. Al Registro también le interesan las titularidades catastrales como un elemento valioso en las operaciones de validación y configuración de la base gráfica registral de la finca; y al Catastro, el conocimiento de la divergencia con su base gráfica.

Los preámbulos o articulados de los textos hipotecarios del siglo xx aludieron a la conveniencia de la coordinación —aún no lograda— entre ambos institutos. También la mayoría doctrinal (10); pero hoy la concordancia debe concretarse, tan sólo, a lo que es natural y propio de su correlación: realizarse de forma progresiva, distinguiendo entre los supuestos de inmatriculación y transmisiones posteriores, y reconociendo también sus obstáculos y debates; entre otros, la supervaloración de la base física del Catastro, así como la infravaloración de la del Registro, o la polémica sobre la obligatoriedad de la inscripción (11).

No faltó, sin embargo, una minoría doctrinal que, sin ser absolutamente contraria a tal coordinación, actuó de contrapunto. Desde esta óptica URIARTE BERASATEGUI (12) considera dicha concordancia un tópico nutrido de admiración y deseo, una panacea jurídica, a la que llama «mito catastral», advirtiendo de los peligros que la pretendida «juridicidad del Catastro» representa para los principios jurídicos sustantivos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria.

(9) ROCA SASTRE, *op. ult. cit.*, pág.168.

(10) Vid., por todos, CHINCHILLA RUEDA, «El Catastro y el Registro», en *RCDI*, núm. 392-393, 1961, págs. 266 y 267.

(11) Vid. MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA GARCÍA, «Identificación de fincas rústicas», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1975, págs. 287-288. Más modernamente y desde el otro lado del Atlántico, RAJOY, Enrique, *El Registro de la Propiedad en México: principios y reformas*, en www.conafovi.gob.mx/registros/RPP_MEX_PRINCIPIOS_Y_REFORMAS.pdf, recoge una amplia opinión al decir que la unión entre el Catastro y el Registro puede perjudicar el correcto funcionamiento registral, pues como dice Hernando DE SOTO en su libro *Los misterios del capital*, basado en la colaboración con el Banco Mundial, no hay que caer en la tentación de identificar la modernización de los Registros con el mapeo de las fincas: ello tendría efectos colaterales, como la pérdida de autonomía jurídica y financiera del Registro y la obtención de enormes beneficios por las empresas de cartografía e informática, que en nada contribuirían con los fines perseguidos.

(12) URIARTE BERASATEGUI, «Catastro y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 344-345; enero-febrero de 1957, págs. 17 a 42. En su línea, aunque más moderado, citado por MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 286, está LA RICA Y ARENAL, *Realidades y problemas en nuestro Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, 1962, pág. 58.

tecaría, con lo que reduce —sin duda por un mecanismo reactivo— aquella correspondencia a una «minicoordinación», o mera confrontación de datos catastrales y registrales.

Tras una ajetreada sucesión de normas que ocupa la mayor parte del siglo xx, en la década de los ochenta la cuestión resurge a través de varios textos (13). El primero es la llamada Carta de México, elaborada por la Comisión Segunda del IV Congreso Internacional de Derecho Registral y, aunque sin eficacia normativa directa, sienta los pilares de este proceso coordinador. Partiendo del reconocimiento de la diferente naturaleza del Catastro y del Registro, examina la conexión con los principios hipotecarios más implicados (especialidad, calificación, titulación auténtica) y configura las características de publicidad (meramente informativa), vocación de universalidad y deseable uniformidad en su organización, así como progresividad en su aplicación. Termina formulando una directriz: ni la falta de un sistema catastral organizado debe obstaculizar el proceso de inscripción, ni menos la existencia de un Catastro ser freno del tráfico inmobiliario.

Un hito importante en esta evolución fue el Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, de Coordinación del Catastro Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria. Aunque por razones de jerarquía normativa no puede haber modificado las normas con rango de ley sobre el Catastro, concentración parcelaria y otras materias, de alguna manera subsume y clarifica las anteriores. En su norma primera dispone como objeto de la coordinación el establecimiento de la concordancia entre ambas instituciones a través de su respectiva técnica operatoria:

- a) *El Instituto Geográfico Nacional aportará al Registro de la Propiedad los datos descriptivos y gráficos de cada finca, especialmente sus linderos y superficie, con referencia a los números de polígono y parcela correspondientes, en aquellos términos municipales en que el Catastro Topográfico Parcelario esté terminado y en grado suficiente de conservación.*
- b) *El Registro de la Propiedad aportará al Instituto Geográfico Nacional el nombre de los titulares en dominio de las fincas coordinadas; y las modificaciones por agregación, agrupación, división, segregación, exceso o reducción de cabida de fincas registrales coordinadas o no (14).*

(13) GARCÍA GARCÍA, *La coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro Topográfico Parcelario establecida en el Real Decreto de 3 de mayo de 1980 y en la Carta de México*, Colegio de Registradores, 1982, hace un detenido estudio de ambos documentos.

(14) Otras cuestiones reguladas son los medios instrumentales (norma 3.^a: planos parcelarios, cédulas parcelarias y títulos públicos) la forma, el momento en que se practicará y la promoción (norma 6.^a).

En esa intención de revalorizar las diferencias entre ambos ámbitos es preciso atender a una distinción básica, porque representa el enfoque respectivo del Catastro y del Registro, que es la existente entre finca registral y parcela catastral (15). Sin perjuicio de remitirme a lo dicho respecto del concepto de finca registral, la parcela catastral se refiere sólo al sentido material del concepto de finca (excluyendo las acepciones registral, funcional, especial) debiendo estar comprendida en toda su extensión superficial dentro de un mismo término municipal y polígono topográfico, y habiendo sido delimitada por un procedimiento específico (en la práctica, por un experto en topografía no jurista). En realidad, se trata de una «finca de hecho» y sólo por la frecuencia estadística con que los signos delimitadores externos coinciden con los de la realidad jurídica cabe concedérsele un valor indiciario importante a la parcela catastral a efectos de la identificación física de las fincas registrales (en especial, las rústicas).

En efecto, según la Declaración de la Federación Internacional de Topógrafos sobre Catastro (1995), un Catastro es un «sistema de Información Geográfica actualizado basado en la parcela», pero debe tenerse muy presente el concepto de objeto territorial (pieza de terreno donde las leyes imponen idénticos parámetros jurídicos); en realidad son capas temáticas que vienen a superponerse sobre la básica, constituida por la parcela, como completa la Comisión VII que ha desarrollado el documento «Catastro 2014».

Por este motivo los datos catastrales no deben vincular al Registro de la Propiedad, sin perjuicio de auxiliarse de ellos una vez valorados y calificados por el Registrador. Es preciso interpretar correctamente, es decir, de forma instrumental y no absoluta, la declaración de la Exposición de Motivos que brinda esa información del Catastro al servicio de «la paulatina incorporación de la información gráfica y de la identificación catastral de las fincas al Registro de la Propiedad».

En este sentido resultan algo simplistas las conclusiones del XIV Congreso Internacional de Derecho Registral, con ocasión del Tema 1 dedicado a «La relación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, la Administración Fiscal y demás Administraciones Públicas», al destacar entre las finalidades de dicha cooperación la de clarificar el mercado inmobiliario de modo que se diferencie entre el carácter jurídico de los pronunciamientos del Registro de la Propiedad y el carácter puramente administrativo de la información catastral.

(15) MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 262 y 263.

B) PREVALENCIA DE UNO SOBRE EL OTRO

Se puede partir de la presunción relativa a la eficacia de los pronunciamientos catastrales, contenida en el artículo 3, inciso final del TRLCI: «A los solos efectos catastrales, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos». A primera vista parece blindarse los datos catastrales, respecto de los pronunciamientos de hecho, con la misma presunción que el Registro protege los jurídicos, pero el número e intensidad de los condicionantes «a los solos efectos catastrales», «salvo prueba en contrario», «sin perjuicio de...», hacen dudar de la efectividad real de tal presunción de certeza.

Cabe en este punto preguntarse si esa prueba en contrario también desvirtúa los efectos de la presunción de legitimación del Registro, si se admite, con respecto a los datos fácticos, y con qué alcance.

Resulta expresiva a este respecto la STS 1.^a, de 25 de octubre de 1991, Pte.: ALBÁCAR LÓPEZ (EDE 1991/10119) (Fto. Tercero) hasta el punto de denominarla impropiamente «prueba catastral» cuando reconoce que un documento administrativo pueda ser valorado por el Juzgador de instancia como un elemento probatorio más, deduciendo del mismo los efectos que resulten de su valor y fuerza intrínseca.

El valor de la certificación catastral como principio de prueba a completar por otros medios se destaca en la SAP de León, de 27 de abril de 2000 (RAJ 2000/4842) (Fto. Tercero): «...no se ha probado de forma inequívoca, por quien tenía tal obligación según la carga de la prueba que impone el artículo 1.214 del Código Civil, el dominio de la franja de terreno que los apelantes se atribuyen, aportando únicamente como justificación del mismo la certificación del Catastro porque los datos del Catastro no sirven para justificar en exclusividad el dominio sobre una finca, ya que no constituyen título de propiedad, sino un principio de prueba que habrá de ser completadas con otros medios probatorios».

La insuficiencia probatoria de la certificación catastral se pone claramente de manifiesto cuando sus circunstancias son inexactas, pero incluso cuando fueran correctas resurge la diferente eficacia publicitaria entre Registros administrativos y jurídicos. La SAP de Cantabria, de 31 de mayo de 2001 (RAJ 2001/227062) (Fto. Segundo) considera que tampoco constituye prueba una certificación del Centro de Gestión y Cooperación Tributaria del Servicio del Catastro e Inspección de Rústica, pues ni en dicha certificación se describen las fincas cuyo dominio se pretende, ni coinciden los números de parcela, ni las superficies, ni el pago o paraje que en ellas figura como elemento de situación. Además, como recuerda numerosa jurisprudencia, los datos obrantes en el Catastro, como registro administrativo que es, tienen un

mero valor informativo, de forma que, cualquiera que fuera su contenido y alcance, no queda exonerada la parte actora de justificar la concurrencia de los requisitos imprescindibles para acoger la pretensión declarativa. La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre ambos tipos de registros. Distinción equívoca, pues todos los Registros son jurídicos (regidos por normas de esta naturaleza) y administrativos (creados y encuadrados en la Administración); pero distinción que atiende a su carácter y función: los de seguridad (jurídica) y los de información (administrativa). Los primeros, destinados a los particulares para dar publicidad a sus relaciones jurídicas (y en nuestro caso, a los derechos reales inmobiliarios, *ex art. 9.3 CE*); los segundos, destinados a la Administración para proporcionarle la información necesaria para el desarrollo de su actividad (16).

La insuficiente identificación es todavía más evidente cuando sólo se aporta la referencia catastral. En el caso de la SAP de Guadalajara, de 3 de julio de 1995 (*RAJ 1995/1402*), la parte recurrente se ha limitado a aportar unas titulaciones de cierta antigüedad (datan una, del año 1965, y otra, de 1972), donde sólo se señala su ubicación en un polígono y una referencia catastral, sin que consten linderos ni ubicación concreta que permitiera identificar las fincas que reclama, ello unido a lo inconsistente de tales documentos, privado el primero y sin que en relación al segundo se mencione razón o causa de que pertenece la finca al causante del actor.

En el extremo contrario, el avanzado estado de los trabajos catastrales en Navarra permite un alto grado de concordancia con el Registro de la Propiedad, pues las inscripciones catastrales tienen su origen en los títulos de dominio e inscripciones registrales, y se alude a un equilibrio entre la «realidad catastral» y la «realidad registral». En el caso de la SAP de Navarra, de 13 de diciembre de 2001 (*RAJ 2001/67962*) (Fto. Segundo), en principio se considera que, a diferencia de la medida superficial, los lindes de la finca sí tienen amparo registral, pues es un dato sustancial para la identificación de la misma. Aunque la descripción registral de la casa no sea coincidente con la realidad constructiva actual de la finca (corral identificado actualmente como patio), ello no empece a que puede considerarse objeto de la transmisión el corral o patio indicado, pues específicamente constituyó, por voluntad de los demandados (vendedores), objeto de esa transmisión el corral o patio.

Más adelante, la citada sentencia acaba reconociendo que la indicación de superficie sí constituye un dato relevante, dada la pertenencia de ambas fincas a la misma «familia», y revela que la integración del patio reivindicado en la

(16) PAU PEDRÓN, Antonio, *Elementos de Derecho Hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, págs. 15 a 17, considera que fuera de su común misión de facilitar datos, ambos tipos de registros comparten pocos rasgos formales y ningún principio sustantivo, por lo que la elaboración de una teoría general que los abarque de forma unitaria resulta imposible.

finca del actor guarda más correspondencia con la realidad registral, y que por el contrario la atribución a la finca de los demandados del indicado patio revelarían la atribución a esta finca de una superficie notoriamente superior, sin justificación aparente. Para acabar concluyendo que lo tenido en cuenta es la realidad catastral, y si bien la mera inscripción catastral no es título suficiente para amparar la titularidad dominical, aquella realidad catastral no es tomada como título de dominio, sino como un hecho de la realidad extrajudicial, en el que, habiendo intervenido las partes, puede ayudar a conocer la efectiva realidad y configuración de las fincas, como un elemento probatorio con el que integrar el título de dominio. Ello, sin perjuicio de otros argumentos colaterales a nuestra cuestión como el de que no puede alegarse desconocimiento de esa realidad registral y menos su intrascendencia, ya que esta configuración catastral consta que fue notificada al causante de los demandados, sin que conste oposición alguna, revelándose con ello un acto propio, que debe ahora ser respetado por los demandados, máxime cuando ellos en el año 1988 (folio 292) realizaron una solicitud de modificación catastral, para que se inscribiera a su favor la parcela número ...577, sin hacer objeción alguna sobre su delimitación y falta de integración en dicha parcela del patio.

En ocasiones se pretende la prevalencia del Registro sobre el Catastro, porque la descripción registral resulta confirmada por la conjunta apreciación probatoria y, además, la contenida en los títulos presentados está basada en el Registro.

Ello parece algo velado todavía en la STS de 2 de octubre de 1980, Pte.: GÓMEZ DE LA BÁRCENA Y LÓPEZ (*RAJ* 1980/3609) y especialmente en la STS 3.ª, de 2 de diciembre de 1984. Ponente: DÍAZ DE LOPE-DÍAZ (*RAJ* 1984/6063) que, en relación con el valor del suelo en un procedimiento expropiatorio, establece: la primera diferencia que se advierte es la relativa a la extensión, pues mientras la expropiada afirma que es de 243 Has., 1 a., y 25 ca., según los datos registrales, la superficie que resulta inscrita a favor del Estado después de la expropiación es de 232 Has., 37 a., 50 cas., obtenida de datos catastrales; como no se ha llevado a cabo una medición de la finca para aclarar esta divergencia, se dará preferencia a la inscripción registral primitiva sobre la derivada del Catastro en base del principio de legitimación registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y además porque esta extensión de 243 Has., 1 a., y 25 ca., es la que ha tenido presente el perito forense nombrado por insaculación en los autos, para hacer la tasación.

Pero no es que, por principio, prevalezca la descripción registral sobre la catastral sino que, ponderada conjuntamente la prueba, parece aquélla la más adecuada a la realidad extrarregistral en el caso concreto.

La STS 3.ª, de 8 de junio de 1996 (*EDE* 1996/5906) combina criterios como la carga de la prueba y su inversión o no, para determinar cómo juega esa presunción en el ámbito administrativo, y aclarar a qué efectos se entien-

de prejudicial la cuestión de la superficie total de la finca expropiada («a los efectos de su valoración en el oportuno expediente de justiprecio, pues no cabe olvidar o eludir que los colindantes discuten su cabida y tal conflicto habrá de dirimirse ante la jurisdicción del orden civil a través del correspondiente juicio declarativo»):

Fto. PRIMERO.—La Sala de instancia, efectivamente, se inclina por considerar, y así lo declara en su sentencia, que la finca rústica tiene la extensión superficial con que aparece en el Registro de la Propiedad, pero ello no es porque atribuya a la inscripción registral una eficacia jurídica, en relación con las características físicas de la finca, que no tiene, sino porque, al valorar la prueba practicada, le merece más crédito la superficie recogida en el Registro de la Propiedad que la que figura en el Catastro, de modo que, al juzgarlo así, no vulnera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se limita a declarar que, apareciendo la finca inscrita con una superficie determinada, ésta debió ser tenida en cuenta por la Administración, dado que su actual propietaria acreditaba traer causa del último titular inscrito, citando en apoyo de su tesis una sentencia de la antigua Sala Quinta de este Tribunal, de 2 de diciembre de 1984, según la cual, a efectos de fijar la superficie de la finca expropiada, ha de darse preferencia a la inscripción registral primitiva sobre la derivada del Catastro.

Fto. SEGUNDO.—Aducido por el Abogado del Estado que la carga de la prueba corresponde al propietario sin que prevalezca el Registro de la Propiedad frente a los datos catastrales, el tribunal considera: «Es cierto que la fe pública registral no alcanza a la extensión superficial de las fincas inscritas, pero no es exacto que hayan de prevalecer en todo caso los datos sobre su superficie obrantes en el Catastro frente a los registrales, sino que la doctrina jurisprudencial consolidada es la de que ha de estarse a la superficie real de la finca, deducida de las pruebas y, en este caso, la Sala de instancia, después de ponderar las practicadas en el expediente administrativo y en el juicio, ha llegado a la conclusión de que la extensión superficial de la finca, a efectos de determinar el justiprecio, es la que aparece en la inscripción registral...».

La prueba de la conclusión que mantengo es que en otros casos, en que también se hace patente la discrepancia Catastro-Registro, no prevalece el Registro por haberse practicado indebidamente la inscripción registral (v.g., *ex art. 206 LH*), como en el caso de la SAP de Asturias, de 17 de marzo de 1997 (*RAJ 1997/527*) (Fto. Segundo), que resuelve la controversia civil traída a autos al no coincidir el titular catastral (señor R. A.) con el titular registral (Ayuntamiento de Gijón):

«1.º) Que el Ayuntamiento extravió los documentos históricos que constituirían el amillaramiento del Municipio.

2.º) Que desde la redacción del primer catastro de 1954 hasta la revisión catastral de 1985, aparecía como titular de las fincas litigiosas “El Mu-

nicipio”, terminología que significa, según la certificación catastral obrante al f. 335, propietario desconocido.

3.º) En un trabajo encargado por y para el Ayuntamiento en 1965 a la Empresa “Organizaciones Carril”, se da como propietario, según uno de los peritos, “al Municipio”, expresión muy posiblemente detraída del título catastral.

4.º) Tras la citada revisión de 1985 del Catastro de Urbana figura como titular catastral don José R. A. —f. 129—.

5.º) Por el procedimiento privilegiado de la certificación del Secretario se inscribieron en 1986, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, en el Registro de la Propiedad las referidas fincas.

6.º) Desde la última revisión catastral de 1989 figura como titular catastral de aquéllas el Ayuntamiento».

Por ende, una Administración que dice, según los peritos, haber extraviado el primitivo amillaramiento, que no acredita que los bienes se hallaban inventariados en la propia Corporación y que ni siquiera arroja la certificación del Secretario con un expediente de investigación concluyente a la luz de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, difícilmente puede entenderse que haya acreditado siquiera mínimamente la titularidad de los bienes reivindicados.

A la conclusión precedente no obsta la inscripción registral, toda vez que como se señala en la STS 1.ª, de 11 de febrero de 1994 (*RJ* 1994/850), «el principio de legitimación registral desarrollado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no opera cuando se acredita la falta de dominio en el título que inscribe, pues no justificado dicho dominio desaparece el hecho básico de la presunción *iuris tantum* que dicho precepto registral proclama».

En la jurisdicción administrativa la cuestión se aborda aparentemente por la vía de delimitar el ámbito de la calificación. En la STSJ del País Vasco, de 14 de abril de 2000 (*EDE* 2000/439633) (Fto. Primero y Segundo): «...la Certificación registral aportada no es prueba suficiente para desvirtuar la validez de las superficies consideradas en las ponencias de valores y en la liquidación que se discute, por cuanto que la función calificadora que el artículo 18 de la Ley no se extiende a estos datos». Para una equilibrada interpretación de la sentencia es preciso tener en cuenta que el recurrente, con renuncia a fundar en derecho su impugnación, se limita a discutir los elementos formales y de hecho tenidos en cuenta en la valoración catastral que discute, tales como la circunstancia de efectuarse una valoración separada para la vivienda y sus anexos y para el suelo. Y termina considerando que, en definitiva, en el caso «no se ataca la inscripción en sí, sino sus datos físicos». Creo que no debe entenderse este fallo indiciario, ni mucho menos, de una restricción del ámbito de la calificación registral, pues se trata de un

caso en que se niega responsabilidad de la Administración porque la calificación se produjo en los términos prevenidos en la Ley y Reglamento Hipotecario.

Continuando en la jurisdicción contenciosa, la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 13 de marzo de 2001 (*EDE 2001/29602*) anula el acta de deslinde administrativo que otorga una superficie a la finca de los actores inferior a la inscrita en el Registro, sin haberse acreditado la posesión administrativa de los terrenos que se adjudica el Ayuntamiento. Dicha sentencia realiza primero una consideración de fondo que después aplica al caso concreto, combinándose cuestiones de derecho (propiedad) con otras de hecho (posesión) en relación a una superficie visualizada mediante aplicaciones informáticas:

«CUARTO.—La jurisprudencia ha precisado que el deslinde no debe convertirse en una acción reivindicatoria simulada, y no puede con tal pretexto la Administración hacer declaraciones de propiedad, ya que aparte de las situaciones surgidas al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, existen otras en base a la simple inmatriculación... que no pueden ser ignoradas, que se verían contradichas si la Administración pudiese hacer declaraciones posesorias, aun con el carácter de provisionales, en contra de tales situaciones jurídicas, por la vía del deslinde administrativo.

...El Ayuntamiento no ha practicado prueba alguna que permita acreditar que el deslinde efectuado respeta la superficie de la finca de los actores, inscrita en el Registro de la Propiedad; por el contrario, la parte actora, documentalmente mediante el informe de Ingeniero Técnico Agrícola, acredita que el deslinde no respeta la superficie inscrita registralmente, y testificalmente que el talud se ha movido hacia su finca. Del propio acta de deslinde se desprende que los puntos fijados en el apeo implicaban otorgar una superficie a la finca de los actores inferior a la inscrita en el Registro y se opta por repartir proporcionalmente la superficie en litigio, sin haberse acreditado la posesión administrativa de los terrenos que se adjudica el Ayuntamiento, y sin aportar al expediente plano a escala de las fincas que exige el artículo 64.6 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales».

Otra circunstancia descriptiva, aunque en sentido económico, es el valor del inmueble. Constituye un punto de contacto entre la descripción de la finca registral y la parcela catastral. Por una parte, a ella se refiere el artículo 51.8 RH: «el valor de la finca o derecho inscrito se designará, si constare en el título, en la misma forma que apareciere en él»; aunque el artículo 9.2 LH en realidad a lo que alude es al valor *del derecho* que se inscriba, junto a su naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, y también cuando constaren en el título. Hasta la reforma de la Ley Hipotecaria por la Disposición Final Novena de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, era indispensable en la escritura de constitución de

la hipoteca la fijación del precio en que los interesados tasasen la finca para que sirviera de tipo en la subasta (*ex* anterior art. 130 LH).

Por otro lado, la inclusión de esta circunstancia del valor en la descripción catastral (art. 3 TRLCI) es presupuesto de la finalidad tributaria del Catastro Inmobiliario (art. 2.1 TRLCI). Este valor catastral, que no podrá superar el valor de mercado, es el determinado objetivamente para cada bien inmueble a partir de los datos obrantes en el Catastro Inmobiliario y estará integrado por el valor catastral del suelo y el valor catastral de las construcciones (art. 8 TRLCI), entre cuyos criterios figuran el de la propia localización del inmueble, las circunstancias urbanísticas que afecten al suelo y su aptitud para la producción (17). Pero a su vez hay que reconocer, con la Exposición de Motivos de la Ley 48/2002 y del propio Texto refundido, que si en la normativa anterior hacía recaer su principal acento sobre el concepto de valor catastral, ahora, aun manteniendo su singular importancia, aquél pasa a integrarse en el más amplio de descripción catastral, que por tanto se hace más poliédrico.

En la importancia de los datos físicos insiste la sentencia de la Audiencia Nacional, de 25 de noviembre de 1999 (*EDE* 1999/41185) (Fto. Tercero), que alude al sistema seguido por la Administración para asignar una valoración diferente a la declarada por los particulares, atendiendo, en primer lugar, a la descripción del soporte físico, que es el bien o el derecho (*sic*) transmitido, en cuanto se refiere a su contenido o circunstancias físicas, y a partir de ahí exteriorizar los criterios concretos seguidos para la valoración, sin que pueda entenderse cumplida esta exigencia con la mera fijación de una cifra por metro cuadrado en virtud de un texto estereotipado, ya que no se trata de emitir una opinión sobre lo que puede valer un bien o derecho, sino de practicar una valoración para conocer el valor real que luego ha de tener trascendencia no sólo para el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales o para el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, sino también para otros impuestos.

En el ámbito tributario los actos de determinación de las bases y deudas tributarias gozan de presunción de legalidad (art. 8 de la Ley General Tributaria de 1963) que sólo podrá destruirse por los procedimientos establecidos mediante prueba en contrario, plena, idónea y convincente que no tiene lugar en el caso de la STSJ de Canarias (Las Palmas), de 9 de febrero de 2001 (*EDE* 2001/7770) (Fto. Sexto): «...en vía económica-administrativa y respecto al fondo del asunto, no se hace ninguna prueba, lo que intenta en vía

(17) La determinación y actualización de dicha valoración se practica a través de diversos procedimientos (de forma colectiva o individualizada) mediante la aplicación de las correspondientes ponencias de valores (arts. 22-32 TRLCI), en un intento de sistematización y simplificación, bajo los principios de legalidad y moderación (según proclama su exposición de motivos).

jurisdiccional mediante escritura pública de compraventa en que se le asigna el inmueble una superficie útil aproximadamente de sesenta metros cuadrados; nota informativa del Registro de la Propiedad con igual superficie; así como fotocopia del Servicio de Valoración de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias, que a los efectos del Impuesto de Transmisiones dice 75 metros; dado que «la fe pública del Registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca», como es su superficie y, por otra parte, no hay razón para que prevalezca la valoración por el impuesto de transmisiones sobre el valor catastral impugnado...».

Es evidente la vinculación de los aspectos hipotecarios y administrativos para resolver cuestiones íntimamente relacionadas, tales como cabida y lindes de un camino, como se observa en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 4 de noviembre de 1999 (*EDE* 1999/44755) (Ftos. Tercero y Cuarto) que estima el recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de deslinde efectuado respecto de un camino por no ser ajustado a derecho, debiendo ser repuestas las lindes del camino en el tramo afectado, al trazado y configuración que existía con anterioridad al acuerdo impugnado. Desde la óptica hipotecaria, la sentencia afirma la entrada en juego de los principios de fe pública y legitimación registral, que impiden a la Administración hacer una declaración provisional de posesión que contradiga la declaración o presunción legal del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Desde el punto de vista administrativo, el artículo 58 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales preceptúa que el expediente correspondiente se adoptará previo examen de una Memoria, en la que preceptivamente deberá hacerse referencia al deslinde que se propone, la descripción de las fincas, con expresión de sus linderos generales, de sus enclavados, colindancia y extensión perimetral y superficie, y el título de propiedad y, en su caso certificado de inscripción en el Registro de la Propiedad, e informaciones posesorias que se hubieren practicado y actos de reconocimiento referentes a la posesión en favor de la entidad local de los bienes que se tratan de deslindar.

En el caso de la anterior sentencia, la pretensión de los recurrentes debe prosperar en base a los siguientes motivos (Fto. Quinto), de cuyo detalle no he querido prescindir por su carácter rabiosamente realista:

«— En la memoria obrante a los folios 31 a 33 del expediente, no han sido incorporados los títulos registrales de las fincas, 24, 88, 86 y 85 (estas últimas propiedad de los demandantes) objeto de deslinde. Por el contrario, y pese a ser aportados por los recurrentes y por el señor P. (persona que promovió el deslinde), sirvieron de base a la memoria el plano del Catastro aportado por el señor P. y la fotografía

aérea de la zona del Centro Fotográfico y Geográfico del Ejército del Aire de 1956 (folio 40 del expediente).

- Discrepancias entre las cabidas de las fincas descritas en la inscripción registral y las certificaciones catastrales: Frente a la medición que de la parcela... suministran las certificaciones catastrales del Catastro actual, 15.600 m², tanto en el avance del Catastro como en escritura pública constan 16.930 m²; por tanto, existe un defecto de cabida del vigente Catastro de 1.330 m². La finca ...4, propiedad del señor P., según la nota simple del Registro de la Propiedad, número 1 de Illescas, tiene una extensión de 11.272 m², medición que difiere, tanto de la certificación de gestión y valoración catastral, de 12.960 m², como de la medición efectuada por el interesado de 11.603 m², por lo cual la descripción registral, al ser más aproximada a la aportada por el referido señor, parece más exacta que los datos reflejados en el Catastro, los cuales sirvieron de base para el apeo.
 - Respecto a los límites del camino “V.”, el trazado del camino, según el plano parcelario recto, difiere del trazado que puede ser observado en las fotografías del Centro Fotográfico y Cartográfico del Ejército del Aire, la del año 1956 que se incorpora al expediente, y las de 1970 adjuntadas a la demanda. Sobre todo, en estas últimas, se aprecia un recorrido curvo hacia la parte derecha que parte de las lindes del camino en el extremo derecho de la parcela ... y llega hasta las parcelas ... y ... Hemos de destacar que dada la reducida escala de la foto obrante en el expediente, se observa con menor claridad la referida curvatura, pero en cualquier caso, todas las fotos distan del camino recto trazado en el plano parcelario. Además, es posible advertir las imprecisiones del plano parcelario y las fotografías en la línea de la vereda colindante con las parcelas ... y ..., toda vez que en el primero existe una considerable variación hacia la izquierda que no se percibe en las segundas.
 - Pese a las irrefutables evidencias fotográficas, el Ayuntamiento, en la única diligencia de información posesoria realizada con objeto de informar la posesión del Ayuntamiento, don Tomás manifiesta que durante los doce años que ha sido agricultor en ese municipio ha transitado por la “vereda de la yegua” para labrar fincas que se encontraban en sus márgenes y que ha conocido su trazado en línea recta con relación las parcelas ... y ..., ... y ... del Polígono ... del Catastro de rústica, tal y como viene reflejado en el plano catastral.
- SEXTO.—Resulta, pues, patente que las prescripciones técnicas que deben acompañar a la memoria no se han fundamentado ni en planos, ni en datos rigurosos procedentes de las fotografías o las me-

diciones efectuadas en los títulos de propiedad registral, sin que, por tanto, concurra una posesión administrativa, fehacientemente acreditada que es requisito *sine qua non* para que la Administración pueda provocar o generar el deslinde...»

Y es que con frecuencia se abusa del expediente del deslinde administrativo pues, en realidad se cuestiona a través de él la titularidad de los terrenos que aparecen dentro de unos determinados linderos inscritos y poseídos por el particular, con lo que se trasluce la diferenciación funcional entre Catastro (extensión) y Registro (titularidad). En concreto, en el caso de la STSJ de Navarra, de 5 de marzo de 1998 (*EDE* 1998/7447), mediante el deslinde administrativo el Ayuntamiento pretende alterar los lindes y reducir ostensiblemente su extensión de la finca litigiosa, reconocida incluso por el Catastro de 1987 en lugar de respetar la situación jurídica consolidada en favor del particular y acudir al procedimiento declarativo ordinario ante la jurisdicción civil.

Existen también otros ámbitos en los que incide más o menos directamente la descripción física de los inmuebles. En materia de calificación urbanística del suelo, la STSJ de Castilla-León (Burgos), de 30 de mayo de 2000 (*EDE* 2000/35891), delimita el concepto (en la fecha de la sentencia, cita la Disposición Adicional cuarta de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales) y funciones del Catastro (entre las que no figura la calificación del suelo como urbano o —por exclusión— como rústico), reconociéndose la existencia de discordancias entre la descripción catastral y la realidad que contribuyeron a una confusión que influyó en aquella calificación.

En el ámbito de los proyectos de expropiación para la ejecución de las obras, especialmente respecto de la relación de propietarios, bienes y derechos afectados, la STSJ de Madrid, de 17 de septiembre de 2001 (*EDE* 2001/60364) consideró que el Ayuntamiento no respetó la apariencia registral y se pronunció sobre la propiedad con base sólo en el análisis de las descripciones físicas de las sucesivas inscripciones. Se trata de litigios en que se plantean cuestiones atinentes tanto al ejercicio de facultades administrativas (aprobación del acuerdo sobre los bienes expropiados), como de naturaleza civil (pronunciamiento sobre la apariencia de derechos civiles que permita dirigir el procedimiento expropiatorio a personas determinadas). En el caso, el Registro, aun admitiendo un alto grado de confusión en los linderos, estableció una correlación entre la parcela expropiada (parcela catastral ...6 del polígono A) y la finca número ...4, que en ningún caso aparece desvirtuada por datos registrales diferentes y que tampoco ha sido contradicha por títulos aportados por los expropiados añadidos.

Prevalece la cabida real que es la probada y no la del Registro, y naturalmente frente a esta realidad debe ceder la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 38 LH. Ello con independencia de que los intereses en juego

inclinen a sostener unos u otros datos. En el caso de la STSJ de Navarra, de 13 de noviembre de 1997 (EDE 1997/19175) a la entidad expropiante demandada le interesara partir de la descripción de las fincas en el Registro de la Propiedad por indicar una superficie menor (hasta tal punto niega la evidencia que se aprecia temeridad y mala fe procesal en el demandado). En definitiva, se trata de una cuestión de estrategia procesal: determinar si el litigante reconoce la estimada como cabida real de la finca o pretende hacer valer la cabida que se desprende de la descripción hecha de la finca por el Registro de la Propiedad, aunque en principio no coincida con aquélla.

Veamos los hechos del caso, sus pruebas y su fundamentación:

La Parroquia de Irurtzun es titular-propietaria de una serie de fincas registrales (en Suelo Urbano de Irurtzun) y que a efectos de su localización y del Proyecto de Reparcelación y urbanización, se encuentran todas ellas incluidas como una única Parcela Catastral (núm. 70 del Polígono 2 del Ayuntamiento de Irurtzun).

Del informe pericial practicado se desprende que a la vista de los planos del Catastro de la Riqueza Urbana de Navarra y tomando como referencia los realizados con medios suficientemente fiables en diciembre de 1980 y el actual plano catastral emitido en 1992, se efectúa una comparación de sus superficies y se comprueba que no existe diferencia alguna al respecto, lo que significa que no ha aumentado a costa de la comunal colindante.

Se adjunta plano en el que se representa, una al lado de la otra, la planta de la parcela en tres versiones distintas, realizadas en distintas épocas, con distintos métodos y por distintas personas. La parcela en cuestión tiene, desde el año 1931, la misma configuración física; la medida real de la misma, según el perito y el propio Catastro, según medición efectuada en el año 1992 con los últimos adelantos técnicos, es de 2.548 m² y ello se ha conocido así desde siempre, según los testigos, estando bien diferenciada de todos los terrenos colindantes.

Frente a esta realidad debe ceder la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y es de total aplicación lo dispuesto en los artículos 166 de la Ley del Suelo y 103 del Reglamento de Gestión Urbanística que hacen referencia, respectivamente, a la superficie a tener en cuenta, que será la que tengan las parcelas en el momento de la aprobación de la delimitación de la unidad de ejecución, y que en caso de discordancia entre los títulos y la realidad física de las fincas, prevalecerá ésta sobre aquéllos. Recuérdese que este segundo precepto, después de sentar que la resolución definitiva de la discrepancia sobre la titularidad de los terrenos corresponde a los Tribunales ordinarios, admite que ello, no obstante, las cuestiones de linderos podrán resolverse en el propio expediente de reparcelación, si media la conformidad de los interesados, acreditada mediante comparecencia o en cualquier otra forma fehaciente.

C) EFECTOS DE LA COORDINACIÓN

El Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo, sobre Coordinación del Catastro Topográfico Parcelario con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria alude en su Norma 9.^a a los *Efectos de la coordinación*:

a) La coordinación de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad con el Catastro Topográfico Parcelario implicará la conformidad de la Administración, con los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral. En consecuencia, los expedientes administrativos relativos a fincas coordinadas deberán tomar como base de la actuación de que se trate los datos resultantes de la coordinación, a efectos de producir la triple coincidencia catastral, registral y fiscal en cuanto a los datos físicos y titulares de las fincas.

Entre los efectos administrativos de la coordinación, GARCÍA GARCÍA (18) señala la vinculación de la Administración respecto de los datos de la coordinación inscrita, lo que supone una novedad en la materia y está fundamentada en el carácter único de la Administración, a pesar de la multiplicidad de sus órganos y en determinados preceptos de la Ley de Catastro de 1906, vigente en la fecha del citado Real Decreto. Podría incluso pensarse que se trata de una derivación muy especial del principio de legitimación, aunque la conformidad de la Administración es algo más que la «presunción de exactitud» derivada de los asientos registrales.

Para dicho autor, esta conformidad no constituye ni un acto propio de la Administración (contra el que no podría ir) ni una simple «presunción» que la propia Administración pudiera destruir dentro del propio expediente administrativo (con lo que resultaría ilusoria). Goza más bien de un grado intermedio de efectividad para desvirtuar, el cual se ha de acudir a la jurisdicción contenciosa-administrativa, debido a la naturaleza mixta (y plena) de la coordinación, con dos clases de efectos, administrativos y civiles.

b) No obstante lo dispuesto en el número anterior, a efectos civiles serán los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria los únicos competentes para conocer y decidir sobre cuantas cuestiones litigiosas se refieran a la identidad y circunstancias físicas de las fincas.

c) Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, cuando en los asientos del Registro conste la coordinación de una finca con el Catastro Topográfico Parcelario se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral coinciden con la realidad física.

En general, el éxito de este texto normativo pretendía basarse, como expone su preámbulo, en la eficacia probada del sistema hipotecario, en el

(18) GARCÍA GARCÍA, *La coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro...*, cit., pág. 500 y sigs.

desarrollo paulatino de la técnica catastral, así como en el apoyo del Notariado y de las autoridades judiciales y administrativas competentes para actuar en el tráfico inmobiliario (19). De los motivos de su escasa aplicación efectiva hablaremos después.

Lógicamente la determinación de los efectos de la coordinación dependerá de la extensión del propio concepto de coordinación y, a su vez, aquéllos influirán en éste. Siguiendo a GARCÍA GARCÍA (20) se puede distinguir una acepción amplia (21), como conjunto de actuaciones a realizar por diversos organismos tendentes a lograr la correspondencia entre los datos de uno y otro; y otra más estricta como operación registral que se practica en el folio de la finca en el Registro (22).

La mayoría de la doctrina coincide en que tal coordinación exige no sólo un mero intercambio de datos entre ambas instituciones, sino una toma en consideración de los datos de cada una de ellas por la otra (23). Para ROCA SASTRE, las relaciones entre el Registro y el Catastro son de prestaciones recíprocas, conservando su autonomía en sus funciones específicas (24). Sin embargo, añade este autor, para el Registro la función catastral es la propia de un instrumento de carácter medial, perfeccionador de la buena ordenación inmobiliaria registral y denomina coordinación a la situación de interdependencia o armonía funcional entre una y otra institución (25).

Considero que aquel carácter medial no implica subordinación de una a otra y en el ámbito de un Catastro de creciente polivalencia esta idea se denomina también principio del doble suministro (26), dado que la identificación de las fincas en el Registro, como soporte físico de las titularidades

(19) ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 192, achaca a la reducidísima participación de hipotecaristas en su elaboración, el defecto de la necesaria sustancia técnica y experiencia práctica para la justa ponderación del objetivo de la coordinación. Adelantándose a su tiempo, dicho autor realiza una propuesta de disposición legal en la sexta edición de su obra (1968), más de una década antes de la publicación del Real Decreto de 3 de mayo de 1980.

(20) GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 439 y sigs.

(21) A ella se refiere el Real Decreto cuando regula en sus Normas los medios instrumentales (2.^a), la forma (4.^a), y la promoción de la coordinación (6.^a).

(22) Contemplada en las Normas 5.^a (Práctica), 7.^a y 8.^a (Reglas generales y especiales) del Real Decreto de 1980.

(23) GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 441.

(24) ROCA SASTRE, *op. cit.*, págs. 201 y 202.

(25) PÉREZ PÉREZ, *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, pág. 329, también considera que el conocimiento de los datos físicos de los bienes inmuebles tendrá cada vez más relevancia económica, social y jurídica y sin embargo parece evidente que no podrá confiarse directa y exclusivamente al Registro de la Propiedad sino que tendrán que acceder a él a través de los correspondientes Registros administrativos.

(26) GRAGERA IBÁÑEZ, *El principio del doble suministro y la coordinación entre el Catastro y el Registro Jurídico*, Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, t. I, Madrid, 1993, págs. 323 a 340.

jurídicas, es una necesidad ineludible y núcleo esencial de la cuestión de la coordinación.

Por su parte, la jurisprudencia (27) se hace eco de este proceso de coordinación, incluso llega a condicionar la efectividad del artículo 38 LH al decir que no extenderá las presunciones que establece sino a compás de la coordinación con el Catastro Topográfico Parcelario a que se refiere el citado Real Decreto 1030/1980, del cual puede encontrarse antecedente a este concreto respecto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y posterior reflejo en la RDGRN de 31 de agosto de 1987, sobre informatización de los Registros de la Propiedad e implantación de una base gráfica de los mismos.

La efectividad de la coordinación Catastro-Registro, en relación al efecto de cosa juzgada de las acciones reales entre sí, se observa en el caso de la SAP de Burgos, de 29 de marzo de 1999 (*EDE* 1999/8452). El Ayuntamiento ejerció una acción de deslinde de las parcelas ...1 y ...2 del polígono ... del Catastro, demandando a los correspondientes colindantes, siendo estimada la acción de deslinde respecto de la parcela ...2 del Ayuntamiento y desestimada la de la ...1, que se reproduce en apelación, o bien se acumula a una acción declarativa de dominio, ejercitando también ambas acciones respecto de la calle C., que no fue objeto de ningún deslinde anterior (pero al aparecer totalmente pavimentada en las fotografías que obran en autos, siendo este un acto propio del Ayuntamiento demandante, éste viene a reconocer así que los límites de la calle no se extienden más allá de donde alcanzan las obras de pavimentación).

El Fto. Segundo realiza algunas consideraciones sobre la cosa juzgada, figura que coadyuva o perturba, según el sentido de sus efectos, con las presunciones registrales examinadas.

«...La jurisprudencia estima la excepción de cosa juzgada en los pleitos en que se ejercitan acciones reales de propiedad, como las de deslinde, declarativa de dominio o reivindicatoria, cuando concurre identidad de causa o fundamento de pedir, sea cual sea el nombre que a la acción que ejercita le dé la parte recurrente (v.g., entre una primera acción de deslinde y una posterior reivindicatoria “cuando lo que se solicitó no sólo fue tal deslinde y amojonamiento, sino también la adición a su propiedad de la franja de terreno que ahora es objeto de reivindicación”) pero no cuando la primera la fue a los solos efectos identificativos, sin otorgar ningún derecho jurídico material de ejercicio inmediato...»

Entrando en el fondo del asunto en el Fto. Tercero se reconoce:

...habiendo tenido acceso al Registro la parcela ...1 en virtud del artículo 206 LH, gozando de la presunción de exactitud que le confiere el artículo 38 de la misma ley, y figurando como finca registral ...3, lo que ocurre es que

(27) Vid. STS de 13-11-1987, Presidente: SERENA VELLOSO (*RAJ* 1987/8398) (Fto. Segundo).

en la inscripción de dicha finca, ésta viene descrita con unos linderos que no son los de la parcela ...1 del Catastro, coincidiendo únicamente el término de Sabuquillo y la superficie de 76 áreas y 23 centiáreas, aunque mediante nota marginal se declara que la finca registral ...3 coincide con la ...1 del polígono 1 del Catastro.

...habiéndose operado la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad en virtud del Real Decreto 1030/80, de 3 de mayo, se pretende haber salvado el mayor problema para la estimación de la acción declarativa de dominio ejercitada por el Ayuntamiento demandante, a saber, el de no coincidir los datos registrales con los de la finca cuya propiedad se atribuye, pues a partir de la coordinación, estos ya no son los que constan en la inscripción sino los de la finca ...3 del Catastro.

...y habiéndose obtenido curiosamente la sentencia apelada en el convencimiento de que la parcela ...1 coincidía, era la misma que la finca registral ...3, sin embargo, se tomaron como linderos presuntamente ciertos los de la registral, no los de la catastral, y por ello se desestimó la acción de deslinde por no acreditar que la finca del Ayuntamiento lindara con ninguna de los demandados, siendo así que por aplicación de las normas sobre coordinación contenidas en el Real Decreto 1030/80, de 3 de mayo, los datos de los que hay que partir para fijar la colindancia son los que resultan de la coordinación practicada.

Por último, según el Fto. QUINTO: «...resuelta la acción declarativa de dominio sobre la parcela ...1, también sobre la calle C. por su evidente carácter de bien de dominio público, procede examinar la acción de deslinde sobre ambas fincas, respecto de la que no hay cosa juzgada, porque el pronunciamiento que pudiera revestir este carácter, de falta de colindancia de la finca del Ayuntamiento con las de los demandados, ya ha quedado resuelto en la declaración de dominio que se hace en favor del actor de la misma finca con los linderos catastrales pues si se cerrara el camino a la acción de deslinde resultaría el contrasentido de que al demandante se le reconocería el derecho de propiedad sobre su finca sin posibilidad de deslindarla, lo que no parece lógico. Este deslinde no puede practicarse en base a los títulos de propiedad de las partes colindantes, pues expresan su colindancia con el río, cuando precisamente la finca del actor se ubica entre el río y las fincas de los demandados, sino en virtud de la posesión en que se hallen los titulares».

d) Realizada la coordinación, las cédulas parcelarias sólo podrán expedirse de acuerdo con lo resultante de la misma. En el Catastro Topográfico Parcelario no se reflejarán los cambios de titularidad que no procedan del Registro, pero sí podrán recogerse las alteraciones físicas operadas, a los efectos previstos para otras aplicaciones del mapa parcelario.

Y cara a la coordinación, en el nuevo TRLCI destacan algunos preceptos que podrían servir de apoyo, por lo menos desde el plano de la legisla-

ción catastral, tales como el artículo 2.2, al advertir que lo dispuesto en esta Ley se entenderá sin perjuicio de las competencias y funciones del Registro de la Propiedad y de los efectos jurídicos sustantivos derivados de la inscripción de los inmuebles en dicho Registro; además del artículo 2.1 antes visto:

«La información catastral estará al servicio de..., a cuyo fin el Catastro colaborará con las Administraciones públicas, los Jueces y Tribunales y el Registro de la Propiedad para el ejercicio de sus respectivas funciones y competencias. Asimismo, estará a disposición de las políticas públicas y de los ciudadanos que requieran información sobre el territorio...»

Pero obsérvese que no se impone tal coordinación, ni siquiera se considera deseable como fórmula estrictamente considerada, sino a lo más en un sentido amplio, sinónimo de colaboración, término que sí aparece literalmente más próximo al tenor del precepto («colaborará»).

En cualquier caso, el problema no es exclusivo de nuestro país. Merece destacarse cómo la «Declaración del Catastro en la Unión Europea» contempla en su punto 7.º que la información contenida en el Catastro y en el Registro de la Propiedad deberá de encontrarse adecuadamente coordinada. La utilización conjunta de la información existente en el Catastro y en el Registro de la Propiedad promoverá el ejercicio pacífico del derecho de propiedad y de los demás derechos reales sobre los inmuebles en toda la Unión Europea, y protegerá y facilitará su mercado y las inversiones realizadas en los mismos. En desarrollo de esta declaración comenta que los diferentes sistemas catastrales existentes en Europa se encuentran en mayor o menor medida coordinados con el sistema de Registro Inmobiliario. En algunos países, incluso son la misma institución. Esta situación es heredera de circunstancias históricas, o consecuencia de diferente legislación en materia de protección de derechos de propiedad. Con independencia de lo anterior, y de la existencia de diferentes sistemas registrales, la actividad registral moderna avanza hacia la existencia de una base cartográfica que refleje la situación linderos y características físicas de las fincas a inscribir.

D) REFERENCIA CATASTRAL Y BASES GRÁFICAS

La cuestión de la coordinación entre las aludidas instituciones no tiene sentido sin el estudio de estas herramientas a las que tanto la legislación catastral como la hipotecaria se refieren. En relación a la referencia catastral, por una parte, el artículo 6.3 TRLCI establece que a cada bien inmueble se le asignará como identificador una referencia catastral que permite situarlo inequívocamente en la cartografía oficial del Catastro. Por otro lado, la nor-

mativa hipotecaria alude a ella en el artículo 51 RH (28), en sus reglas 2.^a y 3.^a, en relación a la descripción de fincas rústicas y urbanas, y en el artículo 298.3 RH, al regular la inmatriculación o los excesos de cabida de fincas ya inscritas, junto a la certificación catastral, descriptiva y gráfica de dichas fincas y excesos. No en vano, la referencia catastral supone una forma de lenguaje alfanumérico empleado por los sistemas de georreferenciación, es decir, con indicación de la posición geográfica (latitud y longitud) de los puntos de la línea perimetral de la finca.

Antes incluso de la formulación reglamentaria, la doctrina (29) se inclinaba por la expresión obligatoria en el título de datos fijos de identificación, aun reconociendo la posible divergencia entre parcela catastral y finca registral, para que al menos se localice cada finca en el plano catastral, expresando si existe o no aquella coincidencia, es decir, independientemente de que exista una delimitación absoluta.

La referencia catastral y las bases gráficas se presentan íntimamente conectadas en el panorama presente y futuro del Registro de la Propiedad, en orden a una más perfecta identificación de la finca. El establecimiento y, sobre todo, el ágil mantenimiento cara a la funcionalidad de bases gráficas presupone la previa informatización de libros y la interconexión entre oficinas, entre otros factores.

En ese marco de informatización general de los Registros inciden especialmente una serie de disposiciones, de entre las que destaca el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, que modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia, estableciendo en su preámbulo:

«Con el fin de mejorar y agilizar la llevanza de los Registros de la Propiedad y de adaptarla a los ritmos y necesidades de la sociedad actual, el presente Real Decreto, siguiendo el camino ya trazado con carácter experimental por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de agosto de 1987, pretende generalizar la informatización de todos los Registros de la Propiedad. Igualmente, y al objeto de modernizar los sistemas de identificación de las fincas, se introduce la obligación de utilizar bases gráficas o digitalizadas, lo cual, a su vez, facilitará la necesaria coordinación entre el Registro y el Catastro».

A pesar de observarse en este fragmento la importancia del criterio sociológico de interpretación normativa (en nuestro caso, de la hipotecaria),

(28) La Ley Hipotecaria no hace ninguna alusión literal a la referencia catastral ni a la certificación catastral descriptiva y gráfica, aunque sí a las bases gráficas, como veremos.

(29) MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 316-317.

que tiene muy en cuenta las circunstancias tecnológicas, la obligación de utilización de bases gráficas no es —o no debe ser— objetivo *per se*, sino un medio para esta coordinación, como un proceso que actúa en los dos sentidos: *facilitará* el intercambio de datos, pero a su vez también se verá *facilitada* por dicho intercambio.

Con ocasión del citado Real Decreto se introducen en el Reglamento Hipotecario los artículos 398.a), 398.b), 398.c), 398.d) y 398.e), como disposiciones que abordan esta modernización funcional y tecnológica de las oficinas registrales, aunque no esté estrictamente relacionada con la identificación de las fincas (30). Dicha informatización general se declara, a nuestros efectos, en el artículo 398.a.1.º RH: «Los índices de personas y fincas de los Registros de la Propiedad habrán de llevarse mediante procedimientos informáticos».

Este pronunciamiento conecta con la dicción del artículo 393.2 RH, redactado por el Real Decreto de 27 de agosto de 1977, que instauró el sistema de fichas: «Los Índices Alfabéticos de Fincas y de Personas consistirán en fichas ordenadas por procedimiento manual o mecánico». Precisamente a modo de puente entre las anteriores disposiciones, la Resolución de 31 de agosto de 1987, sobre información e implantación de una base gráfica, autoriza en los Registros de la Propiedad la llevanza de índices de personas y de fincas mediante procedimientos informáticos, como uno de los medios a que alude el artículo 393 del RH (31).

En efecto, los artículos 392 y siguientes del Reglamento Hipotecario regulan los Índices de Fincas y de Personas, dividido el de Fincas en tres secciones: rústicas (primera), urbanas (segunda) y anormales o especiales, o de naturaleza indeterminada (tercera). Tales preceptos prevén su llevanza por fichas, estableciendo sus respectivos criterios de ordenación y detallando el encasillado referido fundamentalmente a circunstancias, tales como medida superficial, linderos, número de la finca en el Registro, libro y folio, referencia catastral, cuando constare, y a modo de cajón de sastre un apartado relativo a observaciones.

Como apoyo a una mayor flexibilización y amplitud de la labor de control de la identificabilidad de los inmuebles, y que repercute en la propia función calificadora, el artículo 398 RH no permite sino que obliga: «Los Registrado-

(30) En este sentido se establece un procedimiento de presentación de documentos en el Registro que sea distinto del competente. Por su parte, la Resolución de 24-11-1987 desarrolla el programa de informatización y su conexión con las bases físicas, alude a la informatización del Libro de Entrada, de otros auxiliares y, en general, de las demás funciones complementarias de la registral, la conexión de los Registros y la filmación de libros, entre otras cuestiones.

(31) La RDGRN de 31-8-1987 prevé la implantación del sistema informatizado de llevanza de índices al menos en cincuenta Registros de la Propiedad cuyos informes contribuirían al desarrollo del Proyecto.

res deberán hacer constar en los índices las alteraciones que, a su juicio, afecten a los datos contenidos en los mismos, bien procedan de los títulos inscritos, de los asientos del Registro o de otros datos fehacientes». Nos da pie este último inciso para incluir los datos procedentes de los documentos catastrales y a la colaboración en la coordinación con dicha institución.

Aunque algunas voces denuncian que en ocasiones es patente la falta de una estrategia previamente planificada, según unos objetivos estructurados a corto, medio y largo plazo, con medidas ordenadamente escalonadas tendentes a la consecución de estos objetivos, lo cierto es que el propio texto del citado Real Decreto 430/1990, ya prevé la necesidad de infraestructuras para la efectividad de estos objetivos y el inevitable período de dotación de las mismas: «Teniendo en cuenta que la actuación de las medidas previstas en este Real Decreto requiere la dotación de las oficinas registrales de equipos informáticos y de telefax adecuados, ha parecido prudente el aplazamiento de la entrada en vigor de la presente disposición durante seis meses».

Este factor temporal se refleja también en diversos preceptos, presentando dos vertientes, tan necesarias la una como la otra: una primera, respecto de la incorporación de los datos de fecha anterior a la implantación de índices informatizados (32); otra segunda, relativa a los propios datos posteriores a dicha implantación.

Así, por ejemplo, el artículo 398.a.2 RH, alude al primer aspecto: «Los datos anteriores a la implantación de índices informatizados se incorporarán a éstos de forma progresiva y dentro del plazo que determine la Dirección General de los Registros y del Notariado». Respecto de la segunda vertiente antes referida, y en relación más directa con nuestra materia, el artículo 398.b.3 establece que la implantación de las bases gráficas se realizará de manera progresiva conforme al plan de actuación que fije la Dirección General de los Registros y del Notariado en coordinación con el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria. Véase aquí otro apoyo normativo para aquella coordinación.

En compensación, es preciso afirmar que esta circunstancia de implantación gradual no debe justificar retrasos indebidos ni ser freno para la ágil coordinación entre los organismos implicados en estos objetivos.

La reiterada denuncia de la jurisprudencia de falta de una base física con la que el Registro pudiera asegurar los pronunciamientos sobre datos de hecho se refería originariamente a una base gráfica en soporte papel, pero el retraso en su definitiva elaboración ha dado lugar a la aparición del soporte digital y a ésta se refieren ahora principalmente los textos analizados.

(32) La RDGRN de 24-11-1987 prevé la experiencia de la recuperación e informatización de titularidades y de fincas anteriores a la implantación del sistema o, lo que es lo mismo, informatizarán la totalidad de los índices de personas y de fincas.

La citada Resolución de 31 de agosto de 1987 preparó el terreno estableciendo que a título experimental y como complemento identificador de las fincas, en los Registros de la Propiedad se dispusiera progresivamente de una base gráfica, a escala unificada (33), en la que el Registrador, por sí o mediante indicación del titular registral, pueda situar las fincas objeto de los asientos (34). Poco más tarde, la RDGRN de 24 de noviembre de 1987 desarrolla el programa de informatización y su conexión con las bases físicas, iniciado por las Resoluciones de 27 y 31 de agosto y 4 de diciembre de 1987, siguiendo la técnica de Registros Piloto (35) e inspirado en el principio de actuación uniforme y simultánea de los Registros, de manera que la informatización tenga lugar con el mismo alcance en todas las oficinas registrales, según las instrucciones y calendario que establezca este Centro Directivo, llevándose a cabo el envío de fichas (entendiendo que quiso decirse originariamente, en soporte papel) al índice general informatizado.

En concreto, se preveía que los Registros de Tarancón, Madrid, número 8; Madrid, número 30; Cádiz, número 1; Vitoria, número 3, y Mataró, número 1, utilizaran bases gráficas, en todo o en parte de sus Distritos Hipotecarios, como medio auxiliar para la identificación de fincas y de su constancia en el índice de las mismas.

De alguna forma parece que se establece un sistema de doble plano, como resulta del artículo 398.b, en sus números 1.º y 2.º:

1. *Los Registros de la Propiedad utilizarán como base gráfica para la identificación de las fincas la Cartografía Catastral oficial del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria en soporte papel o digitalizado.*

2. *La indicación de la situación de la finca en el plano matriz se hará constar en el índice de fincas. Se utilizarán como identificadores, a estos efectos, la referencia catastral de la parcela en fincas urbanas, o la referencia parcelaria y coordinada UTM en fincas rústicas (36).*

Con anterioridad en la doctrina, MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA GARCÍA (37) habían propuesto un sistema de plano doble para la identificación física de las fincas registrales: un plano individual de la misma y un plano general de cada zona. El plano individual detallaría las características descriptivas de la finca,

(33) No obstante, con criterio flexible, se matiza: la escala gráfica del plano será la adecuada para el tipo de fincas de cuya identificación se trate.

(34) Vid., apartado sexto.1 de dicha disposición.

(35) En Canarias, v.g., fue designado el Registro de Puerto de Arrecife, en la isla de Lanzarote.

(36) La «Declaración del Catastro en la Unión Europea», en su número 4, reconoce que cada parcela debe contar con un identificador único e inalterable que la distinga de cualquier otra y cuando sea posible contendrá los elementos que permitan su localización precisa mediante el adecuado sistema de coordenadas geográficas.

(37) MUÑOZ CARIÑANOS y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 293 y sigs.

figurando también las líneas de las fincas colindantes. La innovación hubiese consistido en concebirlo como elemento integrante del folio registral y al que se le aplicarían, en la medida de lo posible, los efectos del sistema; a diferencia de algunos antecedentes en la legislación española en que el plano se incorpora al título, no al asiento (art. 38 de la Ley de Catastro de 1906, art. 71.2 del Reglamento de Montes, de 22 de febrero de 1962, incluso plano a mano alzada o croquis aludido en el art. 238 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973) (38), sin olvidar la experiencia marroquí (en especial, el Decreto de 10 de diciembre de 1949, sobre Organización de la Propiedad en África Occidental Española). Además, el hecho de que normalmente dicho plano esté firmado por los interesados, permite atribuirle una eficacia jurídica que no tiene un plano general confeccionado por un órgano administrativo sin que conste la conformidad de los interesados.

Por su parte, el plano general de cada zona serviría de elemento informativo de calificación y auxiliar en la busca de fincas, especialmente en los casos de expropiaciones en cadena o de concentración parcelaria, o cuando dentro de un término o circunscripción existen zonas sometidas a distinto régimen (zonas concentradas y zonas no concentradas; zonas de adquisición de fincas prohibida a extranjeros, etc.). Ha de tratarse de un plano general de cada zona (polígono o paraje) que comprenda las parcelas y fincas, no estrictamente de un plano general del término municipal; es decir, ha de reunir al mismo tiempo los caracteres de generalidad e individualización. En caso de no existir este plano general, la calificación deberá extremarse al centrarse sólo en los planos individuales de las fincas.

Esta mecánica del doble plano es siempre útil, pero especialmente aconsejable en supuestos en que se precise prueba preconstituida, tales como los pleitos de deslinde, reivindicatorios, doble inmatriculación (normalmente solo parcial); supuestos de divisiones, segregaciones, agregaciones, agrupaciones, o de fincas (especialmente pequeñas y mal delimitadas) enclavadas en otras mayores; fincas discontinuas de figura muy compleja o irregular, evitando fincas imaginarias; o para localizar el ejercicio de derechos reales sobre una zona concreta de la finca (v.g., servidumbre de paso o acueducto).

La técnica del doble plano es acogida por el proceso de informatización, culminando con el denominado Índice General Informatizado (art. 398.c.1), relativo a las fincas y derechos inscritos en todo el territorio nacional y a sus titulares y que se llevará por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad. A esos efectos, los Registradores remitirán periódicamente (al Colegio Nacional, se entiende) los datos necesarios para la confección del citado

(38) La diversa procedencia y naturaleza de estos planos (v.g., IRYDA, Catastro Topográfico Parcelario) es coherente con la postura pluralista que mantienen estos autores, según una actitud posibilista, legítima en la época, dado el carácter parcial del Mapa Topográfico Parcelario incompleto, pero perturbadora hoy sin la debida coordinación.

índice, entre los que se encuentran las referencias catastrales y parcelarias indicadas en el artículo 398.b.2, así como los datos relativos a los domicilios del adquirente y transmitente y la fecha de inscripción registral, como resulta del artículo 398.c.3, todos ellos del RH.

Ambas cuestiones tratadas, la informatización de los libros y la utilización de bases gráficas se dan la mano mediante el hecho de que, contribuyéndose así también a la coordinación entre Registro y Catastro, el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad remitirá periódicamente al Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, en soportes magnéticos, la información relativa a las transmisiones inscritas, con indicación de los datos identificadores de la finca y de los transmitentes y adquirentes (art. 398.c.4 RH).

La consecución de estos objetivos requiere la existencia de elementos instrumentales tales como el soporte informático y el financiero. No deben despreciarse estos aspectos pues, como se reconoce en las conclusiones del XIV Congreso Internacional de Derecho Registral, existe una interdependencia entre la estructura organizativa de los Registros de la Propiedad y la propia eficacia de sus asientos, con lo que cualquier alteración organizativa, ya sea por la vía de reducir la calificación, ya por la de restringir la autonomía financiera de los Registros, conduciría a la destrucción del sistema que, en ningún caso, podría hacer frente a las inversiones que requiere el correcto funcionamiento de la oficina registral.

Respecto del elemento informático, el artículo 398.d) RH sienta una regla básica para la efectiva funcionalidad de este sistema al exigir la uniformidad de los programas informáticos precisos para la aplicación de lo dispuesto en los artículos anteriores. A continuación, dicho precepto distingue entre la elaboración y suministro de dichos programas, a cargo del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, y su aprobación por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ello no es más que una aplicación a esta materia del criterio consagrado en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (39), instando a las Administraciones para que promuevan la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias, disponiendo que las aplicaciones empleadas habrán de ser previamente aprobadas por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características.

(39) Desarrollada por el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, cuyo capítulo V, añadido por el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, regula los certificados telemáticos y las transmisiones de datos, que requerirán el consentimiento del interesado salvo que el acceso esté autorizado por Ley (art. 13.1).

Con la fiscalización y control disciplinario del cumplimiento de estas medidas, la Ley 24/2001 urge (señala el plazo de un año desde su entrada en vigor) a esa informatización mediante el traslado a soporte informático del contenido de los asientos de todos los Registros de la Propiedad y Mercantiles de España, responsabilizando de ello a los Registradores que en cada caso los sirvan, y sancionando el incumplimiento de estos deberes como sanción muy grave, conforme a su régimen disciplinario. En concreto, la Disposición Transitoria Decimonovena, en su número 1 establece: «En el plazo de dos meses, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España deberá presentar ante la Dirección General de los Registros y del Notariado un plan que contenga información referente al grado de constancia en soporte informático de los asientos de cada Registro, así como de las medidas, planes, instrumentos y procedimientos que vayan a ser utilizados a fin de cumplir con la obligación impuesta en la presente disposición especificando los datos y las actuaciones concretas que al efecto se propongan en relación con los Registros adscritos a cada decanato».

Tal es la importancia de las nuevas técnicas que ha de instrumentarse a través de ellas el desempeño de una función tan esencial como clásica en la adecuada llevanza de un Catastro, como es su conservación y actualización. Precisamente en este sentido, en relación a las Renovaciones del Catastro Rústico previstas en el artículo 31 de la Ley 24/2001, según la Disposición Adicional Tercera, se considerará ya renovado el Catastro de los bienes inmuebles de naturaleza rústica de los municipios en los que la rectificación de las características catastrales se haya realizado sobre ortofotomapa y dispongan, a la entrada en vigor de la presente Ley, de cartografía digitalizada. A tal efecto, el Ministerio de Hacienda, en el plazo de seis meses, publicará en el *Boletín Oficial del Estado* la relación de los municipios afectados.

Respecto al coste y financiación de estas medidas, el artículo 398.e) RH le atribuye el carácter de gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros en los términos previstos en el artículo 294 LH, sentando la obligación de los Registradores de contribuir a ellos conforme al criterio de proporcionalidad, en aras del sostenimiento del servicio registral.

Abordando el estudio de las bases gráficas en relación a la referencia catastral he de centrarme ahora en dos textos: la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y la Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad. En ambos se puede observar un enfoque evolutivo respecto de estos tres instrumentos: la referencia catastral, la certificación catastral descriptiva gráfica y la propia base gráfica. Además, entre ellos existe una semejanza funcional que permite establecer paralelismos en otras tantas cuestiones, tales

como la función de Notarios y Registradores, criterios de identificación y supuestos de modificaciones de las fincas, etc.

Tras la reciente aprobación del TRLCI por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, los artículos 50 a 56 de la referida Ley 13/1996 han sido derogados, no sólo de forma genérica («Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o de inferior rango que se opongan a esta ley»), sino enumerándolos expresamente, pasando a constituir el contenido subsistente de los mismos el Título V *De la constancia documental de la referencia catastral* (arts. 38 a 49) de dicho TR. En él se establece, como antes en la Ley 13/1996, los supuestos en que la referencia catastral de los bienes inmuebles había de hacerse constar en el Registro de la Propiedad. Aludiré especialmente a su transcripción en los documentos notariales y a dicha constancia registral, aspectos entre los que pueden encontrarse algunas similitudes, presididos por una misma preocupación: la comprobación de la identidad de la finca en cuestión.

En cuanto a la titulación, documentos acreditativos de la referencia catastral pueden ser la certificación catastral electrónica obtenida por los procedimientos telemáticos que se aprueben por Resolución de la Dirección General del Catastro, el documento expedido por el funcionario competente del Catastro, la escritura pública, la información registral, o el último recibo justificante del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (art. 41). En los casos de modificaciones de fincas será suficiente la aportación de la referencia catastral de las fincas de origen, junto con el plano o proyecto, si fuera necesario, para la operación de que se trate, que refleje las modificaciones realizadas (40).

Según el artículo 45 TRLCI, se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos:

- a) *Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constara esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.*
- b) *Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por 100 y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos (41).*

No obstante dicha identidad, en cuanto a la constatación de la referencia catastral, el artículo 49.1 TRLCI preceptúa que cuando el Notario o el

(40) En estos supuestos, el artículo 47.2 TRLCI prevé que el notario remitirá copia simple de la escritura, junto con el plano o proyecto (si se lo presentase el interesado) al Catastro, para que por éste se expida nueva referencia catastral que será notificada además de al titular de la finca afectada, al notario autorizante del documento, para su constancia en la matriz por diligencia o nota al margen de la descripción de la finca.

(41) Continúa el precepto: Si hubiera habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que le constaran al órgano competente, notario o registrador.

Registrador de la Propiedad considere que la referencia catastral que resulte de los documentos aportados por el interesado, pueda no coincidir con la correspondiente al inmueble objeto del hecho, acto o negocio jurídico documentado, lo comunicará al Catastro solicitando certificación o documento informativo, que le será remitido por cualquier medio que permita su constancia, en el plazo más breve posible, y siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes al de recepción de la solicitud. Matizando en el apartado 3.º que no obstante, el notario, en caso de urgencia alegada por los otorgantes, podrá autorizar el documento haciéndolo constar así, transcribiendo en él la referencia catastral, reseñando el justificante aportado y expresando su duda sobre la correspondencia de la referencia catastral con el inmueble. Autorizado el documento, el notario se abstendrá de hacer constar la referencia comunicada por el Catastro sin que medie consentimiento para ello de los otorgantes.

Entiendo que existe una especie de pre-calificación por el autorizante del título (*el notario considere*). Y además la propia ley establece un criterio determinado para después desoírlo (*...no obstante haber identidad en los términos antes expresados, pueda no coincidir...*). A mi juicio, ello no es reprochable si lo que se pretende es un sistema de filtros: primero descartar los errores más evidentes, después un ajuste más fino. En cualquier caso, se acude al Catastro en solicitud de ayuda.

Respecto a la constatación registral, el artículo 48.2 TRLCI prevé que el Registrador, una vez calificada favorablemente la documentación presentada, y dándose dicha correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de la finca (42), recogerá en el asiento como uno más de los datos descriptivos de la finca, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible, sin que las discrepancias en la referencia catastral afecten a la validez de la inscripción (43).

Queda claro: en dos ocasiones el precepto refiere esta materia a la calificación del Registrador. Ya no se puede decir que los datos de hecho, eso sí, convertidos en requisitos por el Derecho, no son objeto del principio y actividad de calificación. Pero esta vez la precisión de los indicios de no identidad no es tan estricta, en la comparación del título y de la propia documentación catastral, en aras de un mayor arbitrio en la calificación de los supuestos por parte del Registrador, que el que goza el Notario; o al menos eso parece al no haber referencia expresa a la *identidad en los términos antes expresados*, tal como sí hace el anterior artículo 51.Dos, letras a)

(42) Si la referencia catastral inscrita sufriera alguna modificación que no se derive de una modificación de las características físicas de la finca, bastará para su constancia la certificación expedida al efecto por el Catastro (art. 48.4).

(43) En esencia este precepto recoge el contenido nuclear del derogado artículo 53.1 de la Ley 13/1996.

y b) de la Ley 13/1996 derogada, de redacción muy semejante, por lo demás, al actual artículo 45 de este TR.

A continuación pasaré revista a los distintos apartados del artículo 53 de la Ley 13/1996:

Dos. Cuando la situación, denominación y superficie de la finca descrita en el título no se corresponda con los respectivos datos descriptivos del documento catastral aportado, o cuando éste no refleje dichos datos o lo haga en términos que no permitan apreciar la identidad entre la parcela catastral y la finca que los particulares describen en el título, sólo podrá reflejarse la referencia catastral invocada por los otorgantes si el documento reúne los requisitos que conforme a los artículos 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento permitirían inmatricular la finca. En todo caso, habrán de publicarse los edictos prevenidos en dichos artículos, en los que se exprese que a la finca registral que se describe se le atribuye la referencia catastral reseñada en el documento. La consignación registral de la referencia catastral no producirá efectos frente a terceros durante los dos años siguientes a la fecha del asiento respectivo.

Obsérvese cómo se establece un paralelismo de discordancias de documentos (datos en el *título* no se corresponden con los respectivos datos descriptivos del *documento catastral* aportado) y de conceptos (*parcela catastral* y *la finca*). Pienso que aunque es conveniente adquirir conciencia de dicha divergencia, no se debe desperdiciar la ocasión: aunque no se aprecie la identidad, no todo está perdido. Permítase la inmatriculación como se ha venido permitiendo hasta ahora (*conforme a los arts. 205 de la Ley Hipotecaria y 298 de su Reglamento*) y mantengamos las garantías conocidas (edictos, suspensión por dos años de los efectos frente a terceros) o probemos otras (especie de reserva de una determinada referencia catastral que se verá).

Dos circunstancias me inclinan a dudar si este precepto ha sido completamente derogado. En primer lugar, el hecho de que la Disposición Derogatoria única, letra *d*) del TRLCI no derogue explícitamente este apartado 2 a diferencia de lo que hace con los apartados 1, 3, 4 y 11 del mismo precepto, podría implicar la subsistencia del antiguo artículo 53.Dos., máxime cuando las dos previsiones del contenido del citado apartado 11 de dicho artículo 53 están recogidas en el artículo 48.1 y 5 del TRLCI a pesar de tal derogación explícita.

Por otra parte, el artículo 44.2 TRLCI sienta como regla general que la falta de aportación de la referencia catastral no impedirá que los notarios autoricen el documento ni afectará a su eficacia o a la del hecho, acto o negocio que contenga, ni impedirá la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad, conforme a la legislación hipotecaria. Pero en su apartado 4 hace una salvedad, a modo de espita que hace perder gas a aquella previsión, al preceptuar que lo dispuesto en aquel apartado 2 se en-

tiende sin perjuicio de que para supuestos concretos se exija determinada documentación catastral para la continuación del procedimiento o si la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad, como es el caso de los procedimientos inmatriculadores.

Regla general que me parece acertada: en caso de no constancia, el Registrador se verá obligado en forma muy parecida al Notario en el caso anterior (advertencia del incumplimiento, art. 43 y comunicación al Catastro, arts. 48.1 y 49.1, todos ellos del TRLCI). Y es que ello no debe contribuir a desestimular la inmatriculación o la inscripción de actos o contratos de contenido jurídico real.

Veamos otros apartados del citado artículo 53 de la Ley 13/1996 que quedan subsistentes:

Seis. En ningún caso se hará constar en el folio abierto a una finca inmatriculada una referencia catastral que ya venga atribuida a otra finca inscrita si no media el consentimiento del titular registral de ésta o la oportuna sentencia firme dictada en procedimiento declarativo entablada en él.

Lógica medida la de respetar esa reserva de referencia si no se quiere inutilizar este mecanismo y fomentar dobles inmatriculaciones.

Y aparecen las dos garantías fundamentales en la materia, en los siguientes apartados del artículo 53, que considero vigentes al no haberse derogado expresamente ni resultar contrarios al espíritu del nuevo TR:

Siete. En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título.

Ocho. La rectificación de la cabida de una finca registral, o la alteración de sus linderos cuando éstos sean fijos o de tal naturaleza que (no; parece errata de omisión) existan dudas de la identidad de la finca, podrá realizarse con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, siempre que, entre la descripción de la finca en esta certificación y la que conste en el Registro, pueda deducirse la identidad de la finca.

En otro caso, el Registrador no practicará la inscripción, pudiendo extender anotación preventiva de suspensión con arreglo a la legislación hipotecaria.

VÁZQUEZ ASENJO critica especialmente la exigencia de que la certificación catastral descriptiva y gráfica (de la parcela) haya de coincidir con la descripción de la finca en el título inscribible. Se lamenta de que la subsanación de la pretendida falta de coincidencia fuerce la modificación de una u otra, cuando en realidad se trata de realidades no necesariamente coincidentes. Y

concluye que es preciso evitar que la supuesta coordinación Registro-Catastro sea un inconveniente para el funcionamiento del primero, y que resulta conveniente dar conocimiento al Catastro de la validación por el Registrador de una base gráfica registral no coincidente con la referida certificación catastral descriptiva y gráfica (44).

Igualmente se ha criticado la desproporción entre estas dos situaciones, las de los apartados siete y ocho, siendo este último complementado por el apartado diez. Pero creo que la referencia a que pueda deducirse la «identidad de la finca» en relación al segundo de los supuestos, menos relevante, y la omisión de la constancia expresa a dicha circunstancia en el primero de los supuestos, no pasa de ser una imprecisión más en la redacción del precepto.

En su último párrafo el apartado ocho dice: *Los excesos de cabida inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, cuando no pueda aplicarse lo previsto en el párrafo anterior, se harán constar mediante certificado o informe sobre su superficie expedido por técnico competente y siempre que el Registrador no abrigare dudas sobre la identidad de la finca.*

Nueve. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación urbanística y agraria.

Se trata de un llamamiento a la legislación especial que examinaré, caso por caso, en apartados posteriores.

Diez. La modificación de superficie o la rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que hagan dudar de la identidad de la finca podrá efectuarse en virtud de acta notarial de presencia y notoriedad que incorpore un plano de situación a la misma escala que la que obre en el Catastro, e informe de técnico competente sobre su medición, superficie y linderos. Dicha acta se ajustará en su tramitación a lo prevenido en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, a excepción de lo previsto en su regla 8.

Para el comentario de esta declaración me remito al apartado de la Coordinación entre ambas instituciones, en orden a lo cual habrá que tener en cuenta los pronunciamientos del reciente TRLCI de 2004.

El segundo de los textos a que me refería al comienzo de este apartado relativo a la referencia catastral y bases gráficas es la Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad, que ha establecido las reglas para la correcta identificación gráfica de las fincas registrales. A mi juicio, al contemplar un proceso en el que se combinan principios y elementos hipotecarios, permite asentar las innovaciones

(44) VÁZQUEZ ASEÑO, *Nuevo marco de colaboración entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, trabajo inédito facilitado por gentileza de su autor.

tecnológicas sobre la estructura y funcionamiento registral y garantizar el respeto a la esencia de nuestro sistema.

Como reconoce su introducción, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 51, apartado 4; 398.b) y 398.c) del Reglamento Hipotecario y para la consecución de este objetivo, se suscribió con fecha 11 de noviembre de 1999, un Convenio de cooperación para la realización de cartografía informatizada e intercambio de información gráfica entre la Dirección General del Catastro, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Todo ello sin perjuicio de una serie de disposiciones de menor rango tendente a la aplicabilidad de dicha normativa (45).

La base gráfica identificará exclusivamente las fincas en sentido estricto, entendiendo como tales las superficies de suelo delimitadas poligonalmente, cuya propiedad pertenece a una sola persona o a varias *pro indiviso*, con total independencia de si se trata de fincas rústicas o urbanas, si están edificadas o no, o incluso de si obedecen a cualquiera de las categorías que contemplan los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 de su Reglamento, por lo que, en principio, no serán susceptibles de identificación gráfica aquellas fincas registrales que tienen una consistencia inmaterial como el agua, las concesiones administrativas o el aprovechamiento urbanístico, aunque sí lo serán las fincas sobre las que aquéllas recaen.

En cuanto a la mecánica de este proceso de implantación, una vez elaborada y definida por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España la base gráfica rústica o urbana correspondiente a un municipio y apta para su tratamiento y consulta por medios informáticos, se pone a disposición del Registrador o Registradores de la Propiedad a cuyo distrito hipotecario pertenezca el municipio, en unión del programa informático que permita su debida utilización, quedando obligado el Registrador destinatario a disponer a su costa los medios técnicos y humanos necesarios para el óptimo funcionamiento de los datos y programas suministrados. Iniciada la experiencia en Registros «pilotos» (46), el Colegio de Registradores determinaría los procedimientos más adecuados para el tratamiento de la información gráfica de las fincas, cara a su implantación en todos los Registros.

Es en este punto cuando creo oportuno hacerme eco de una reflexión de GARCÍA GARCÍA (47) tratando de determinar el significado para el Registro

(45) Vid. la Instrucción de 26 de marzo de 1999, sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral.

(46) En concreto, se inició el proceso en los Registros de la Propiedad radicantes en las provincias de Jaén, Ciudad Real, Badajoz y Castellón.

(47) GARCÍA GARCÍA «Meditaciones sobre la referencia catastral y la identificación catastral en la Ley 30/1996, de 30 de diciembre», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, núm. 34, 1998, págs. 3739-3744.

de diferentes expresiones que aparecen en la ya parcialmente derogada Ley 13/1996 («referencia catastral», «certificación catastral», «identificación catastral», etc.).

Dicho autor se debate entre la interpretación literal o el criterio lógico, optando por este último al considerar lo más razonable una aplicación progresiva, por fases, de la coordinación Catastro-Registro. Y ello, además, por un motivo de economía de datos, ya que no es conveniente rechazar datos de identificación por un excesivo rigor formalista, sino por el contrario, admitirlos aunque se les reconozcan efectos informativos inferiores a otros más contrastados. Pues bien, amén de explicar otros contrasentidos de mecánica registral que ahora nos interesan menos, aprovecha su breve pero incisivo comentario para descubrir tres niveles de identificación entre finca registral y parcela catastral. Primeramente, destaca la mera constancia registral de la referencia catastral (número de 20 dígitos) con valor simplemente informativo de localización de la finca registral dentro de la situación que marca la referencia catastral, pero sin que ello exija siquiera expresar la superficie catastral (art. 51.2). Una segunda fase consistiría en reflejar, con mayor precisión ahora, la identificación catastral como operación específica mediante una certificación catastral en que conste denominación, situación y superficie y no plantee ningún problema de identidad (art. 53.5). Y un tercer estadio es la plena identificación superficial mediante oportuna, en su caso, rectificación de cabida o alteración de linderos con base en una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca. Con estos presupuestos, y a nuestros efectos, gradúa también la extensión e intensidad de la presunción de legitimación en cada una de estas fases.

Personalmente creo que, en este estado de la normativa inadecuada por imprecisa y de una jurisprudencia fluctuante pero no reacia, el guante que se lanza sobre el tapete de discusión es si puede, salvándose las distancias, aplicarse una gradación semejante en la aplicación de la Instrucción de 2 de marzo de 2000. Y me inclino prudentemente a favor, sustituyendo paulatinamente el papel central de la referencia catastral, de claro sabor fiscal, por la coordinada de georreferenciación, de evidente matiz gráfico, pero siempre, en uno y otro caso, garantizando la seguridad jurídica preventiva y la tutela judicial de los derechos en liza, a lo que coadyuva demostradamente la aplicación de los principios hipotecarios, fundamentalmente los de especialidad, calificación y publicidad.

Pero sin apriorismos: véanse las fases principales en que se estructura este proceso, según los respectivos apartados de esta Instrucción (48).

(48) Expongo este apartado con las inestimables sugerencias prácticas de Óscar VÁZQUEZ ASEÑO, nacidas de su ferviente aplicación diaria a la realidad de su distrito hipotecario de Tacoronte, radicado en esta isla de Tenerife, que ha tenido la cortesía de adelantarme y que en breve incorporará a un trabajo que promete ser muy jugoso en estos aspectos.

La primera de ellas es la *identificación de la finca por la referencia catastral* (Primero) ya que ésta será el elemento principal para la localización e identificación gráfica de las fincas; pero recuérdese que la correspondencia de dicha referencia catastral con la identidad de la finca, en los términos del artículo 45 TRLCI, debe serlo necesariamente del inmueble que en realidad sea objeto del hecho o negocio en cuestión.

Otra fase es la *Identificación gráfica* de la finca (Segundo). El Registrador deberá proceder, *bajo su responsabilidad*, a la identificación gráfica de las fincas registrales siempre que a su juicio exista *plena* identidad entre la descripción de la finca que resulte del Registro y la resultante de la gráfica de la misma obtenida por su referencia catastral. Se habla ya de plenitud en esa identificación —pareciera que no es admisible aquella mera falta de dudas fundadas tan aludidas en otros textos— e insiste en el carácter auxiliar o localizador que la referencia catastral posee para esta identificación *gráfica*. Se trataría de una primera validación con valor de mero informe del Registrador. Ello tendrá lugar con ocasión de la inmatriculación o práctica de cualquier asiento con relación a la finca, o como acto específico, mediante instancia por duplicado dirigida al Registrador de la Propiedad por el titular registral, o acta notarial, a la que se acompañe, en ambos casos, la representación gráfica de la finca sobre el plano parcelario catastral o el propio del Registro, de forma que permita su incorporación a la base cartográfica, según resulta de las letras *a*) y *e*) de este segundo punto de la Instrucción.

De ahí se desprende que ya existe un consentimiento tácito del presentante, pero si además recae la aceptación expresa del titular registral la base cobra valor identificativo de la finca en cuestión. Finalmente de la disyuntiva que resulta de su tenor respecto del plano utilizado (parcelario catastral o el propio registral) se deduce que el primero ostenta un mero valor de complemento importante pero no esencial. Precisamente esta circunstancia ha sido la que ha primado en un grado desorbitado la relevancia a la referencia catastral en relación a la identificación de las fincas, cuando hoy es la georreferenciación la técnica adecuada para ese propósito, dada la falta de coincidencia entre el concepto de finca registral y parcela catastral.

Bajo el epígrafe *Procedimientos para la adecuación de la descripción gráfica* (Tercero) se establecen los mecanismos para subsanar los obstáculos derivados del propio Registro o de la cartografía (*datos que desvirtúen u ofrezcan dudas sobre la verdadera identificación gráfica de las fincas*) o de la falta de conformidad de los interesados (normalmente colindantes) con la gráfica asignada. Podrá acudir a los procedimientos de deslinde voluntario o deslinde judicial, pues el consentimiento de los colindantes brinda a la base gráfica catastral un valor descriptivo —al menos a los efectos *inter partes*— y ya no meramente identificativo.

No siendo posible la identificación cartográfica de una finca, tampoco en este caso se paraliza el tráfico jurídico, pues podrá procederse al otorgamiento documental correspondiente (recogiéndose en éste la manifestación de los otorgantes sobre la falta de identificación de la finca), ni se priva de la protección registral ya que la falta de identificación gráfica de las fincas registrales *no será, en ningún caso por sí sola*, defecto que impida la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Realizada la identificación, mediante subsanación de los obstáculos en su caso, procede la constancia en el documento y en el Registro de dicha identificación gráfica de la finca (Cuarto), incorporándose a la base cartográfica del Registro como una entidad geográfica propia y autónoma, y haciéndose constar dicha circunstancia en el folio registral de la misma por nota al margen de la última inscripción de dominio. En el caso de actuaciones judiciales o administrativas de deslinde o reorganización de la propiedad rústica o urbana, esta operación podrá realizarse directamente con apoyo en la planimetría oficial realizada en dichas actuaciones, entiendo que en aras de la economía y coordinación entre los diferentes instrumentos que evita caer en la dispersión propiciada por la especialización por razón de la materia. Se tiende de este modo a la creación de un espacio informativo ideal, en expresión del XIV Congreso Internacional de Derecho Registral, mediante la delimitación de las funciones de formación de bases de datos entre todos los participantes en el proceso y la estandarización de la descripción de los objetos registrados.

La utilidad práctica de todo lo anterior se garantiza con la aplicación del principio de *Publicidad formal* (Quinto) que permita la accesibilidad a la información por los interesados, de modo que a las notas simples informativas o certificaciones que se expidan se adjuntará la representación gráfica correspondiente a la zona donde se encuentre situada la finca de que se trate. Se trasluce el llamado sistema de doble plano, aunque ya no tendría que limitarse a ese doble nivel (zona-finca) sino que podría ser múltiple.

Podría así tenderse al denominado Dato Único Territorial de forma que coincidan en una sola línea territorial la multitud de ellas procedentes de las diversas instancias competentes por razón de la materia (Dirección General de Costas respecto de deslindes marítimo-terrestres, Catastro respecto de la parcela catastral, etc.). Tendencia, digo, y no objetivo en sí mismo que deba ser alcanzado sin un adecuado esclarecimiento de las divergencias, aunque no deseables, enriquecedoras por ser indicadoras de una realidad jurídica no alterable sin las debidas garantías, hacia la integración en un sistema de información territorial.

Incluso cuando no sea posible la determinación de la zona, para establecer un punto de partida que facilite una futura identificación y evite conflictos, se prevé que la finca *deberá* ser identificada por el propio solicitante de

la información y tal representación gráfica será la base para que los interesados en cualquier negocio jurídico sobre la finca representada puedan realizar las manifestaciones al respecto que el Notario recogerá y que se tendrán en cuenta también respecto de las solicitudes de información realizadas por los Notarios, autoridades y particulares.

Junto a su creación e implantación es igualmente trascendente el mantenimiento actualizado de las bases gráficas correspondientes a las fincas inscritas. La Instrucción señala el procedimiento que el propio Registrador ha de seguir en caso de modificación de la configuración física de las fincas, sobre la base de la cartografía a escala:

1. Definición por los propios interesados sobre dicho plano de las modificaciones que se deriven del negocio jurídico (agrupación o segregación y segregación o división).

2. Incorporación del documento gráfico al título correspondiente que ha de producir efectos en el Registro de la Propiedad.

3. Como la modificación (división o agrupación) se ha realizado partiendo del modelo gráfico que de las propias fincas afectadas figura en el Registro de la Propiedad, no presenta ningún inconveniente (49) para éste la incorporación de las modificaciones operadas y que han sido objeto de los pertinentes asientos registrales.

4. Durante el período de tiempo en que las fincas resultantes de la modificación carezcan de referencia catastral, se les asignará provisionalmente como referencia, y a efectos exclusivamente de la base gráfica registral, el número de finca que a cada una corresponda en el Registro de la Propiedad.

Con posterioridad a la citada Instrucción, el vigente artículo 9 LH, en la redacción dada por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, insiste en el carácter complementario que tiene la incorporación al título inscribible de una base gráfica o su definición topográfica. Establece la mecánica de la operación (archivo del duplicado, nota al margen del asiento correspondiente...) y la posibilidad de archivo de la base gráfica como operación registral independiente.

En definitiva, el artículo 9 LH, en su último párrafo, combina los aspectos instrumentales con los programáticos, pues después de decir que los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas, considera que la finalidad de éstas es permitir su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a éstas de la calificación urba-

(49) Otra vez la formulación negativa que criticaba.

nística, medioambiental o administrativa correspondiente (50). Y una vez más se comprueba que la finalidad de la descripción es la identificación.

Respecto de la calificación urbanística, para LACRUZ lo que pretende el legislador hipotecario al anteponer, como primera palabra de la inscripción, las expresiones *rústica* o *urbana*, no es calificar jurídicamente el suelo, sino, en un término puramente fáctico, dar una descripción del inmueble que permita identificarlo. Por eso, decía en la edición de su obra del año 1984, reimpresa en 1991 (51), que la calificación urbanística y sobre todo la condición de la superficie, según el Plan, no es un dato decisivo, ni las nuevas clases de suelo introducidas por la Ley de Suelo (se refería al TR de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana según Real Decreto 9-4-1976), el urbanizable programado y no programado, alteran la aplicación de los criterios antedichos. Sin embargo, en la última edición de 2003 (52) se recuerda que los artículos 7 y 11 de la Ley del Suelo (ahora, la de 13 de abril de 1998) clasifican el suelo con evidentes consecuencias legales, que se reflejan o deben reflejar en los libros del Registro y de las que habría de tratarse en otro lugar. Se observa, pues, un cambio de sensibilidad al respecto.

En cuanto a las aplicaciones informáticas necesarias para el cumplimiento de estos objetivos, el reciente Proyecto GEO-BASE (53) del Colegio Nacional de Registradores, con el asesoramiento del Servicio de Cartografía de la Universidad Autónoma de Madrid, contempla un Sistema de Información Geográfica (SIG) para la conexión de los datos alfanuméricos del Registro (en su caso, de la referencia catastral) con las bases gráficas catastrales, y cuenta con el desarrollo del programa informático (Dynamap) para la visualización de tales bases, asociando cualquier tipo de información considerada jurídicamente relevante. En esta segunda dimensión interesa la información que afecte a aquella calificación inmobiliaria en orden a la planificación del territorio (líneas de ferrocarril, carreteras, creación de parques naturales, corredores de ruido, etc.). Información que permite un doble juego. Por un lado, se facilita el conocimiento de las limitaciones que afectan a cada finca en particular, y viceversa, por otro lado, dada una determinada actuación de

(50) Las conclusiones del XIV Congreso de Derecho Registral insisten en la necesidad de facilitar que el Registro pueda disponer de sus propias bases gráficas o que, en todo caso, si éstas se utilizan interdependientemente con otro sector de la Administración, cualquier modificación en ellas exija la previa calificación de su legalidad por el registrador.

(51) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 71.

(52) LACRUZ, *op. cit.*, pág. 62.

(53) Algunos datos: con un coste aproximado de 1.200 millones y la colaboración de la empresa TRAGSATEC, se espera en dos años cubrir todo el territorio nacional. Además, inicialmente pensada para su uso en las oficinas registrales, queda abierta la posibilidad, a regular, de utilización general a través de Internet. En cualquier caso, a nivel comunitario, el documento Catastro 2014 advierte que el manejo de objetos espaciales requiere soluciones de *software* más sofisticadas que las que proporciona un libro de registro.

cualquier naturaleza y extensión, es posible averiguar qué fincas en concreto y en qué medida quedan afectadas por dicha actuación.

Para ello debe cruzarse los mecanismos de información, tanto del Catastro como del Registro de la Propiedad, al menos los más relacionados con esta cuestión, y facilitar el acceso a dicha información. Como referente comunitario, la «Declaración del Catastro en la Unión Europea», en su número 6, proclama que los Catastros se gestionarán como bases de datos abiertas, capaces de incorporar otra información propia de la parcela, según las necesidades de cada uno de los Estados miembros y de la Unión Europea.

En el ámbito catastral, la Disposición Adicional Segunda de la citada Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece el derecho de todos a acceder a la información de los inmuebles de su (propia) titularidad y a los datos no protegidos contenidos en el Catastro; y, asimismo, el derecho de acceso, por las instituciones que menciona, a los datos protegidos, sin el consentimiento del afectado, sin más restricciones que las derivadas de los principios de competencia, idoneidad y proporcionalidad (54).

Concretamente admite el acceso cuando la información sea recabada con interés legítimo y directo, entre otros supuestos, para el cumplimiento de lo establecido en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (del mismo nombre y cuyo contenido a nuestros efectos ha sido traspuesto básicamente en el TRLCI de 2004) y, en general, para la identificación de las fincas por los Notarios y Registradores de la Propiedad. Esta referencia a la identificación de las fincas fue introducida por la Disposición Adicional Quinta de la Ley del Catastro inmobiliario de 2002, dando nueva redacción al párrafo *b*) del apartado tres de aquella Disposición Adicional Segunda de la citada Ley 24/2001, mientras que el párrafo *c*) de esta Disposición admite el acceso a los datos catastrales protegidos «para la identificación de las parcelas colindantes, con excepción del valor catastral de cada uno de los inmuebles, por quienes figuren en el Catastro como titulares o sujetos pasivos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles». Los portadores del interés legítimo en este último supuesto son otros —particulares colindantes—, por tanto, el contenido de la información accesible es lógico que sea distinto.

Respecto de las modificaciones subjetivas, según su Exposición de Motivos, el TRLCI recuerda que la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro

(54) Tampoco aquí debe perderse la perspectiva comunitaria. Según la «Declaración del Catastro en la Unión Europea», en su número 8.º, los Catastros se gestionarán mediante medios informáticos y telemáticos que garanticen la adecuada agilidad en el tratamiento y en el acceso a la información, incorporando tecnologías que promuevan el desarrollo de la Sociedad de la Información. Estos medios telemáticos garantizarán la adecuada coordinación con las administraciones regionales y municipales que también gestionen datos territoriales, y la interoperabilidad es estimulada, entre otras, por la iniciativa INSPIRE (INfrastructure for Spatial InfoRmation in Europe).

Inmobiliario, amplía la línea emprendida por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que posibilitaba la actualización de las titularidades catastrales mediante la cooperación de las Notarías y de los Registros de la Propiedad (55), y que en dicho texto refundido reciben un completo tratamiento (o al menos así se pretende). Precisamente la Resolución de la Dirección General del Catastro, de 28 de abril de 2003, aprueba los programas y aplicaciones informáticas para la consulta de datos catastrales y la obtención de certificados catastrales telemáticos (56), con la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos, las instituciones y las Administraciones Públicas (en el ámbito de sus competencias), y en particular, las Notarías y Registros de la Propiedad, a la información catastral incorporada a la Base de Datos Nacional del Catastro.

Es interesante destacar cómo la amplitud de la legitimación subjetiva para el acceso a estos servicios varía de manera inversa al ámbito objetivo de este acceso, es decir, el contenido de información al que se refieren los servicios ofrecidos. Así, en el caso de consulta libre a datos catastrales no protegidos, una vez visualizados los datos, objeto de la consulta, el interesado podrá imprimirlos en un documento sin valor de certificación, en el que no aparecerán datos catastrales protegidos (Tercero); mientras que en el supuesto de acceso de los titulares catastrales a los datos de su titularidad, se contempla la obtención de un certificado telemático, incluyendo su posible desactivación (Cuarto) (57).

Sin perjuicio de algunas especificaciones técnicas, estos certificados deben reunir todas las características precisas para gozar de la validez propia de los certificados en soporte papel, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, teniendo en cuenta que en la certificación telemática se ha de sustituir la firma manuscrita por un código seguro de verificación, generado electrónicamente, que permita acceder a la certificación electrónica archivada por la Dirección General del Catastro o proceder a su

(55) El artículo 50. Tres, apartado *c*), de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, prevé la posibilidad de obtención de certificados catastrales telemáticos por los procedimientos que se aprueben por Resolución de la Dirección General del Catastro.

(56) No en balde la expedición, a instancia de parte, de certificados en los que figuren datos físicos, jurídicos o económicos que consten en el Catastro Inmobiliario, relativos a bienes inmuebles, es una de las funciones administrativas atribuidas a la Dirección General del Catastro. Puede consultarse la Oficina Virtual del Catastro, a través de Internet, en la siguiente dirección: <http://www.catastro.minhac.es>.

(57) Por lo demás, el acceso a estos servicios estará sometido a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y más concretamente a la Orden del Ministerio de Hacienda 1601/2002, de 7 de junio, reguladora de los ficheros automatizados de datos de carácter personal existentes en el Ministerio de Hacienda y en determinados Organismos Públicos adscritos al mismo, en lo referente a la Base de Datos Nacional del Catastro.

cotejo, facilitándose así la comprobación de la autenticidad del documento cuando resulte necesario (58).

Por otra parte, la introducción de las bases gráficas no es un lujo para disfrute exclusivo de la oficina registral, sino un instrumento válido para una mejor prestación del servicio que tiene encomendado. Por ello también el Registro de la Propiedad prepara su normativa y mecanismos para adaptarse con la mayor efectividad posible a la incorporación de dichas bases, al tratarse en definitiva de información relativa a las propias fincas reflejadas en sus asientos.

Ya el citado Real Decreto 430/1990 estableció en el artículo 398.c.2 que los Registradores, a fin de facilitar la publicidad formal por consulta del índice general informatizado, suministrarán noticia de la existencia de titularidades registrales en cualquier Registro a favor de personas físicas o jurídicas determinadas, siempre que exista interés en el peticionario (59).

Con ese fin la Ley 24/2001 (art. 96.2 y 3) incide en el artículo 222 LH, reforzando la obligación de colaboración, en especial en materia de información (núm. 7, cuya redacción permanece inalterada), al establecer en general que los Registradores, en el ejercicio de su función pública, estarán obligados a colaborar entre sí, así como con los órganos jurisdiccionales, las Administraciones Públicas y los Notarios (núm. 8 del art. 222 LH, cuyo párrafo 2.º sí se modifica). A estos efectos se introducen nuevos apartados en el artículo 222 LH para intensificar la comunicación electrónica en las modalidades de publicidad formal, en concreto las de manifestación (núm. 10) y nota simple informativa (núm. 9), remitiendo en el número 11 a la norma reglamentaria para establecer los criterios y procedimientos para mantener la información permanentemente actualizada en el plazo más breve posible, las garantías necesarias para evitar la manipulación o el televaciado de los asientos registrales así como los requisitos técnicos para el acceso a la consulta del contenido de los libros por vía telemática, en aras de la protección de la seguridad e integridad de las personas o los bienes.

En particular, según VÁZQUEZ ASENJO, el programa GEOBASE debería proporcionar al Registro de la Propiedad un acceso constante al Catastro Virtual actualizado; y viceversa, conviene que el Catastro tenga a su disposición lo que podría denominarse el *dato registral de interés catastral* (cuyo contenido puede reducirse a dos elementos: la base gráfica registral de una finca y su último titular registral) (60).

(58) En consecuencia, siendo el solicitante titular catastral deberá cumplir los requisitos técnicos establecidos en el anexo I y disponer del correspondiente certificado de usuario admitido por la Dirección General del Catastro. También se requiere previa autorización en el caso de Administraciones Públicas, Notarías y Registros de la Propiedad.

(59) Vid. Instrucción de la DGRN de 29 de octubre de 1996, en cuyos artículos 11 a 14 se fomenta la interconexión de los Registros para la publicidad formal mediante nota simple informativa.

(60) VÁZQUEZ ASENJO, *op. cit.*

Sería el antecedente para que en el futuro se constituyese una única herramienta de gestión de la información territorial en beneficio de cualquier organismo público (incluso particular) en las condiciones que se establezcan.

En general, para la consecución de este objetivo de auténtica coordinación se precisan el equilibrio entre dos principios o tendencias, cuya falta precisamente ha impedido hasta la fecha el avance sólido en esta cuestión: por un lado, la necesaria uniformidad instrumental (armonización de criterios y cartografía básica), por otro, la especificidad de efectos jurídicos de cada capa de información territorial, de cuya autenticidad es responsable la administración respectivamente competente en cada ámbito sectorial incorporado a la base territorial.

En conclusión, la tan aludida coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro no consiste en una fusión, ni siquiera en una estricta vinculación basada en una absoluta coincidencia entre ellos, al menos como punto de partida, sino que presupone una ampliación de funciones, trascendiendo a la meramente fiscal del Catastro e hipotecaria del Registro, con la perspectiva de una visión generalista. Para ello es preciso que el Registro dé un nuevo paso que no se limite a la identificación de las fincas, sino que abarque la actualización coordinada (concordada) de aspectos no sólo planimétricos (descriptivos) sino de contenido jurídico que garantice el dinamismo tan necesario en una sociedad globalizada. Mucho puede aprenderse de los errores de la Ley del Catastro de 1906 y bastante de los meditados aciertos del Real Decreto de 1980 sobre coordinación entre aquellas instituciones. El apoyo de la tecnología, el mutuo respeto a la competencia institucional y el objetivo real de una mejor prestación de servicios brindan una oportunidad histórica que no cierran un proceso sino que lo impulsan hacia la consecución efectiva de los ya vigentes pronunciamientos de la Ley Hipotecaria del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, Luis M.^a, «La coordinación de las fuentes de información territorial», en *Catastro*, mayo de 1998, págs. 23 a 34.
- CHINCHILLA RUEDA, Rafael, «El Catastro y el Registro», en *RCDI*, núm. 392-393, 1961, págs. 243 a 272.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *La coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro Topográfico Parcelario establecida en el Real Decreto de 3 de mayo de 1980 y en la Carta de México*, Colegio de Registradores, 1982.
- GRAGERA IBÁÑEZ, Gabriel, *El principio del doble suministro y la coordinación entre el Catastro y el Registro Jurídico*, Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, t. I, Madrid, 1993, págs. 323 a 340.
- PAU PEDRÓN, Antonio, *Elementos de Derecho Hipotecario*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.

- PÉREZ PÉREZ, Emilio, *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Ed. Bosch, 2004.
- RAJOY, Enrique, *El Registro de la Propiedad en México: principios y reformas*, en w.conafovi.gob.mx/registros/RPP_MEX_PRINCIPIOS_Y_REFORMAS.pdf, en consulta realizada el 15 de junio de 2005.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (citado como ROCA SASTRE), *Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona, t. I (octava edición, agosto de 1995) y t. I, IV y V (octava edición, enero de 1997).
- VAN DER MOLEN, Paul, «Utilización del Catastro en los Estados miembros. El derecho de propiedad, el Registro y el Catastro en la Unión Europea», en *Catastro*, octubre de 2002, págs. 63 a 70.
- URIARTE BERASATEGUI, José, «Catastro y Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 344-345, 1957, págs. 17 a 42.
- VV.AA.: MUÑOZ CARIÑANOS, Fernando, y GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Identificación de Fincas Rústicas», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, t. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1975, págs. 255-327.

RESUMEN

REGISTRO Y CATASTRO

La tan aludida coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro no consiste en una fusión, ni siquiera en una estricta vinculación basada en una absoluta coincidencia entre ellos, al menos como punto de partida. Para abordar con cierta seriedad esta cuestión no se ha de caer en la falsa polémica de la prevalencia entre el Registro de la Propiedad y el Catastro: es la propia y única realidad, en sus dos vertientes física y jurídica, a la que deben ordenarse ambos instrumentos. La distinción entre Registros jurídicos y Registros administrativos determina el respectivo alcance de los efectos jurídicos de protección del titular en aras de su seguridad jurídica preventiva. Para ello se interpretan recientes textos normativos (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la Instrucción de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de los

ABSTRACT

REGISTRY AND CADASTRE

The often-alluded-to coordination between the property registration system and the cadastre does not consist in a merger, or even in a strict bonding of the two based on any absolute agreement between them, at least to begin with. If we are to approach this question with some modicum of correctness, we must avoid falling into the false controversy over which of the two prevails: It is single reality itself, in its two facets of physical reality and legal reality, that these two agencies must organize. The distinction between legal registries and administrative registries is what determines the scope of legal effects that each has, in regard to the protection each affords to title holders for the sake of preventive legal certainty. For this, recent legislative texts are interpreted (Act 13/1996 of 30 December on Fiscal Measures, Administrative Measures and Measures of a Social Nature, the Instruction of 2

Registros y del Notariado, sobre la implantación de la base cartográfica en los Registros de la Propiedad, y el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo de 2004). Orillando facetas de mero carácter instrumental (cronológico, informático, financiero, disciplinario, organizativo) conviene centrarse en la responsabilidad del Registrador en su labor de calificación, el consentimiento de los titulares, sin olvidar la publicidad formal, en orden no sólo de la no paralización del tráfico inmobiliario, sino de su agilización y seguridad.

March 2000 of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs on the introduction of the cartographic base in Land Registries, and the Revised Real Estate Cadastre Act approved by Royal Legislative Decree 1/2004 of 5 March 2004). Leaving facets of a merely instrumental nature (chronological, computer-related, financial, disciplinary, organizational) aside, we would do best to focus on the liability the registrar bears in the task of scrutinizing documents for due form and on the consent of the title holders, without neglecting formal publicity, not only to avert the paralysis of real estate traffic, but also to render real estate traffic faster and safer.

(Trabajo recibido el 14-02-06 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

Un viejo dilema: La protección de la obra arquitectónica construida en la Ley de Propiedad Intelectual

por

JORGE ORTEGA DOMÉNECH
Profesor Titular Interino UCM. Abogado

SUMARIO

- I. CONCEPTO DE «OBRA ARQUITECTÓNICA».
- II. LA OBRA ARQUITECTÓNICA EN NUESTRA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL:
 1. EVOLUCIÓN. TIPOS DE OBRA ARQUITECTÓNICA RECOGIDAS.
 2. ARGUMENTOS A FAVOR DE SU PROTECCIÓN.
- III. LA OBRA ARQUITECTÓNICA CONSTRUIDA:
 1. CONCEPTO.
 2. TIPOLOGÍA.
 3. ARGUMENTOS FAVORABLES A SU PROTECCIÓN.
 4. PUBLICACIÓN DE LA OBRA:
 - 4.1. *Situación del tema.*
 - 4.2. *Análisis crítico de la teoría que identifica el levantamiento de un edificio con la publicación.*
 5. COPIA DE LA OBRA:
 - 5.1. *Los supuestos posibles de copia de una obra arquitectónica.*
 - 5.2. *Remedios contra la reproducción no autorizada.*
- IV. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA.
- V. CONCLUSIONES.

I. CONCEPTO DE «OBRA ARQUITECTÓNICA»

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la Arquitectura es el «Arte de proyectar y construir edificios».

Por tanto, la Arquitectura está compuesta tanto por el proyecto del edificio como por el edificio en sí, de ahí que deban incluirse en la protección por el derecho de autor tanto los planos, maquetas y diseños de la obra arquitectónica como la propia obra construida. No se concibe la construcción de un edificio actualmente sin la existencia de un proyecto previo que recoja los diversos elementos que componen la obra, así como su distribución y composición, sin olvidar la necesaria utilidad y seguridad que deben ofrecer este tipo de obras.

La Obra Arquitectónica sería aquella que resulta del Arte de proyectar y construir edificios. Idea recogida en la completa definición ofrecida por la Ley norteamericana de derecho de autor: «el diseño de un edificio expresado en cualquier medio tangible de expresión, incluidos el edificio y los planos o diseños arquitectónicos. El trabajo incluye la forma en su conjunto, así como el arreglo y composición de espacios y elementos en el diseño, pero no incluye los elementos individuales estándar».

II. LA OBRA ARQUITECTÓNICA EN NUESTRA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. EVOLUCIÓN. TIPOS DE OBRA ARQUITECTÓNICA RECOGIDAS

En nuestra Ley actual de Propiedad Intelectual, de 12 de abril de 1996, su artículo 10 establece un elenco de obras protegibles por el derecho de autor, refiriéndose expresamente a los «proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería» en su párrafo 1.f).

En la primigenia Ley de 1879 no se recogían ni las obras de arquitectura ni las de ingeniería. En su artículo 3.º se decía simplemente que los beneficios de la ley se aplicaban también a «los autores de mapas, planos o diseños científicos», siempre y cuando declarasen y firmasen que eran «producto de su inteligencia» (art. 8.º del Reglamento que desarrollaba la Ley).

CORTÉS GIRÓ, con respecto a dicho párrafo, señalaba ya entonces que entre dichos autores «podemos incluir a los arquitectos, cuyas obras serán propiedad particular de tener carácter original, sin que pueda otro colega copiar aquella obra ni aun añadiendo a la misma cualquier accesorio, porque si tal cosa hiciera, incurriría en falsedad» (1).

(1) *Derecho de Propiedad Intelectual*, Ed. Marfil, S. A., Alcoy, 1957, pág. 31.

La redacción de nuestra Ley de Propiedad Intelectual puede invitar a pensar, en un primer momento, que sólo se protegen los planos, proyectos, esbozos y maquetas de una obra arquitectónica, lo cual no es del todo cierto. Y ello porque el elenco de obras protegibles recogido en el artículo 10, es un número abierto, como ha reconocido un importante sector de la doctrina patria y extranjera.

Como muestra, dos ilustres opiniones:

Claude MASOUYÉ opina que «la terminología del Convenio —art. 2.1—, forma un todo: puede interpretarse que la expresión «obras literarias y artísticas» designa las obras susceptibles de recibir protección, y para ilustrar esa terminología, el párrafo 1) del artículo 2 procede a la enumeración de dichas obras. El empleo de las palabras «tales como» nos hace ver que la lista es meramente enunciativa y no exhaustiva, se trata de suministrar... una serie de ejemplos —los más significativos—» (2).

Rogel VIDE responde: «cosa del género sucede con el artículo 10.1, de nuestra Ley de Propiedad Intelectual. En el mismo, y como dice BERCOVITZ, se establece un concepto general de obra que se complementa con una enumeración ejemplificativa —«comprendiéndose entre ellas», se dice antes de empezarla—, enumeración bastante extensa y minuciosa, pero no exhaustiva. Baste con pensar en las obras arquitectónicas y de ingeniería, las obras de luz y sonido o las obras radiofónicas, que no están incluidas en la enumeración» (3).

En la actualidad, la práctica mayoría de las leyes de propiedad intelectual recogen la protección por el derecho de autor, tanto de los planos arquitectónicos como de la obra construida (4).

2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE SU PROTECCIÓN

El principal problema que han encontrado siempre las obras arquitectónicas para conseguir la protección del derecho de autor ha sido la determinación de la categoría de obra en la que pueden encuadrarse. Es decir, ¿se trata de una obra de la técnica o de una obra plástica?

El artículo 1.º de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, así como el 5.º y el 10.º, referidos al hecho creador, la autoría y las categorías protegibles de

(2) En *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978, pág. 14.

(3) En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (coordinados por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), EDERSA, Tomo V, vol. 4.º A (arts. 428 y 429 CC y LPI). Madrid, 1994, pág. 207.

(4) Al respecto, puede echarse un vistazo a la exhaustiva selección de legislación mundial sobre protección de la obra arquitectónica que llevo a cabo en mi obra «Arquitectura y Derecho de Autor», en la *Colección de Propiedad Intelectual*, ed. Reus, Madrid, 2005, pág. 19, nota al pie núm. 14.

obra, se refieren a las obras «literarias, artísticas y científicas». De todas estas categorías, la primera y la tercera quedan claramente fuera del ámbito de las obras arquitectónicas y de ingeniería, por lo que la cuestión quedaría circunscrita a la posibilidad de encuadre en la obra artística.

Las obras arquitectónicas deben encuadrarse dentro de las obras protegibles por los siguientes argumentos:

1.º El articulado del Convenio de Berna y de nuestra propia Ley de Propiedad Intelectual:

Artículo 2.1 del Convenio de Berna: «Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales, las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras cinematográficas a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias».

Artículo 10.1, inicio, de la LPI: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

Artículo 10.1.e) de la LPI: «Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas».

Artículo 10.1.f) de la LPI, por analogía: «Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería».

2.º La opinión de nuestra doctrina más importante y acreditada:

Rogel VIDE recuerda que, aunque no existe una referencia expresa a las obras arquitectónicas en nuestra ley, tal laguna pueda obviarse, al menos, de tres maneras (5):

1. Si el mero proyecto arquitectónico se protege en el 10.1.f), con más razón ha de protegerse la obra arquitectónica terminada (6).

(5) «Comentarios», *op. cit.*, págs. 139 y 140.

(6) DIETZ señala al respecto: «como las obras de arquitectura se basan en los correspondientes diseños y maquetas, se tratará, casi siempre, en las obras a realizar, de reproducciones de diseños y maquetas, de forma que, en todo caso, estaría garantizada una protección indirecta» (*El derecho de autor en España y Portugal*, Madrid, 1992).

2. El elenco contenido en el artículo 10.1 de la LPI no es exhaustivo, sino formulado a título de ejemplo, cual lo demuestra el hecho de que al artículo 10.1 empieza diciendo: «Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas..., comprendiéndose entre ellas...» (7).

3. Cabe considerar a las obras arquitectónicas como obras plásticas, estas últimas expresamente citadas en el 10.1.e) de la LPI (8).

Para LACRUZ BERDEJO son obras plásticas, no en cuanto a los procedimientos técnicos de realización, sino en relación con su aspecto formal y artístico (9).

(7) Así lo defiende una buena parte de nuestra doctrina. Como ejemplo: CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, pág. 290; BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad Intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 1978, pág. 535; BONDÍA ROMÁN, *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, pág. 194; RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA ROMÁN, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 55; VEGA VEGA, *Derecho de autor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 99.

(8) En el mismo sentido, CASAS VALLES («La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1991, t. I, pág. 261).

(9) *Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. 1.º, edit. Bosch, Barcelona, 1989, pág. 27. Profundizando más, y en palabras de BERCOVITZ, se trata de obras plásticas aplicadas, «puesto que se refieren siempre a la construcción (como obras relacionadas con la construcción las designa la Ley alemana: párrafo 2.1.4.) de edificios, de obras públicas, de máquinas, de aparatos. Las máquinas y los aparatos pueden ser de todo tipo, hasta el punto de que muchas de estas obras podrán subsumirse en este apartado del artículo 10 o en el anterior (art. 10.1.e), que se refiere a las obras plásticas en general: vehículos de motor, aviones, barcos» (en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 185).

Al respecto, tenemos un caso muy curioso e inusual en la jurisprudencia americana: «*Morris European & American Express Co vs. United States*», acerca de si el altar de una iglesia supone una obra de arte o una obra de arquitectura. El tribunal decidió lo siguiente:

«Si las proporciones son lo suficientemente simétricas, y las líneas libres de errores como para agitar las emociones de la gente, la obra es por ello una obra de arte. Si es buen o mal arte es una mera cuestión de calidad. Esta obra fue originariamente diseñada por uno de los artistas punteros de América en este estilo de arquitectura eclesiástica. Un artista reputado en Francia realizó diseños originales para los ángeles, e impuso su personalidad en la obra. Las especificaciones y los dibujos detallados muestran este hecho fuera de toda duda (...) La obra en su totalidad cae dentro de la aceptada definición de una obra de arte. Representa el trabajo artesano de un artista; encarna algo más que la mera labor de un artesano; es una "habilitada producción de lo bello en una forma visible"» [85 F. 964 (C.C.S.D.N.Y. 1898)].

Por su parte, la sentencia de 15 de febrero de 2001, de la Corte de Apelación de Versalles, declara la protección de un modelo de casa individual, dado que ciertas características del modelo como la inclinación de los tejados, la discontinuidad del canalón, el balcón de aguilon y la forma de la fachada tienden a revelar la personalidad del creador, presentando elementos suficientes para beneficiarse de la protección concedida por el derecho de autor [RIDA (196), abril de 2003, pág. 448].

La protección de la obra de arquitectura, así como de los derechos de los arquitectos sobre las mismas, fue ampliamente debatido y defendido en el «Comité de expertos gubernamentales sobre las obras de arquitectura», celebrado en Ginebra, del 20 al 22 de octubre de 1986, en el cual se sentaron una serie de principios básicos que deberían ser respetados para lograr una adecuada protección de la obra arquitectónica (10). Fueron denominados «Principios WA», y así los recogeremos a partir de ahora.

(10) Son siete principios, que se articulan de la siguiente manera:

Principio W A1

«1. La obra de arquitectura significa todo edificio o construcción similar en la medida en que contiene elementos originales tales como su forma, su diseño o sus ornamentos, con independencia de la destinación misma del edificio o de la construcción similar.

2. Por obra relativa a la arquitectura se entiende el diseño y el modelo en tres dimensiones sobre la base del cual la obra de arquitectura puede ser construida».

Principio W A2

«Las obras de arquitectura, así como las obras relativas a la arquitectura deberían ser protegidas por el derecho de autor».

Principio W A3

«El autor de una obra de arquitectura, así como el de una obra relativa a la arquitectura, debería disfrutar del derecho exclusivo de autorizar la reproducción por cualquier medio y de cualquier manera o en la forma que sea, respectivamente, de su obra de arquitectura o de su obra relativa a la arquitectura».

Principio W A4

«El autor de una obra de arquitectura debería disfrutar del derecho exclusivo de autorizar modificaciones realizadas en su obra salvo cuando el tipo de modificaciones presente una gran importancia para el propietario del edificio u otra construcción similar y que no resulte una deformación, mutilación u otra modificación que sería perjudicial al honor o a la reputación del autor de la obra de arquitectura».

Principio W A5

«El autor de una obra de arquitectura o de una obra relativa a la arquitectura debería tener el derecho de poner su nombre sobre la obra en tanto que autor de esta última.

Este derecho debería ser ejercido de buena fe. Se entiende que la indicación del nombre del autor sobre la obra de arquitectura en una dimensión inhabitual o de manera poco ordinaria, no se consideraría como de buena fe».

Principio W A6

«1. El autor de una obra de arquitectura o de una obra relativa a la arquitectura debería tener el derecho de prohibir toda deformación, mutilación u otra modificación de esta obra o todo atentado a la misma obra perjudiciales para su autor o para su reputación.

2. Si cualquier modificación o atentado de la clase del párrafo anterior tiene lugar sin que el autor tuviese conocimiento o a pesar de su prohibición, la persona responsable de tal modificación o acción debería estar obligada a restablecerla a su estado anterior o a pagar los daños y perjuicios según las circunstancias.

Tales principios suponen una base muy importante a la hora de proteger la obra arquitectónica construida, como tendremos ocasión de comentar oportunamente.

III. LA OBRA ARQUITECTÓNICA CONSTRUIDA

1. CONCEPTO

Dado que nuestra Ley de Propiedad Intelectual no recoge lo que debe entenderse por obra arquitectónica al no incluirla en la lista ejemplificativa del artículo 10, tomamos como buena la anteriormente mencionada de la legislación norteamericana, que incluye a la obra arquitectónica construida: «el diseño de un edificio expresado en cualquier medio tangible de expresión, incluidos el edificio y los planos o diseños arquitectónicos. El trabajo incluye la forma en su conjunto así como el arreglo y composición de espacios y elementos en el diseño, pero no incluye los elementos individuales estándar».

2. TIPOLOGÍA

Dentro de la obra arquitectónica construida podemos distinguir los siguientes tipos:

1. *El edificio*

Según la Real Academia Española de la Lengua, se entiende por edificio, la «construcción fija, hecha con materiales resistentes para habitación humana o para otros usos».

La Cámara de Representantes introdujo el término «estructuras tridimensionales» en la versión original de la Ley de protección americana de las obras de arquitectura de 1990. Sin embargo, fue posteriormente retirado por

3. Cuando su obra ha sido modificada sin su consentimiento, el autor de una obra de arquitectura debería tener el derecho de prohibir la asociación de su nombre a su obra».

Principio W A7

«La reproducción de la imagen externa de una obra de arquitectura por medio de la fotografía, el cine, la pintura, la escultura, los diseños o un método similar, no debería requerir la autorización del autor si ha sido realizada con fines privados o incluso si se ha realizado con fines comerciales cuando la obra de arquitectura se halla situada en un lugar público, en una carretera, en una plaza o en cualquier otro lugar normalmente accesible al público».

la confusión a la que podía dar lugar, al extender su aplicación a «los puentes de las autopistas interestatales, canales, embalses y paseos peatonales» (11).

Pero una limitación excesiva del concepto de «edificio» podría dejar fuera numerosas estructuras que son consideradas normalmente como obras de arquitectura. En este sentido, Raphael WINICK: «el crítico de arquitectura Paul GOLDBERGER ha afirmado que las dos obras de arquitectura más grandes de Nueva York son Central Park y el Puente de Brooklyn, ninguno de los cuales recibiría protección por la Ley protectora de obras de arquitectura. Campos de golf, jardines, túneles, puentes, pasos a desnivel, vallas y muros son sólo algunas de las estructuras diseñadas por arquitectos que no se ajustan a la definición de “edificio”» (12).

Dos tipos de obras escaparían a la definición de «edificio»:

- Las estructuras cuya forma se encuentra dictada por consideraciones de ingeniería: los ejemplos recogidos por el Congreso americano: puentes, canales, embalses, etc. Su creación y estructura se basan en las leyes de la física y de la ingeniería.
- Las organizaciones de espacio, tales como jardines, parques y campos de golf: son obras que no se encuentran encerradas por ninguna estructura, que puede que requieran mucho esfuerzo y tiempo y, sobre todo, gasto para un arquitecto su elaboración, pero no pueden considerarse como «edificios», pues nos llevaría inexorablemente a una visión distorsionada del verdadero contenido de dicho concepto.

2. *El monumento*

La Real Academia lo define como la «construcción que posee valor artístico, arqueológico, histórico, etc.».

Siguiendo el desarrollo legislativo americano en cuanto a la obra arquitectónica, nos encontramos con que una obra que puede ser calificada como «edificio», se encuadraría también en el término «escultura», lo que permitiría la protección de los monumentos bajo el derecho de autor.

Con anterioridad a la Ley de protección de la arquitectura de 1990, tales obras se protegían como «obras esculturales». Entre ellas tenemos la Estatua de la Libertad, el Monumento a Washington y el Arco Gateway. Finalmente, la Ley de 1990 les ha concedido una doble protección: como obra «escultu-

(11) Informe de la Cámara de Representantes, núm. 735, 101 Congreso, 2.^a sesión (1990), págs. 19-20.

(12) En *Copyright Protection for Architecture After the Architectural Works Copyright Protection Act of 1990*, Duke Law Journal, vol. 41, núm. 6, junio de 1992, pág. 1613.

ral» en la sección 102(a)(5), y como obras «arquitectónicas» en la sección 102(a)(8).

3. ARGUMENTOS FAVORABLES A SU PROTECCIÓN

En este punto coincido con las palabras de LÓPEZ QUIROGA: «Los autores de obras de arquitectura no han encontrado dificultades para el reconocimiento de la propiedad intelectual sobre sus obras en proyecto; es decir, respecto de los dibujos, planos, croquis, etc., referentes a las mismas; pero una vez ejecutadas en el terreno, todos se han creído con derecho a copiarlas y reproducirlas por medio de la reedificación» (13).

El autor no está de acuerdo con esa idea y señala lo siguiente: «La obra arquitectónica alzada en el terreno es tan obra de arte como cuando se encuentra en proyecto, en planos y croquis, y es ilógico proteger éstos y no proteger la obra edificada (...)

Así de tajante se muestra también BAYLOS: «La obra arquitectónica consiste en la concepción, representada plásticamente, o por otro medio, de una combinación de masas de orden tridimensional, constitutiva de un edificio al servicio de las necesidades de habitación del hombre (...)

La creación se encuentra completa en su sentido formal, que es el que le conviene, mediante la simple representación de la combinación ideada; y sigue siendo la misma, aunque jamás se construya el edificio que representa.

El sentido finalista de la obra de arquitectura le ofrece un valor utilitario adicional, que no se interfiere en su existencia como obra de arte. La realización de la combinación ideada no afecta al carácter de la creación. Lo que sucede —y es nota peculiar de la arquitectura— es que la construcción del edificio se reputa jurídicamente como una reproducción que precisa la autorización del autor» (14).

Al respecto, resulta particularmente interesante la opinión ofrecida por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, a través de un Informe sobre propiedad intelectual elaborado por su Comisión de Asuntos Profesionales, donde se dice (15):

«La obra de arquitectura también es protegible, siempre que sea original y en aquello que sea original. Es una obra distinta del proyecto, boceto o maqueta. La obra arquitectónica erigida (el edificio, la construcción) es producto de la tridimensional transformación de la obra-proyecto de arquitectura.

(13) *La propiedad intelectual en España*, Madrid, 1918.

(14) *En Tratado de Derecho Industrial. Propiedad Industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*, Madrid, 1978, pág. 513.

(15) El Informe puede ser consultado en la página web del Colegio (www.coam.es).

Mientras que una obra de escultura (tridimensional) puede venir precedida de bocetos, diseños o proyectos bidimensionales gráficos y ambos son protegibles, la obra arquitectónica debe, por ley, venir precedida del proyecto gráfico dimensional para su supervisión colegial y su autorización administrativa.

El resultado obra arquitectónica es semejante al de una obra escultórica ejecutada según bocetos, planos o de una obra cinematográfica ejecutada según el guión audiovisual y los guiones técnicos de rodaje. Tanto el boceto, guión o proyecto, como las obras resultantes de estos son obras protegibles con independencia de que el guión escrito audiovisual, el proyecto arquitectónico o el boceto escultórico sea protegible, también lo son la obra audiovisual, escultórica y arquitectónica lo son, en lo que sean originales y distintas de otras obras ya existentes».

4. PUBLICACIÓN DE LA OBRA

4.1. *Situación del tema*

La publicación supone un acto de comunicación pública, derecho de explotación del autor recogido en el artículo 20 LPI, según el cual: «se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas».

En relación con la obra arquitectónica construida, la problemática reside en determinar si el levantamiento de un edificio supone publicación o no.

Gino GALTIERI dice que «si por publicación entendemos (o mejor por primera publicación) la primera forma de exteriorización pública de la obra, podría mantenerse que el momento de la primera publicación coincida con aquel en que la obra viene ofrecida por primera vez «al conocimiento de un público indiferenciado». Y añade que «para la obra arquitectónica este momento debería considerarse el de la exposición, aquel en que el edificio o la construcción viene ofrecida a la libre visión del público, en forma directa o incluso indirecta mediante cualquier forma de reproducción, gráfica, fotográfica, cinematográfica o televisiva» (16).

Joseph CAHN analiza la jurisprudencia americana y resalta que los tribunales americanos han tenido una visión bastante clara con respecto a los planos arquitectónicos y el momento de su publicación:

«Por ejemplo, en “Kurfiss vs. Cowherd” y “Gendell vs. Orr” se mantuvo que la publicación de los planos tuvo lugar cuando el edificio fue construido

(16) «L'architettura nel diritto di autore». *Il diritto di autore*, XLIX, 1978, pág. 44.

partiendo de ellos y colocado en lugar público. Un temprano caso de Nueva York tomó una postura más tajante. En “Wright vs. Eisle”, los planos para la construcción de una casa fueron considerados como publicados en el momento en que fueron presentados en el departamento municipal de la construcción» como fase previa para conseguir el correspondiente permiso para construir (17).

La jurisprudencia americana sobre el tema

David SHIPLEY comenta que en la jurisprudencia americana «varios casos dirigidos hacia los derechos de autor de los arquitectos mantienen que el levantamiento de un edificio no publica los planos y que el público no adquiere un interés de propiedad en la obra desde su construcción y exhibición. La construcción no indica un abandono del arquitecto de sus derechos ni de los planos o “copias” de los mismos, incluyendo el edificio que retratan».

Por el contrario, Brian E. LEONARD señala que el arquitecto «puede perder su derecho de autor por la construcción y exhibición de un edificio basado en planos. La publicación tiene lugar cuando el propietario del derecho de autor hace una “copia” de su trabajo accesible al público (...) Si una estructura no es una “copia” de los planos, no puede hacerlos públicos (18), y el derecho de autor permanecería intacto. Sin embargo, es probablemente más lógico concluir que una estructura es una “copia” de los planos, y por tanto capaz de hacerlos públicos» (19).

Añade el autor que «la construcción y exhibición de una estructura constituye publicación de su diseño general (20). Este diseño general se considera una mera idea, y las ideas mismas no están sujetas a la protección del derecho de autor. Así, el amplio concepto expresado en un diseño de un edificio puede no ser protegido contra la copia no autorizada basada en la observación casual o un simple dibujo hecho desde tal observación» (21).

(17) «The Protection of Architectural Plans as Intellectual Property». *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 6, 1973, pág. 103.

(18) Así, en los casos «De Silva Constr. Corp. vs. Herald» [213 F. Supp. 184, 195-96 (M.D. Fla. 1962)]; «Smith vs. Paul» [174 Cal. App. 2d 744, 345 P.2d 546 (Ct. App. 1959)]. No se considera publicación en «Shaw vs. Williamsville Manor, Inc» [330 N.Y.S. 2d 623 (Sup. Ct. App. Div. 1972)] y «Kisling vs. Rothschild» [388 So. 2d 1310 (Ct. App. 5th Div. 1980)].

(19) Sin embargo, en los casos «Read v. Turner» [239 Cal. App. 2d 504, 512-13, 48 Cal. Rptr. 919, 924-25 (Ct. App. 1966)] y «Edgar H. Wood Associates vs. Skene» [347 Mass. 351, 365, 197 N.E.2d 886, 895 (1964)], se sugiere que una mera inspección de una estructura no resulta suficiente para permitir una copia precisa de los planos.

(20) En ese sentido, la jurisprudencia señalada en la nota anterior.

(21) Las opiniones recogidas pueden encontrarse en «Copyright Protection for the Architect: Leaks in a Legal Lean-To», *California Western Law Review*, vol. 8, 1971-72, págs. 468-69.

Mediante un Informe generado por el Registrador de la Oficina de Propiedad Intelectual de Estados Unidos, se revelan los datos más significativos sobre la cuestión que estamos tratando en relación con los diversos tipos de obra arquitectónica (planos y edificio):

1. *El archivo de los planos arquitectónicos en la autoridad municipal local no constituye publicación de los planos.*

En el caso «Smith vs. Paul» se consideró que la presentación de los planos en Ayuntamiento supone una «publicación limitada» y no constituye la pérdida de los derechos de autor (22).

Sin embargo, en «Wright vs. Eisle» se encargó a un arquitecto el diseño y construcción de una casa. Antes de la construcción, el arquitecto archivó una copia de los planos en el departamento de construcción de la ciudad, como requería la ley para obtener el permiso para construir. La casa se construyó, permaneciendo a la vista del público (23).

Tiempo después, el comitente quiso comprar los planos del arquitecto, pero no llegaron a un acuerdo en el precio, por lo que las negociaciones se rompieron. Finalmente, el comitente se construyó una casa similar a la original que había encargado al arquitecto, quien le llevó ante los tribunales. Se consideró que la exposición pública de la obra suponía la eliminación del derecho de autor a la explotación de dicha obra, señalando el tribunal que permitiendo el arquitecto el archivo de los planos en un edificio público, el mismo había publicado la obra al mundo y no podía tener derechos exclusivos de reproducción.

La misma solución la encontramos en el curioso asunto «Da Silva Construction Corp. vs. Herral» (24). El constructor del demandante construyó una maqueta y presentó los planos en la autoridad competente. Los demandados vieron la maqueta, les gustó, y contrataron a un tercero para construirla. Lo inusual del caso es que también consideró que existía publicación de la obra, señalando que «el arquitecto no tiene el derecho exclusivo de construir estructuras expresadas en sus dibujos técnicos». La frase no puede resultar más desafortunada, y fue claramente superada por jurisprudencia posterior.

La no consideración como publicación evita infracciones como la ocurrida en «Jones vs. Spindel», donde el demandante había entregado los planos a los demandados para que se ocupasen de la obtención de los permisos de construcción correspondientes. Los demandados utilizaron los planos para la construcción de un complejo de apartamentos de 64 unidades, bajo la alegación de que el archivo en la autoridad competente suponía una publicación

(22) 345 P.2d 546 (Ct. App. 1st Div. 1959).

(23) Viene recogido en una recomendable selección de HORSLEY, en «Architectural Plans: Loss of Common-Law Copyright», *Alabama Law Review*, vol. 16. 1963-64, pág. 451.

(24) 213 F. Supp. 184 (M.D. Fla. 1962).

general de esos planos. El tribunal, como no podía ser menos, rechazó tal alegación (25).

En «Krahmer vs. Luing», además de considerar la no publicación de los planos, añadió que el interior y el exterior de una obra de arquitectura «resultaban copiables por cualquiera con las suficientes habilidades para el dibujo» (26).

2. *La entrega de las copias de los planos a los constructores o clientes tampoco constituye publicación de los mismos.*

En «Masterson vs. McCroskie» se estableció la diferenciación entre el diseño de la casa y los planos, considerando el tribunal que la construcción de la casa constituía una publicación general del primero, pero no de los segundos (27).

En «Seay vs. Vialpando», el arquitecto demandante había entregado los planos de una casa a los constructores para que la realizaran. Tras la finalización de la construcción, uno de los constructores, sin la autorización del arquitecto, utilizó los planos para construir otra casa idéntica. El tribunal estableció que no existía publicación de los planos al entregarlos al contratista encargado de levantar la casa y que el «uso de los planos es lo que produce la infracción, no importando la intensidad de la infracción» (28).

En «MacMillan Co vs. I.V.O.W. Corp», el tribunal declaró que la entrega de los planos al cliente no supone publicación, incluso aunque no se haga reserva expresa por el autor acerca de su uso o difusión (29). Sin embargo, como se indicó en «Johnstone vs. Fox», «existe ordinariamente la costumbre de que la mera involucración de un cliente en la preparación de los planos arquitectónicos no convertirá al cliente en el autor de los planos... Sin embargo, un cliente que participa activamente en la preparación de la obra y con-

(25) 147 S.E. 2d 165 (Ct. App. Div. 2 1966).

(26) 317 A.2d 96 (Sup. Ct. Ch. Div. 1974). De hecho, la sentencia de 7 de marzo de 2006, de la Corte de Casación francesa, considera protegibles las partes del interior de una casa: recibidor, hueco de la escalera, biblioteca, mobiliario fijado según su destino [RIDA (209), julio 2006, pág. 333].

Otras decisiones de la jurisprudencia francesa establecen la protección por el derecho de autor de la decoración interior y la disposición de los muebles de una casa: por ejemplo, sentencia de 15 de noviembre de 2001, de la Corte de Apelación de Versalles [RIDA (198), octubre de 2003, pág. 398] y sentencia de 17 de diciembre de 2002 del Tribunal de Gran Instancia de París [RIDA (199), enero de 2004, pág. 258].

(27) 573 F.2d 547 (1978).

(28) 567 P.2d 285 (1977). En «Joseph J. Legat Architects vs. United States Development Corp», el tribunal señaló que el contrato firmado entre las partes permitía a los demandados usar los planos en lo que fuera necesario para construir el proyecto, pero que no tenían ningún derecho contractual a copiar los planos de modo que sugiriese que el arquitecto autor no era el creador de los planos, lo que constituía una clara infracción [601 F. Supp. 672; 625 F. Supp. 293 (N.D. Ill. 1985)].

(29) 495 F. Supp. 1134 (D. Vt. 1980).

trola los desarrollos del diseño puede llegar a superar este papel general» (de cliente, se entiende) (30).

Sin embargo, en «Ballard H. T. Kirk & Associates, Inc vs. Poston», la utilización de los planos por los subcontratistas para la construcción de un bloque de apartamentos no fue considerada infracción de los derechos de autor, por cuanto el arquitecto demandante no había especificado las restricciones en el uso de los planos (31).

3. *La jurisprudencia deviene constante al considerar que una obra arquitectónica no supone una copia de los planos, y la mayoría de las resoluciones sostienen incluso que la construcción de una obra arquitectónica no publica dicha obra o sus planos* (32).

Del conjunto de esta jurisprudencia también obtenemos otros datos interesantes:

1.º «La mera visión del interior de una casa por un número limitado de personas no constituye un acto de publicación, pero la exhibición del exterior al público supone generalmente la pérdida de los derechos de autor en relación con el diseño exterior que haya podido existir previamente» (en el mencionado caso «Smith vs. Paul»).

El caso «Shanahan vs. Macco Construction Co» supuso una intensa discusión e interpretación del caso «Smith vs. Paul». En este asunto se dieron las siguientes circunstancias (33):

- a) Los demandantes distribuyeron 30.000 folletos conteniendo los planos de las plantas de una casa.
- b) Aproximadamente 60.000 personas visitaron cuatro casas modelo construidas en relación con los mencionados planos.
- c) Los demandantes invitaron al público a «inspeccionar y examinar sus casas, planos, elevaciones mediante prácticamente cualquier medio de publicidad conocido».
- d) Los demandantes entregaron planos detallados y bocetos de una de las casas a una revista con una tirada de unos 100.000 ejemplares.
- e) Los planos detallados y las elevaciones fueron puestos a disposición de oficinas de venta, con libertad para los clientes de modificar las dimensiones finales de las plantas de la casa.

(30) CCH COPR. L. REP. Para. 26, 187 (N.D. 111. 1987).

(31) 293 N.E. 2d 102 (Ct. App. Hamilton County 1972). En cambio, en «Alexander & Associates vs. Cheyenne Neon Sign Co», se estableció la inexistencia de publicación en la entrega de los planos de una joyería al demandado, alegación utilizada por éste para justificar un uso indebido de tales planos [417 P.2d 921 (1966)].

(32) «Copyright in Works of Architecture. A Report by The Register of Copyrights», *Books for Business*, New York-Hong Kong, 2001.

(33) 36 Cal. Rptr. 584 (Ct. App. 2d Div. 1964).

- f) De las 250 copias de los planos, los demandantes sólo poseían dos o tres en el momento de iniciarse el juicio, encontrándose algunas en poder de subcontratantes e instituciones de financiación.

Ante la abrumadora verborrea de datos de publicidad de la obra de los demandantes, el tribunal consideró las siguientes diferencias existentes entre los dos casos:

- En el caso «Smith», tan sólo se llevó a cabo la construcción de una casa, mientras que en el segundo se construyeron 1.435.
- En el caso «Shanahan» existió una mayor inspección por parte del público.
- Además de una mayor publicación de los folletos y publicidad.

Evidentemente, la solución resultó obvia: había tenido lugar la publicación de la obra (34).

En «Kurfiss vs. Cowherd» se construyó una casa y se abrió a la vista del público. Los planos no fueron archivados en el departamento local de construcción como en el caso «Smith». También se consideró por el tribunal que la publicación había tenido lugar con la exposición del edificio (35).

2.º La exhibición de una maqueta de una casa «debe distinguirse de la publicación de dibujos arquitectónicos», alcanzando la protección de los derechos de autor a los trabajos derivados (maqueta) como modo de «instruir a un futuro constructor acerca de cómo proceder a construir la vivienda diseñada» (36).

3.º Como colofón al tema de la publicación de la obra arquitectónica, recogemos, por su radical solución de la cuestión, la decisión tomada por el tribunal en el caso «Nucor Corp. vs. Tennessee Forging Steel» (37):

«La distribución de planos a constructores y subcontratistas potenciales con fines obligacionales no constituye una publicación general... Ello es cierto aunque los planos no tengan la marca de confidencialidad, no se requiere su devolución, y no pueden ser obtenidos sino pagando un depósito...

(34) En «Kent vs. Revere», el tribunal declaró erróneamente, una vez que hemos visto el caso «Shanahan», que «no puede tener lugar una infracción del derecho de autor sin acceso a los dibujos técnicos y sin más que el mero acceso a los planos promocionales de los pisos» [CCH COPR. L. DEC. Para. 26,001 (M.D.Fla. 1985)].

(35) Viene recogido la selección de HORSLEY, «Architectural Plans...», *op. cit.*, pág. 451.

(36) «Donald Frederick Evans & Associates, Inc. vs. Continental Homes, Inc» [785 F.2d 897 (11th Cir. 1986)].

(37) 339 F. Supp. 1305 (W.D. Ark); 786 F.2d 386 (8th Cir. 1972); 513 F.2d 151 (8th Cir. 1975).

A mayor abundamiento, un propietario no pierde sus derechos de autor por permitir a personas interesadas ver e inspeccionar un edificio tras su construcción... No creemos que exhibiendo un edificio durante o tras la construcción, o publicando fotografías del mismo, pueda considerarse equivalente a publicar los planos del edificio. Mientras la observación del edificio en persona o mediante fotografías puede proveer la base para diseñar un edificio similar a través de la iniciativa de un observador experto, no puede suministrar la excusa para copiar de los planos sin permiso.

Finalmente, la distribución de catálogos e informes anuales que incluyan fotografías del exterior... no constituye una publicación general de los planos».

Observando tan interesante decisión, lo deseable sería que la misma se convirtiera en el principio general en cuanto a la idea de publicación de una obra arquitectónica. Principio general que se iría modelando con las diversas circunstancias concretas y matices de cada caso.

4.2. *Análisis crítico de la teoría que identifica el levantamiento de un edificio con la publicación*

En primer lugar, hemos de señalar que un autor no pierde sus derechos de la obra así como así, sino que dicha intención de abandono de los mismos debe deducirse de los propios actos del autor.

El creador de una obra arquitectónica que restringe por contrato la circulación de sus planos, no está llevando a cabo una publicación general o amplia de los mismos, dando lugar a una publicación limitada que no entra en el concepto de publicación de nuestra legislación. Dicha limitación puede tener lugar en relación con los planos, así como con la propia obra acabada, en el caso de que la misma se encuentre en el interior de una propiedad privada y un número determinado de personas tenga acceso a la misma.

Para entender este concepto de publicación limitada, debemos acudir al artículo 4 LPI, donde se recoge la definición de divulgación. En dicho artículo se habla de «acceso al público» de tal obra. Por tanto, no es obra divulgada la que permanece en el ambiente íntimo del autor, pues sólo la conoce él.

Según ÁLVAREZ ROMERO, «el círculo familiar en el que se desenvuelve el autor se integra dentro de la esfera privada de aquél, de modo que tal comunicación de la obra en el seno del mismo no supone divulgación (38). Al hilo de esta cuestión, el artículo 20 LPI recoge que «no se considerará pública la co-

(38) *Significado de la publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1969, pág. 26.

municación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico...». Pero habría que definir ese «ámbito» a que alude la ley. Podría entenderse referido a la familia y personas más allegadas al autor, como normalmente se conoce este concepto entre la doctrina civilista que lo ha estudiado.

No se define en el artículo 4 qué se entiende por público. Según el Diccionario de la Real Academia, se trata del «conjunto de personas que participan de unas mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar».

Desde luego, no queda claro cuántas personas han de conformar dicho «conjunto», pero teniendo en cuenta la finalidad de la divulgación, ha de tratarse de un grupo abierto de personas, es decir, indeterminado. Resulta evidente que tal divulgación ha de traspasar el ambiente familiar y el círculo de amistades íntimas del autor para que se considere como tal.

Finalmente, lo que cuenta no es realmente el número de personas que observa la obra, sino más bien la intención divulgativa del propio autor. Por tanto, sigo la opinión de KATZ, al decir que «si un arquitecto revela sus planos no publicados a futuros clientes o a una serie de clientes, ello no implica que exista una intención implícita por su parte de abandonar sus derechos sobre la obra» (39). Insistimos ha de demostrarlo expresamente con sus propios actos.

Por otra parte, si las ordenanzas municipales ordenan el archivo de unos planos para poder obtener el permiso de construcción, ¿debemos considerar tal actuación como una publicación de la obra? Por supuesto que no. Se trata simplemente de una obligación legal para conseguir dicho permiso, no implica nada más, sólo la aprobación gubernamental para que el arquitecto desarrolle su derecho a construir la obra.

En relación a si el levantamiento de un edificio supone publicación, entiendo que tampoco. Al efecto, transcribo el razonamiento esgrimido por KATZ, que resume perfectamente el estado de la cuestión:

«Para que una obra se publique, debe ser reproducida, es decir, debe existir una emisión de copias al público general. Una estructura completa no es más copia de sus planos subyacentes que una grabación fonográfica es una copia de sus notas musicales. Un plano arquitectónico es un escrito técnico. Es capaz de ser copiado sólo por similares técnicas de escritura, es decir, por otros planos, etc. Una estructura es el resultado de planos, no una copia de ellos. Se sigue que construir una estructura y abrirla a la vista del público no puede ser una publicación de sus planos» (40).

(39) «Copyright Protection of Architectural Plans, Drawings and Designs», *Law and Contemporary Problems*, vol. 19, 1954, pág. 236.

(40) *Op. cit.*, pág. 236.

De esta manera, los casos que hemos recogido aquí de la jurisprudencia americana a favor de identificar el levantamiento de un edificio con su publicación resultan completamente erróneos, pudiendo tener importantes consecuencias en el mercado arquitectónico, pues los autores se cuidarían muy mucho del tema de la publicación, lo que supondría una reticencia cada vez mayor a ver sus obras construidas teniendo como origen los planos creados.

Como muestra, el caso «Gendell vs. Orr» (41), donde el arquitecto demandante construyó un pórtico con un nuevo diseño. Por un período de tres años el pórtico estuvo a la vista al lado de una autopista pública. El arquitecto demandado intentó levantar un porche similar, pero el demandante inició una acción para paralizar la construcción. Se destacó que la infracción se había solicitado en relación con la estructura misma y no acerca de los planos. El tribunal admitió que el derecho de autor había existido, pero que quedaba eliminado con el permiso de permanecer a la vista del público durante el mencionado periodo de tres años. Indicó asimismo que la decisión hubiera sido la misma si la infracción se hubiese dirigido a la copia de los planos, pues el levantamiento del pórtico suponía ya de por sí la publicación de la obra.

5. COPIA DE LA OBRA

En nuestro Derecho no se concibe la copia como susceptible de derechos de autor en el mismo sentido de la obra original de la que parte y de la que toma su razón de ser. En el caso de que la reproducción sea realizada por persona distinta del autor, esto resulta evidente. Pero cuando la copia ha sido objeto de trabajo por parte del propio autor, nos encontramos con una originalidad clara, pero no exactamente la que permite considerar a dicha copia como idéntica al original.

El problema de la copia con respecto a la obra en nuestra Ley reside en que está pensada para la obra literaria fundamentalmente, con el problema importante de las fotocopias, mientras que sería aplicable a la obra plástica considerándola siempre desde el punto de vista de la obra seriada.

Señalamos a continuación diversa jurisprudencia al respecto:

— *Corte de Apelación del Circuito de Columbia (sentencia de 8 de marzo de 2002). Sturdza vs Emiratos Arabes Unidos y otros.*

Los Emiratos Arabes Unidos convocaron en 1993 un concurso con el fin de seleccionar el diseño arquitectónico para su nueva embajada en Washing-

(41) Viene recogido la selección de HORSLEY, «Architectural Plans...», *op. cit.*, pág. 451.

ton, resultando ganadora Elena Sturdza. Después de tres años de colaboración con los convocantes del concurso, la ganadora dejó de trabajar con ellos.

A finales de 1997 tuvo conocimiento de que los Emiratos Arabes habían presentado un proyecto arquitectónico a la autoridad administrativa competente con el objeto de obtener la licencia de edificación. Cuando tuvo acceso a una copia de dicho proyecto, descubrió que venía firmado por otro concursante, pero sin coincidir con el que éste había presentado a concurso en 1993, siendo gran parte del mismo una copia de su propio diseño, por lo que interpuso demanda contra él y los Emiratos Arabes por vulnerar sus derechos de propiedad intelectual.

La Corte de Distrito desestimó la demanda por considerar que la obra de la demandante era muy distinta de la de los demandados. La Corte de Apelación estimó el recurso interpuesto por la demandante, reenviando la cuestión al anterior órgano, por entender que existían semejanzas suficientes entre las dos obras como para que un jurado, apreciando ambos diseños, juzgase que son sustancialmente similares. Además, indicó que, si se observan los dos diseños, se aprecia que el tamaño, forma y ubicación de las torres, los pretilos y las cúpulas del presentado por los demandados le dan un contorno virtualmente idéntico al de la demandante cuando se mira de frente. Por otra parte, ambos edificios consiguen la apariencia islámica exigida por la convocatoria con dicha elección y combinación de elementos arquitectónicos (42).

— *High Court of Justice. Chancery Division (sentencia de 2 de noviembre de 2001). Gareth Pearce vs Ove Arup Partnership Ltd. y otros.*

El demandante trabajó durante seis meses en Londres para uno de los demandados, por mediación de uno de sus tutores en la Escuela de Arquitectura, también empleado de la compañía. Por petición del tutor, el demandante dejó durante un fin de semana unos planos y diseños en la empresa para que otro empleado pudiera verlos. En un viaje posterior a Rotterdam, advirtió que un edificio en cuya construcción trabajaba la empresa para la que él había trabajado, era muy similar a los planos diseñados por él, por lo que interpuso la correspondiente demanda por infracción de sus derechos de autor.

En 1997 la High Court desestimó la demanda entendiendo que no había similitud entre la obra del demandante y la de los demandados.

Pero la Corte de Apelación revocó dicha sentencia por entender que no había abuso del proceso, puesto que los demandados tuvieron acceso a los planos del demandante y existían diversas semejanzas entre las obras de uno y otros que podían exceder de la mera casualidad, por lo que podía inducirse la posibilidad de copia. Además, estimó competentes a los tribunales britá-

(42) Corte de Apelación del Circuito de Colombia, 281 F.3d 1287.

nicos para este caso, al encontrarse el domicilio habitual de uno de los demandados en Inglaterra (arts. 2 y 6 del Convenio de Berna) (43).

La High Court, por tanto, volvió a conocer del asunto y falla de nuevo a favor de los demandados. Señala que no se ha probado que los demandados accedieran efectivamente a los diseños del demandante, por mucho que éste los hubiese dejado a su disposición. Analiza la obra del demandante y la de los demandados, centrándose en las cincuenta y dos pretendidas semejanzas, llegando a la conclusión de que son meramente circunstanciales y sin ninguna relevancia, consideradas tanto de forma individual como colectiva. El edificio de los demandados en su conjunto no se parece nada al que resultaría de ejecutar los planos del demandante, por lo que no existe copia (44).

5.1. Los supuestos posibles de copia de una obra arquitectónica

En la copia de obras arquitectónicas nos encontramos con cuatro posibilidades:

1. Copia de planos en forma de planos.
2. Copia de edificios en forma de edificios.
3. Copia de planos en forma de edificios.
4. Copia de edificios en forma de planos.

Desarrollaremos a continuación cada uno de los cuatro tipos:

1. Copia de planos en forma de planos

Dentro de esta categoría debemos hacer referencia a una cuestión de indudable interés, que fue tratada por la jurisprudencia americana en el famoso caso «Baker vs. Selden» (45), el cual tuvo un importante impacto en el campo de la reproducción de planos arquitectónicos.

La infracción alegada se refería a un libro que explicaba un sistema de estantería para libros. El libro del demandado contenía un sistema similar. Las partes habían logrado alcanzar idénticos resultados, pero a través de explicaciones distintas.

El Tribunal Supremo americano decidió a favor del demandado y afirmó que el derecho de autor no concede al autor derechos exclusivos sobre el arte,

(43) Corte de Apelación (sentencia de 21 de enero de 1999). *Gareth Pearce vs Ove Arup Partnership Ltd.* [1999] F.S.R. 525.

(44) *European Copyright and Design Reports*, 2002, núm. 2, pág. 137.

(45) 101 U.S. 99 (1879). Un breve estudio del caso, así como de algún otro se recoge en «*Architect's Right*». *University Law Review*, vol. 2, 1894-95, pág. 318.

idea o sistema explicado en su obra, pues protege más bien y únicamente la expresión de una idea. El tribunal señaló que el objeto de publicar el libro era comunicar el conocimiento útil que contenía y que dicho objetivo se vería frustrado si tal conocimiento no pudiera ser utilizado por terceros sin miedo a cometer una infracción. E indicó que «los métodos y diagramas tienen que ser considerados como necesarios incidentes del arte, y que por lo tanto tenían que poder ser conocidos por el público, con el fin, no de explicar el arte, sino de conseguir una aplicación práctica».

El Tribunal, de esta forma, lanzó una distinción que inició un encendido debate: la distinción entre copiar para explicar y copiar para utilizar.

La consecuencia de aplicar esta idea a las obras arquitectónicas sería la siguiente, en palabras de David SHIPLEY: «Un fin primario en la preparación de proyectos es indicar cómo debería ser construida la estructura; los proyectos tienen su significado en ser aplicados y dicho objetivo se vería frustrado si el arte que enseñan no pudiese ser utilizado sin infracción. En consecuencia, los comentaristas han argumentado que mientras la reproducción bidimensional no autorizada de planos para el fin de explicación y distribución constituye una infracción, el uso no autorizado de planos para levantar un edificio no supondría infracción porque ello daría al arquitecto derechos exclusivos sobre el arte desarrollado por sus planos con violación de los principios enunciados en Baker» (46).

Es decir, que utilizando la doctrina expresada en el caso Baker, el arquitecto no dispondría de ningún control sobre el uso de sus planos para construir un edificio.

En otro caso, «Muller vs. Triborough Bridge Authority» (47), el demandante alegó que sus planos sobre el enfoque para un puente protegido por el derecho de autor había sido ilegalmente apropiado y usado para diseñar, planear y construir el enfoque del Puente de Cross Bay Parkway. El tribunal mantuvo que el sistema de bucles, rampas, viaductos y rutas para el tráfico, que aliviaban la congestión, no era protegible, incluso si estaba explicado en sus planos protegidos. El tribunal señaló que los ingenieros del demandado había concebido su puente con independencia, basándose en otras fuentes y en su experiencia previa en el sector.

(46) «Copyright Protection for Architectural Works», *South Carolina Law Review*, vol. 37, 1985-86, pág. 408.

(47) 43 F. Supp. 298 (S.D.N.Y.) 1942.

Un caso similar fue «De Silva Construction Corporation vs. Herald», donde el tribunal de distrito estableció que «la protección extendida por el Congreso al propietario de un derecho de autor en planos de arquitectura no engloba la protección de los edificios o estructuras mismas, sino que se limita sólo a los planos», recalcando igualmente que el arquitecto no tiene un derecho exclusivo para levantar el edificio según sus planos, sólo para prohibir la reproducción no autorizada de sus planos [213 F. Supp. 184 (M.D. Fla. 1962)].

Sin embargo, aparecieron algunas sentencias que mitigaron el efecto Baker. Así, por ejemplo, en «Herman Frankel Organization vs. Tegman» (48), los demandados, deseando una casa como el modelo «Shorewood» del demandante, contrataron a un diseñador que reprodujo tal modelo según aparecía publicado en un folleto obtenido de una compañía constructora. El tribunal sentenció que los planos creados para el demandado habían sido claramente tomados del modelo del demandante. Utilizando los principios del caso Baker, el tribunal distinguió entre reproducir material protegido por el derecho de autor o el simple uso del conocimiento enseñado por dicho material, indicando su importancia, pues:

«Una persona no puede, al proteger planos, prevenir la construcción de una casa similar a la enseñada por sus planos. Uno no obtiene un monopolio sobre las ideas expresadas en el material protegido por el acto de registrarlos por el derecho de autor. Una persona debería, sin embargo, ser capaz de prevenir que otro copie los planos protegidos de una casa y construya la misma» (49).

Por tanto, el arquitecto debe tener un control tanto sobre la reproducción no autorizada de sus planos como por el uso de dichos planos para construir una obra. El derecho que tiene un constructor para copiar y utilizar diversas ideas y conceptos de diseño no justifica el uso indiscriminado de los planos de un arquitecto. Si desea utilizar una serie de ideas y conceptos, deberá crear sus propios planos, o bien pedir permiso al arquitecto para utilizar los originales suyos (50).

(48) 367 F. Supp. 1051 (E.D. Mich. 1973).

(49) En «Herman Frankel Organization vs. Wolfe» [184 U.S.P.Q. (BNA) 819 (E.D. Mich. 1974)], se alcanzó un resultado similar. Los demandados habían obtenido un folleto que contenía una copia de la planta correspondiente al modelo «Fairmont» del demandante, y lo dieron a un constructor, el cual sin permiso, obtuvo los planos del demandante. El material fue entregado a un diseñador para que crease los correspondientes planos. El tribunal concluyó que el primer juego de planos preparado por los demandados fue copiado de los planos del demandante y que su intención era utilizarlos como base en la construcción de su nueva casa. Por tanto, se protegía la copia y el uso no autorizados de los planos de un arquitecto.

(50) Así, las palabras de David SHIPLEY, refiriéndose a un ejemplo imaginario de concurso arquitectónico: «Existen muchas ideas y conceptos que todos los concursantes pueden emplear en dibujar sus propios planos para su modesta vivienda. Aunque trabajan independientemente, habrá similitudes en sus diseños que surgen del mantenimiento de ideas comunes en relación con la lógica ubicación para armarios, baños, y cocina. En orden a mantener bajos los gastos, muchos de los arquitectos pueden incorporar a sus planos y especificaciones elementos estándares, ventanas fabricadas en serie, ventanas, moldes, y otros detalles. Esta elección llevará a algunas similitudes en sus diseños. Así, muchos arquitectos independientes diseñando una atractiva y eficiente casa dentro de las pautas del concurso puede usar las mismas ideas y conceptos para completar sus proyectos, y como resultado, sus planos manifestarán varias similitudes. Sin embargo, estos

2. Copia de planos en forma de edificios

Desde el momento en que la reproducción de unos planos en otros planos se considera infracción del derecho de reproducción, con igual razón debe estimarse que la copia de unos planos mediante la edificación de una construcción supone la misma infracción. El cambio de dimensiones no debe desviarnos de la verdadera cuestión: la obra arquitectónica ha sido reproducida sin el consentimiento de su autor.

En el caso «Aitken, Hazen, Hoffman, Miller, P.C. vs. Empire Construction» (51), nos encontramos con la combinación de dos modos de reproducción: primero, de plano a plano, y luego a edificio.

Una firma de arquitectos preparó una serie de dibujos para uso de los demandados en la construcción de un complejo de apartamentos de veintidós unidades. El demandante entregó dieciocho juegos de proyectos a uno de los demandados y se quedó con los originales. Dos juegos fueron archivados en la administración de la ciudad y se extendió un permiso de construcción. Los demandados pagaron al demandante por los servicios prestados y usaron los planos para completar la construcción.

Poco tiempo después, los demandados decidieron construir un segundo complejo de apartamentos y, sin el permiso o conocimiento del demandante, copiaron los planos del primer complejo. Con dicha copia de los planos levantaron el segundo complejo, prácticamente idéntico. Cuando el demandante se enteró de lo sucedido, registró sus planos y demandó a los infractores.

El demandante alegó que los demandados habían infringido sus derechos de autor al reproducir los planos, distribuirlos y construir el segundo complejo según dicha reproducción. La decisión del tribunal fue que los planos eran protegibles, que no se trataba de una obra de encargo, que el demandante no había transmitido en momento alguno la propiedad de los derechos de autor al dar copias a los demandados, y que los planos habían sido reproducidos por los mismos. Por lo que consideró a los demandados responsables solidarios por infracción del derecho de autor.

En un segundo ejemplo de la jurisprudencia americana nos encontramos con la misma problemática.

El demandante poseía seis restaurantes de carretera, dos de los cuales tenían un mismo diseño inusual. El gerente de uno de estos dos estableci-

planos serían protegidos por el derecho de autor porque fueron preparados independientemente sin copiar» («Copyright Protection for Architectural Works», *South Carolina Law Review*, vol. 37, 1985-86, pág. 409).

En «McCoy vs. Grant», el otorgamiento de la protección del derecho de autor al arquitecto se basó en parte en la promesa efectuada por el demandado de pagar de nuevo por el uso de los planos [174 N.W. 728 (1919)].

(51) «Copyright Protection...», *op. cit.*, pág. 402.

mientos se hizo con los planos originales del diseño y los dio al demandado, quien construyó un restaurante de carretera prácticamente idéntico a una distancia de diecisiete millas al norte del que regentaba dicho gerente. El demandante obtuvo una resolución favorable del tribunal de distrito, puesto que el edificio construido por el demandado se diferenciaba ligeramente del original del demandante en algunos matices de colores, y en otros dos aspectos totalmente irrelevantes para el caso: el distinto nombre del restaurante y la distinta zona en que fue ubicado (52).

No obstante, es posible que una persona utilice unos planos directamente, sin necesidad de reproducirlos en copias, y con ellos construya un edificio. La verdad es que este tipo de reproducción de la obra arquitectónica puede resultar incluso más dañina para el arquitecto que la simple reproducción no autorizada de sus planos. Con la construcción del edificio el mercado potencial para los planos del arquitecto queda prácticamente eliminado y el derecho de autor del mismo minimizado.

Sin embargo, en la jurisprudencia americana anterior al año 1990, se consideraba por lo general que una estructura no era una «copia» de los planos y que el derecho de autor sobre los mismos no encuadraba a su vez un derecho de control sobre su uso.

Esta incertidumbre se reflejaba, por ejemplo, en el caso «Scholz Homes, Inc vs. Maddox» (53), donde el demandante había registrado los planos para un dúplex, denominados como el modelo «Southern Shore». La casa fue presentada en diversas convenciones de constructores e incluida en un folleto también registrado.

El señor Maddox, que había estado presente en una de aquellas convenciones, llevó un simple proyecto a un diseñador que preparó unos planos utilizados posteriormente para levantar una casa. Al enterarse, Scholz demandó a Maddox por infracción de sus derechos de autor. El tribunal de distrito estableció que no podía existir reclamación por infracción porque el supuesto infractor había usado planos para construir una casa y no había transmitido a terceros la manera de construirla. Además, señaló que no existían evidencias de que los planos del demandante hubieran sido utilizados para la construcción de la casa de Maddox.

(52) Caso «Allen's Prods. Co. Vs. Glover», 414 P.2d 93 (Utah, 1966). El tribunal de este caso utilizó el concepto de «mercado naturalmente en expansión», es decir, para suministrar protección al poseedor original del diseño en áreas que pronto pasarán a formar parte de su mercado a través de la natural expansión de su operación. Era evidente dicha expansión en el caso, puesto que el demandado construyó el restaurante en litigio en zonas cercanas a donde se encontraban los demás restaurantes, y existían claros indicios del comienzo de la expansión por parte del demandante [puede consultarse en «Imitation of Building Design Held Not To Be Unfair Competition», *Utah Law Review* (Cases Noted)], diciembre de 1996, pág. 726.

(53) 379 F.2d 84 (6.º Cir. 1967).

Se trata de una decisión poco afortunada, que fue rectificada posteriormente con la aparición de la ley americana de protección de las obras de arquitectura de 1990. Lo curioso del caso es que el propio tribunal, tras la decisión que hemos indicado, reconoció que, aunque los arquitectos pueden desear una protección contra un uso no autorizado de sus planos, no era seguro que el derecho de autor otorgase dicha protección. Con la nueva ley, dicha duda desaparece, al incluir la protección de la obra acabada.

Hechos similares tuvieron lugar en el caso «Imperial Homes vs. Lamont» (54).

El demandante preparó una serie de planos para una casa residencial denominada «Chateau» y construyó diversos modelos de casas presentadas al público. También preparó un folleto promocional no registrado, que contenía el plano de planta del modelo. Lo que sí había registrado eran los dibujos arquitectónicos, una parte de los cuales los constituía el mencionado plano.

Los demandados visitaron la exposición donde se encontraba el referido modelo y construyeron más tarde un duplicado de la casa protegida. La firma demandó a los infractores, pero el tribunal rechazó su demanda alegando que había renunciado a su derecho sobre los planos al haberlos incluido en un folleto no protegido por el derecho de autor.

Afortunadamente, la Corte de Apelación del 5.º Circuito enmendó el error causado por el tribunal de la primera instancia, explicando que el arquitecto en ningún momento había abandonado su derecho de autor, aunque se equivocó al afirmar que el derecho de autor no investía al arquitecto del derecho a reproducir el edificio expresado en sus planos, aunque sí el derecho exclusivo a reproducir los planos para instruir a un constructor acerca del modo en que proceder a la hora de levantar el edificio, concluyendo de la siguiente manera:

«No mantenemos que los Lamont estuviesen en todo caso restringidos por la existencia del derecho de autor de Imperial para reproducir una casa residencial sustancialmente idéntica. Todo lo que decimos es que si los dibujos arquitectónicos protegidos del creador de tales planos son imitados o transcritos en todo o en parte, existe infracción».

Es decir, la cuestión con anterioridad a la Ley de 1990 giraba en torno a que el derecho de autor sobre los planos no quedaba infringido por el hecho de construir un edificio con base en los mismos, dado que el imitador no había copiado los susodichos planos. Ese es el riesgo que se corre actualmente con la redacción de nuestra legislación vigente, al proteger solamente el derecho de reproducción de planos en planos (55).

(54) 458 F.2d 895 (5.º Cir. 1972).

(55) En este sentido, resulta interesante la afirmación de Elizabeth A. BRAINARD al respecto: «Si el arquitecto de una obra monumental obtiene la protección del derecho de

Como señala David SHIPLEY, «el uso de los planos de arquitectura para construir una vivienda es análogo al uso de los dibujos o modelo de un escultor para ejecutar una estatua completa» (56).

La conclusión que podemos extraer una vez estudiadas estas dos primeras categorías de reproducción de obras arquitectónicas es que resulta absurdo e ilógico que el derecho de autor de un arquitecto no se considere violado cuando sus planos son utilizados sin su consentimiento, mientras que la reproducción no autorizada de dichos planos para crear otro juego suponga una infracción. Ambas formas de actuar producen el mismo daño y perjuicio al arquitecto, tanto en sus derechos de explotación como en sus irrenunciables derechos morales (57).

Es decir, tanto si se hacen fotocopias de unos planos originales, como si se utilizan directamente para levantar un edificio, se comete una infracción del derecho de autor. Por tanto, la distinción que hemos comentado acerca de la reproducción para enseñar o para utilizar se encuentra completamente vacía y fuera de todo lugar. Y ello porque el derecho de autor no distingue distintos tipos de gradación en la infracción que se cometa. La Ley prohíbe expresamente la reproducción no autorizada por el autor sin establecer ninguna cualificación al respecto.

Y no digamos si los planos son obtenidos fraudulentamente sin la autorización del autor ante la negativa de éste a venderlos. Es lo que sucedió en el caso «Wallace vs. Helm», donde los demandados obtuvieron los planos de la forma mencionada, construyendo una casa idéntica a la del demandante, y declarando el tribunal la infracción de los derechos de autor del arquitecto creador de los planos (58).

El argumento de que levantar un edificio, partiendo del uso de unos planos protegidos no es infracción, porque la estructura no es «copia» o «reproducción» de los planos, no resiste ningún tipo de análisis, dado que cualquier legislación de derecho de autor prohíbe la reproducción de una obra en cualquier medio o dimensión, lo que resulta del todo lógico, pues opinar lo

autor, otro arquitecto que desarrolle un diseño sustancialmente similar sin conocimiento del trabajo anterior no infringe el derecho de autor. En contraste, si el primer arquitecto adquiere una patente de diseño, el segundo diseñador infringirá tal patente incluso si el segundo diseñador no conoce de hecho nada acerca de la obra anterior» («Innovation and Imitation: Artistic Advance and the Legal Protection of Architectural Works», *Cornell Law Review*, vol. 70, 1984-85, pág. 87).

(56) «Copyright Protection...», *op. cit.*, pág. 402.

(57) En este sentido, tenemos el caso «Apple Computer, Inc vs. Franklin Computer Corp.» [714 F.2d 1240, 1251-53 (3.º Cir. 1983)].

(58) 161 USPQ 121 (L.A. Sup. Ct. 1969). En cambio en «Oakes vs. Suelyn Corporation», no se consideró copia el uso de planos arquitectónicos por el demandado, quien los había obtenido en un procedimiento de quiebra [100 Cal. Rptr. 838 (Ct. App. 1.º Div. 1972)].

contrario deja abierto un resquicio a la infracción tan evidente que anula prácticamente el principio general que protege al autor.

La idea del levantamiento de un edificio basándose en unos planos ajenos protegidos por el derecho de autor y su no consideración como infracción, tuvo su ejemplo más importante en el caso «Demetriades vs. Kaufmann», que aparece como uno de los más famosos en la jurisprudencia americana, en relación con este tema, y que no quiero dejar pasar la ocasión de mencionar, a pesar de que la resolución del tribunal se encuentra ya superada (59).

En este caso, los demandados habían realizado una construcción parcial de la estructura de un edificio, basada en unos planos copiados ilegalmente, cuando llegó la demanda correspondiente del propietario de los planos.

El tribunal consideró la existencia de la infracción de derecho de autor por la copia de los planos protegidos, pero no así en relación con el edificio empezado a construir, sentenciando que «la construcción de un edificio imitando el diseñado en planos arquitectónicos protegidos por el derecho de autor no constituye infracción de dichos planos. Aunque los sujetos no son libres de hacer copias no autorizadas de planos arquitectónicos protegidos, quedan libres para duplicar casas diseñadas en esos planos».

La implicación del caso Demetriades es que el edificio no protegido por el derecho de autor de los demandados no resultaba en sí mismo una copia ilegítima, incluso habiéndolo obtenido de unos planos que sí gozaban de la protección del derecho de autor. En definitiva, y con todo lo que llevamos dicho, afortunadamente esta orientación se encuentra superada, pues la propia construcción de la idea resulta completamente absurda. Ejemplos como éste refuerzan la idea de la protección frente a las diferentes posibilidades de copia que estamos analizando sobre la obra arquitectónica.

3. Copia de edificios en forma de planos

Se trata de un supuesto menos frecuente en la práctica, aunque posible. En todo caso, supone una clara infracción de los derechos de autor del arquitecto.

Acaso disponemos de «Masterson vs. McCroskie», ya mencionado anteriormente, donde el tribunal declaró que dibujar planos a partir de la simple observación de una casa no constituía infracción. Resolución errónea en base a todo lo que llevamos explicado sobre la reproducción de las obras arquitectónicas.

(59) 690 F. Supp. 658 (S.D.N.Y. 1988).

4. Copia de edificios en forma de edificios

El acceso a un edificio para observar e inspeccionar la distribución de las plantas y la configuración de los diversos elementos de diseño puede resultar mucho más fácil que poder tener acceso a los mismos planos.

Como señala con acierto Vincent PALUZZI, «un constructor que construye un edificio que es idéntico o sustancialmente similar a otro edificio para el que el diseño se encuentra protegido por el derecho de autor, incluso si no está basado en ningún plano o dibujo ilegalmente copiado, puede violar la Ley de Obras de Arquitectura» (60).

La ilegalidad de copiar un edificio basándose en la estructura de uno ya construido es una consecuencia lógica de admitir la protección de la obra arquitectónica acabada, aspecto que, como ya sabemos, no quiso incluir expresamente nuestro legislador, pero que tiene perfecta acogida en el elenco ejemplificativo de nuestro artículo 10 LPI.

Podemos citar el caso «Weinstock, Lubin & Co. Vs. Marks», de 1895, donde el demandante poseía una almacén de accesorios de mecánica, cuya fachada tenía una «peculiar arquitectura, conteniendo arcos y bóvedas, de lo que no había nada similar en toda la ciudad de Sacramento». El demandado construyó posteriormente un edificio adyacente al primero con su misma apariencia exterior. Se le permitió al demandado la construcción del edificio, siempre y cuando quedara claramente indicado al público que su almacén nada tenía que ver con el del demandante, siendo negocios distintos (61).

De no haber actuado de esa manera, la construcción del segundo edificio supondría claramente una infracción del derecho de autor del demandante.

5.2. Remedios contra la reproducción no autorizada

Si se trata de una reproducción en cualquiera de las categorías señaladas de copia, nos encontramos con las posibles soluciones siguientes:

1. La obra bidimensional está acabada

En este caso, siguiendo nuestra legislación, el artículo 139 de nuestra LPI permite al perjudicado solicitar el cese de la actividad ilícita. Del elenco de posibilidades ofrecida por el citado artículo, podríamos llevar a cabo las siguientes aplicaciones a la obra arquitectónica bidimensional:

(60) «If You Build It, They May Sue!», *Construction Law Update*, diciembre de 1999. www.sternslaw.com.

(61) 42 P. 142 (1895).

- Suspensión de la explotación infractora.
- La prohibición al infractor de reanudarla.
- La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, en caso de que existan múltiples reproducciones ilícitas de planos.

Siguiendo el apartado 2 del citado artículo, el infractor podrá solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares o copias de planos, así como del material, cuando sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita:

- La inutilización de los medios usados para reproducir la obra bidimensional.
- La remoción o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

2. La obra tridimensional está acabada

El demandante podría conseguir la destrucción del edificio construido, aunque resulta difícil pensar que algún tribunal español opte por semejante solución. La destrucción sería utilizable en caso de que no diese lugar a importantes gastos, pero resulta difícil pensar en que el juez ordene la destrucción de una casa completamente construida (62).

Otra solución sería la de introducir una serie de modificaciones a medida que la ejecución de la obra avanza, obteniendo un resultado poco o nada similar a la obra reproducida sin autorización.

En todo caso, tanto la destrucción como la modificación de la obra serán utilizados en tanto en cuanto no supongan un importante gasto económico.

Por otra parte, los daños y perjuicios podrían abarcar los costes del arquitecto, los beneficios obtenidos por terceros al reproducir la obra original, así como los gastos de abogado y procurador ocasionados por la demanda interpuesta contra el infractor de sus derechos de autor.

En los dos supuestos señalados, basándonos en el artículo 140 LPI, solicitar además una indemnización, optando entre el beneficio que hubiere

(62) Según ESPINAL HERNÁNDEZ, «facultada para tal medida, entendemos que, del mismo modo en que un Ayuntamiento o la Secretaría de Estado de Obras Públicas ordena la suspensión de una obra en ejecución por no estar provista de la correspondiente autorización o licencia, no ajustarse al proyecto aprobado o cualquier otra de las causas contempladas en las leyes sobre la materia, la Ofical Nacional de Derecho de Autor puede ordenar la suspensión o el cese inmediato de una construcción que reproduzca un diseño arquitectónico sin consentimiento de su titular, una vez la ilicitud haya sido comprobada» (*Planos arquitectónicos y derecho de autor*, en www.listindiario.com.do). Se trata de las medidas aplicables en Derecho dominicano.

obtenido presumiblemente de no mediar la actividad ilícita, o bien la remuneración que hubiera obtenido de no mediar la explotación incontestada por un tercero.

También cabría la indemnización por los daños morales, aún no probándose un efectivo perjuicio económico. Para la valoración del mismo debe atenderse a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

La acción para reclamar los daños y perjuicios prescribe a los cinco años desde que el autor perjudicado pudiese ejercitarla. Entiendo que en todo caso debe referirse al momento en que el autor tiene efectivo conocimiento de la existencia de la actividad infractora, y no cuando se lleva a cabo por el infractor, pues el comienzo de la actividad ilícita puede ser completamente desconocido por el autor hasta pasado un determinado tiempo.

3. *Obras bidimensionales y tridimensionales en marcha*

En este supuesto se podrían pedir, en primer lugar, una serie de medidas cautelares con el objeto de impedir que la elaboración de los planos o la construcción del edificio siga adelante.

En cuanto a los planos, sería posible decidir su destrucción o devolución a manos del autor. En cuanto al edificio en construcción, deberían seguirse los parámetros indicados anteriormente en cuanto a las condiciones en que deberían efectuarse o la modificación o destrucción de tal obra.

Vincent PALUZZI nos acerca una posible solución al tema: «Un constructor que viola la Ley de Obras de Arquitectura puede ser responsable ante el propietario de los derechos de autor por daños actuales, que pueden ser medidos por el justo valor de mercado de los planos y dibujos infringidos, así como los beneficios recibidos como resultado de la infracción. Cuando el proyecto infringido es un gran edificio comercial, o el desarrollo de una multiunidad residencial, tales daños, basados en los beneficios, podrían ser financieramente devastadores» (63).

(63) Idea recogida en «If You Build...», *op. cit.* El autor se basa en el parágrafo 505 del Código Americano de Propiedad Intelectual, el cual señala que «en cualquier acción civil bajo este título, el tribunal discrecionalmente puede permitir la recuperación de los costes totales por o contra cualquier parte, además de los Estados Unidos o un oficial suyo. Con excepción de lo previsto además por este título, el tribunal puede también conceder unos derechos de abogado a la parte predominante como parte de sus costes».

IV. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA

El apartado 3.m) del artículo 5 de la Directiva 2001/29 permite a los Estados miembros limitar el derecho de reproducción:

«Cuando se use una obra de arte en forma de edificio o dibujo o plano de un edificio con la intención de reconstruir dicho edificio».

Se trata de una excepción verdaderamente nueva en nuestro Derecho, y más en el caso de la obra arquitectónica, dado el escaso tratamiento de la misma por parte de nuestro legislador.

Observando la redacción del precepto parece evidente que se está refiriendo exclusivamente a las obras arquitectónicas ya construidas o que se encuentren diseñadas sobre plano o dibujo, según el uso que conforme el contenido de la reconstrucción.

Nuestra vigente Ley de Propiedad Intelectual no recoge esta excepción y parece bastante improbable que pueda hacerlo en el futuro, teniendo en cuenta que la lista ejemplificativa del artículo 10 LPI no recoge a las obras arquitectónicas construidas. Una entrada de la obra arquitectónica en la protección del derecho de autor por la puerta de atrás no parece la voluntad del legislador, ni tampoco lo más deseable para los que propugnamos dicha protección.

Resulta obvio señalar que en la mencionada reconstrucción habrá de tenerse en cuenta la legislación pertinente cuando se trate de un edificio o monumento protegido como bien de interés cultural y, como tal, incluido dentro del listado de bienes del Patrimonio Histórico Nacional (64).

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en el presente artículo debemos extraer las siguientes conclusiones:

- La obra arquitectónica construida se encuentra incluida dentro del elenco de obras protegibles establecido en el artículo 10 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, al ser una mera lista ejemplificativa.

(64) Al respecto, como señala el artículo 39 de la vigente Ley de Patrimonio Histórico del Estado, deben respetarse las aportaciones de todas las épocas en las restauraciones. ANGUITA VILLANUEVA recuerda que «las aportaciones de cada momento histórico nos ayudan a conocer la vida de los bienes, permitiendo un estudio científico más completo de los mismos, con todos los elementos de información posibles, con el objetivo de conseguir el correcto acceso de todos a la cultura» (en su interesante libro *El derecho de propiedad privada en los bienes de interés cultural*, ed. Dykinson, Madrid, 2006, 2.ª ed., pág. 117).

- La obra arquitectónica puede ser protegida como categoría propia de obra, e incluso a través de su consideración como obra plástica en numerosas ocasiones.
- No existe publicación de la obra arquitectónica construida cuando la misma es presentada ante las autoridades municipales correspondientes o se entrega a los constructores, subcontratistas o clientes.
- Tampoco constituye publicación el levantamiento del edificio.
- Cualquier forma de copia ilegítima de los planos o el edificio en las cuatro variantes que hemos contemplado supone una infracción de los derechos de autor del arquitecto, por cuanto la reproducción en diferentes dimensiones no elimina la ilicitud de la acción.

Sería deseable que en el futuro se reconociese la protección de la obra arquitectónica construida, no sólo en la propia legislación, sino también por nuestra jurisprudencia.

RESUMEN

PROPIEDAD INTELECTUAL

Análisis de la situación legal actual de la Obra Arquitectónica edificada en relación con su protección por la legislación española de Derecho de Autor. Incluye un detallado estudio de la doctrina y jurisprudencia de diversas legislaciones de Propiedad Intelectual, especialmente la americana, sobre su concepto, tipos y estructuras, similitudes con la obra plástica, motivos para su protección legal y problemas derivados de la publicación y copia de planos y edificios. Con propuestas para una futura protección en la Ley española.

ABSTRACT

INTELLECTUAL PROPERTY

Architectural Work regarding its protection by the Spanish Copyright. Including a detailed study of Doctrine and Case-law from different Intellectual Property legislations, specially the American one, on its concept, types of structures, similarities with the plastic work, grounds for its legal protection and the problems derived from the publication and copy of plans and buildings. Proposals for a future protection in the Spanish law.

(Trabajo recibido el 24-11-06 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

DICTÁMENES Y NOTAS

Funcionamiento de los despachos de abogados

por

GLORIA ORTEGA REINOSO
Profesora de la Universidad de Granada

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA GESTIÓN SOCIAL:
 - 2.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL:
 - 2.1.1. *Formación de la voluntad social.*
 - 2.1.2. *Administración y representación:*
 - 2.1.2.1. Vincular la condición de administrador a la de socio profesional.
 - 2.1.2.2. Restringir el ámbito de la administración social.
 - 2.1.2.3. Delimitar la actividad administrativa frente a la profesional.
 - 2.1.2.4. Reservar la mayoría de administradores a socios profesionales.
 - 2.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE.
3. LA PARTICIPACIÓN EN LOS RESULTADOS SOCIALES:
 - 3.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL:
 - 3.1.1. *Régimen legal de participación.*
 - 3.1.2. *Regulación estatutaria de la participación:*
 - 3.1.2.1. Fórmulas de reparto.
 - 3.1.2.2. Criterios para valorar la actividad profesional.
 - 3.1.2.3. Límites a la autonomía de la voluntad de los socios.
 - 3.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE.

4. OTROS ASPECTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS:
 - 4.1. SUSTITUCIÓN Y VENIA INTERNA.
 - 4.2. CONFLICTOS INTERNOS.
 - 4.3. SECRETO PROFESIONAL.
 - 4.4. INEXISTENCIA DE INTERESES CONTRARIOS.

1. INTRODUCCIÓN

El vigente Estatuto General de la Abogacía Española (1) regula en su Sección 4.^a, dentro del Capítulo II, del Título II, «*De los abogados*», el «*Ejercicio individual, colectivo y multiprofesional*» de la Abogacía. Al «*ejercicio colectivo*» de la Abogacía dedica su artículo 28, cuyo primer apartado señala que «*Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente, mediante su agrupación bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles*». Pese a que no diferencia de forma suficientemente clara entre ejercicio en grupo, colectivo y societario, no cabe duda que se está refiriendo al ejercicio colectivo de la Abogacía por una sociedad profesional (2) externa (3) de abogados que ha llamado despacho colectivo, que por tanto se configura como una sociedad (aunque no utiliza este término) personificada, que puede adoptar cualesquiera formas sociales de las admitidas en Derecho, aunque con algunas

(1) Aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que entró en vigor el 11 de julio de 2001 (EGAE en adelante).

(2) El artículo 1.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia en 1999 (PALSP en adelante), dice que: «Las sociedades profesionales son sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales. A los efectos de la presente Ley, se entiende por actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria e inscripción en el correspondiente Colegio profesional».

(3) Cuando unos profesionales liberales se agrupan para ejercer su profesión en común constituyen una sociedad profesional, siendo indiferente para su concepción frente al cliente sea la sociedad la que aparezca como el profesional, en el sentido de que goce de personalidad jurídica (sociedad externa), o que, por el contrario, no se manifieste frente a terceros, actuando cada profesional frente al cliente de forma aislada, pero cooperando recíprocamente en el interior de la sociedad en el ejercicio profesional, es decir, sin personalidad jurídica (sociedad interna). Pese a dejar constancia de que hay autores que consideran que la sociedad profesional es siempre externa —MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1994, pág. 40—, y otros que han entendido justo lo contrario —TENA PIAZUELO, I., «Las sociedades de profesionales en Derecho comparado», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 179—, aquí se opta por admitir su doble configuración, aunque se considera a la externa como sociedad profesional en sentido estricto.

excepciones que se derivan de la regulación establecida por el EGAE, como veremos (4).

Junto a los despachos colectivos, el EGAE ha declarado, en su artículo 29, que «*Los abogados podrán asociarse en régimen de colaboración multiprofesional con otros profesionales liberales no incompatibles*». Pese a la terminología utilizada, se está refiriendo a una sociedad multiprofesional externa, ya que, como dice su apartado 1.a), es la «*agrupación*» la que tiene «*por objeto la prestación de servicios conjuntos determinados, incluyendo servicios jurídicos específicos*». Por lo que también el despacho multiprofesional se configura como una sociedad personificada, y, más en concreto, como una modalidad de sociedad profesional externa, por lo que la multiprofesionalidad ha de circunscribirse a profesiones que sean liberales (5).

Despachos, colectivos y multiprofesionales, que tienen su origen en un contrato de sociedad, el cual presenta algunas peculiaridades que han de examinarse desde la perspectiva conjunta del Derecho de sociedades y del estatuto jurídico de la profesión de abogado.

La condición de socio de cualquier sociedad, también de la profesional, se define por una serie de derechos y obligaciones. Entre los de contenido patrimonial se enumeran, como fundamentales: 1) La obligación de aportación; 2) El derecho a participar en los resultados sociales; y 3) El derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación. Fuera quedan otros relacionados con el funcionamiento de la sociedad, como el derecho de asistencia, de voto, de información, de impugnación de acuerdos sociales, etc.

En este momento nos interesa la gestión de los despachos de abogados y el derecho del socio a participar en los resultados sociales. Cuestiones que a continuación se analizan en la sociedad profesional en sentido estricto como concepto (6), para posteriormente comprobar la regulación dispuesta para los des-

(4) De forma más correcta, el Código de la Abogacía Catalana (CAC en adelante), aprobado el 1 de marzo de 2001 por el Consejo de los Ilustres Colegios de Abogados de Cataluña, establece en su artículo 59, dentro del Capítulo X, dedicado al «*Ejercicio individual y colectivo de la abogacía*», que «*Los abogados podrán ejercer la abogacía de forma individual..., o de forma colectiva, mediante la constitución de sociedades profesionales de abogados*».

(5) También de forma más correcta, el CAC establece en su artículo 61 que: «*Las sociedades profesionales de abogados son aquellas que tienen por objeto social el ejercicio de la abogacía, bien exclusivamente, bien juntamente con el ejercicio de otra profesión*», si bien, y a diferencia del artículo 29 EGAE, no indica que la multiprofesionalidad haya de referirse a profesiones que sean liberales.

(6) Sobre las sociedades profesionales, vid., entre nosotros, DE BÁRBARA LLAURADÓ, R., «*Delimitación del objeto en las sociedades profesionales*», en *RHP*, núm. 15, 1972, págs. 89-96; PERULES BASSAS, «*La constitución de sociedades profesionales y la fiscalidad*», en *HPE*, núm. 15, 1972, pág. 73 y sigs.; CAPILLA RONCERO, F., «*Comentario a los artículos 1.665 al 1.708 del Código Civil*», en M. ALBALADEJO (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. XVI, Madrid, 1986, págs. 153-176; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral*.

pachos colectivos por el vigente EGAE, cuyas conclusiones son trasladables a los despachos multiprofesionales con tal de sustituir el término abogado por el de profesional perteneciente a una profesión liberal complementaria y no incompatible con la Abogacía, y para las sociedades profesionales de abogados por el CAC. Y también se repararán otros aspectos contenidos en ese Estatuto en relación con el funcionamiento de los despachos de abogados (7).

Crítica general sobre su ámbito institucional, Madrid, 1990, págs. 138-154; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Comentario de los artículos 1.665-1.708», en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ & SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, vol. II, Madrid, 1991, pág. 1352 y sigs.; «Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)», en *RCDI*, núm. 653, 1999, pág. 1257 y sigs., y «Las agrupaciones de interés económico y las sociedades profesionales», en R. URÍA & A. MENÉNDEZ (coords.), *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, págs. 748-762; ALBIEZ, «Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales», en *Estudio en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1992, págs. 11-37; MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «Las sociedades profesionales», en *ASN*, T. VII, 1993, págs. 340-419; OLARTE, «Algunas reflexiones sobre la inscripción registral de sociedades mercantiles de profesionales liberales. A propósito de la Resolución de 23-4-1993 de la DGRN», en *AD*, núm. 43, pág. 1 y sigs.; VICENT CHULIÁ, F., «Nota a la Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993», en *RGD*, 1993, págs. 11972-11976; AA.VV., *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, cit.; DELGADO GONZÁLEZ, A. J., «Las sociedades profesionales», en *ASN*, VIII, págs. 351-384, y *Las sociedades profesionales: (el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios)*, Madrid, 1996; GARRIDO DE PALMA, V. M., «La sociedad de responsabilidad limitada familiar y de profesionales», en GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, vol. I, Madrid, 1996, págs. 29-109; ALBIEZ & GARCÍA PÉREZ, R., «Nuevamente sobre la inscripción de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil (acerca de la RDGRN de 26 de junio de 1996)», en *RDPC*, núm. 8, 1996, págs. 211-235; RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J. M., «Formas asociativas entre profesionales», en *Comunidad de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, 1996; GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1997; GALLEGO MORALES, A. J., *Los profesionales y las fórmulas organizativas*, Granada, 1997; CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Madrid, 2000; «Sociedad civil de actividades entre profesionales. A propósito de una proposición de ley», en *RdS*, núm. 15, 2000, págs. 173-184, y «Modelo de cláusulas estatutarias en una sociedad de responsabilidad limitada profesional», en *RdS*, núm. 20, 2004, págs. 145-154; GARCÍA MÁZ, F. J., «Problemas y soluciones de las sociedades profesionales de cara a una futura ley», en *RCDI*, núm. 669, 2002, págs. 9-51; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., «Breves reflexiones sobre las llamadas sociedades de profesionales», en *Libro homenaje a Sánchez Calero*, vol. I, Madrid, 2002, págs. 4507-4527; VÁZQUEZ ALBERT, D., «¿Sociedades profesionales controladas por no profesionales?», en *La Ley*, D-95, 2002, págs. 1772-1773, y «Las sociedades profesionales: una realidad pendiente de regulación», en *BFD-UNED*, núm. 23, 2003; ORTEGA REINOSO, «Sociedades profesionales», en *RJN*, núm. 54, 2005, págs. 117-162.

(7) Sobre los despachos de abogados, vid., entre nosotros, ORTEGA REINOSO, «Despachos de abogados», en *RdS*, núm. 23, 2004, págs. 163-189; VÁZQUEZ ALBERT, «Les societats professionals d'advocats: les preguntes més freqüents (I) y (II)», en *Món Jurídic*, núm. 175, 2002, págs. 15-17, y núm. 16, 2003, págs. 13-15, respectivamente; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La sociedad de abogados *stricto sensu* en el Estatuto General de la Abogacía», en *La Ley*, D-250, 2002, págs. 1829-1842; TRIGO GARCÍA, B., «¿Regulación del ejercicio societario de la abogacía mediante normas reglamentarias? El Real Decreto 658/

2. LA GESTIÓN SOCIAL

2.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL

Cuando una sociedad tiene personalidad jurídica, del contrato de sociedad en el que tiene su origen surge una organización como mecanismo técnico-jurídico de articulación de la pluralidad de intereses concurrentes, que a través de determinados sujetos, denominados órganos de la sociedad (8), ha de realizar las actividades necesarias para el desenvolvimiento del objeto social y conseguir así el fin común. Se habla entonces de gestión social o administración en sentido amplio, como actividad normativa del contrato social (que incluye las decisiones ocasionales acerca de la configuración jurídica de la sociedad: fundación, modificación, transformación, fusión, disolución...) y de determinación del programa general de actividad de la sociedad, que corresponde a los socios, a los que se les reconoce el derecho a participar en la adopción de las decisiones rectoras de la vida de la sociedad o, lo que es igual, el derecho a codecidir o coparticipar, que, por tanto, deriva del concepto de sociedad, se integra en la condición de socio, y se concreta en el reconocimiento del derecho de voto, lo que no obsta que la gestión cotidiana de la sociedad se encomiende a determinados sujetos (socios o terceros), que por ello adquieren la condición de administradores. En un sentido estricto cabe distinguir entre administración propiamente dicha y representación (9).

2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española», en *La Ley*, núm. 5527, 2002, págs. 1844-1850; LECIÑENA IBARRA, A., «Competencia estatutaria en la regulación de los despachos colectivos: el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía», en *AC*, núm. 26, 2002, págs. 855-879; DICTAMEN Y ASESORÍA, S. A., «Despachos colectivos y responsabilidad compartida», en *RJC*, núm. 1, 1994, pág. 255 y sigs., y «Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados», en *Revista de Trabajo*, 1988, pág. 177 y sigs.; DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., «Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 313-357; ALBIEZ, JAIMEZ TRASIERRA, M. C. & OLARTE ENCABO, S., *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada, 1992; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «Organización de despachos de abogados», en *Justicia*, 92, núm. 2, 1992, págs. 279-297; DE ZULUETA, «Abogados de empresa y bufetes colectivos. Reflexiones sobre la Abogacía y abogados de J. M. Martínez Val», en *La Ley*, núm. 2, 1982; DE CASTRO, *La abogacía en el momento presente: el nuevo EGA*, Valladolid, 1982; ZARAGOZA, A., «Los despachos colectivos y la empresa legal como modos de ejercer la abogacía», en *Sociología y Psicología Jurídica*, núm. 2, 1975, págs. 67 y sigs.; CUÉLLAR GRÁCERA, A., *Asociaciones y sociedades profesionales e interprofesionales de Abogados*, Badajoz, 1967.

(8) DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1979, pág. 70, afirma que la persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando; sobre el concepto de órgano social, vid., GIRÓN, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, págs. 303-306.

(9) Son conceptos jurídicos distintos que se diferencian entre sí por su ámbito (la administración se refiere al aspecto interno de la sociedad —relaciones jurídicas entre los

Las sociedades profesionales también cuentan con una organización social, que, no obstante, presenta algunas especialidades derivadas de su objeto social, que impone, como punto de partida, que dicha organización no puede cercenar los principios caracterizadores del ejercicio profesional y, en concreto, la libertad y la independencia con las que los socios profesionales (de cualquier profesión) han de desarrollar su actividad profesional en la sociedad, ni los específicos de cada profesión, como es el secreto profesional en el caso de la Abogacía. La confluencia de los intereses individuales de los socios con el interés común a todos en sociedad, que en cualquier sociedad se resuelve procurando el mayor respeto posible para todos los que se encuentran en juego, pero imponiendo, en última instancia, el respeto a los intereses sociales, libremente asumidos por los socios, mediante lo que se ha dado en llamar la subordinación del interés particular del socio al interés social (10), puede llevar a una solución distinta en una sociedad profesional, en la que el interés social no puede restringir esos intereses individuales puramente profesionales.

Ni el programa general de actividad de la sociedad diseñado por los socios, ni las decisiones que adopte el órgano de administración pueden condicionar el ejercicio profesional en su aspecto externo (obligando a un socio profesional a ejecutar un asunto en contra de su voluntad, por ejemplo) ni en el interno (obligando a un socio profesional a seguir determinados criterios de actuación profesional, por ejemplo), a diferencia de lo que ocurre en otros sectores de la actividad de servicios. Restricciones que, además, pueden ser especialmente relevantes si el control de la sociedad o de su administración reside en socios que no están habilitados para el ejercicio de la profesión que constituya su objeto social o que estándolo no ejerzan en ella, esto es, en socios meramente capitalistas cuando esto esté permitido (dando lugar entonces a las denominadas sociedades profesionales mixtas), o en terceros ajenos a la sociedad el de la administración (11).

socios o entre éstos y la sociedad—, y la representación al externo —relaciones jurídicas entre la sociedad y los terceros—), por su contenido (la administración es una facultad elástica, limitable, regulada por normas dispositivas, mientras que la representación tiene un alcance típico, rígido, no susceptible de limitaciones, y regulada por normas imperativas), y porque la administración es una cuestión de deber, mientras que la representación lo es de poder, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., «Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles», en *RDM*, 1962, págs. 6 y 47 y sigs.; GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., págs. 300 y 432; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, págs. 355-359; CAPILLA, *Comentario...*, cit., págs. 437-439; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1448-1449, 1459.

(10) CAPILLA, *Comentario...*, págs. 281-281.

(11) CHAMPAUD, C., «Sociétés et autres groupements», en *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1990, pág. 397; FERRI, G., «La società di professionisti (problemi e prospettive)», en *Riv. Giur. Lav.*, núm. I, 1969, pág. 1354.

Analicemos, por tanto, la participación del socio en la formación de la voluntad social y en la administración de una sociedad profesional.

2.1.1. Formación de la voluntad social

El derecho del socio de una sociedad profesional a participar en la formación de la voluntad social, que se concreta en su derecho de voto, depende del tipo social que aquélla haya elegido:

1. Si es uno capitalista, el derecho de voto se ejercita en el seno de un órgano colegiado, la Junta General (arts. 48.2.c LSA y 43 LSRL). Se trata de un voto proporcional, pues el derecho de voto de cada socio se establece en proporción al capital detentado, es decir, al valor nominal de las acciones en la SA (art. 50.2 LSA) y al número de participaciones sociales con independencia del valor nominal, salvo disposición contraria en los estatutos que permitan articular privilegios en materia de voto, en la SRL (arts. 53.4 LSRL y 184 RRM). Y el principio que rige para la adopción de los acuerdos sociales es el de mayoría de votos (arts. 93.1 LSA y 53 LSRL) (12).

2. Si es uno personalista, hay que partir de que no está previsto un órgano colegiado en el que ejercitar el derecho de voto; la formación de la voluntad social corresponde a la propia colectividad de socios. Y pese a que tampoco está regulado se considera que, en defecto de régimen contractual distinto, el voto se atribuye de forma igual a todos los socios con independencia de su aportación (voto por cabezas) y que los acuerdos se adoptan por unanimidad. Y esto, por entender que es el sistema más acorde con el carácter personal, basado en las relaciones de confianza entre los socios, de estos tipos sociales, y porque el voto proporcional exige determinar el valor de las aportaciones de los socios, lo que no es un requisito en los tipos personalistas, en los que, a diferencia de los capitalistas, no hay que fijar la cifra representativa del capital social, dado que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (a salvo los comanditarios) es personal e ilimitada. Valoración que, además, habría que hacer en varios momentos, ya que en estos tipos la aportación, que puede tener el más variado contenido, no tiene que coincidir con el momento de constitución de la sociedad, admitiéndose aportaciones sucesivas (13).

(12) GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 277, indica que en «la organización despersonalizada la condición de miembro se hace transmisible para que la entidad no esté ligada a las vicisitudes de sus socios; la organización se hace en forma abstracta, de manera que se configuran normativamente órganos dispuestos para ser ocupados por personas cambiantes, y, en plano superior, el conjunto de los miembros se resuelve como cuerpo bajo régimen de mayoría en Junta General».

(13) VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., *El socio industrial*, Madrid, 1972, pág. 30; GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., págs. 440 y 216; DE LA CÁMARA, *Estudios de Derecho Mercantil*,

La desconexión entre la organización social y la condición de socio en los tipos capitalistas se utilizó en su momento para cuestionar la viabilidad de estos tipos para formalizar una sociedad profesional, dada la poca garantía que ofrecen en cuanto a asegurar que los socios profesionales van a desarrollar su actividad profesional en la sociedad bajo los principios que le son propios. Sin embargo, la mayoría de las normativas que han regulado la sociedad profesional, dentro y fuera de España, han terminado por admitirlos, aunque introduciendo una serie de adaptaciones, sobre todo en el ámbito de las relaciones internas.

Y es que, la configuración de la sociedad profesional como sociedad de trabajo, y por tanto más cercana a los tipos personalistas, parece aconsejar la aplicación del sistema que rige en éstos para la atribución del derecho de voto y para el cómputo de votos en orden a adoptar los acuerdos sociales (voto igualitario y acuerdos por unanimidad), pero sin que haya motivos para prohibir el sistema de los capitalistas siempre que se garantice que la participación de los socios profesionales (14) en la formación de la voluntad social va a ser lo suficientemente amplia como para asegurar que no van a quedar afectados los principios de la profesión liberal, lo que, en primer lugar, va a depender de la composición subjetiva de la sociedad profesional.

Efectivamente, la tensión entre el interés de la sociedad y el del socio profesional desaparece si todos los socios son profesionales de la misma y única profesión que constituya el objeto social que además ejercen en su seno (sociedades uniprofesionales puras), pues cabe presumir que persiguen iguales intereses, y desde luego están sujetos a las mismas normas deontológicas. Parecido ocurre si todos los socios son profesionales ejercientes en la sociedad de las diferentes profesiones liberales que constituyan el objeto social (sociedades multiprofesionales puras). Pero todo lo contrario si junto a los socios profesionales (de una o varias profesiones) hay socios meramente capitalistas, guiados únicamente por la idea de negocio y máximo beneficio (o se corre el riesgo de que así sea) y no sometidos a código deontológico alguno, por lo que, de ser éstos los que ostenten el control de la sociedad difícilmente habrá ejercicio de la profesión liberal, que sólo queda asegurado si las decisiones de la sociedad en todo, o, al menos, en lo relativo a la actividad profesional, corresponden a los socios profesionales (15).

vol. I, Madrid, 1977, pág. 320; CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 377; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1459; VICENT, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, vol. I, Barcelona, 1991, pág. 348.

(14) Por «socio profesional» se entiende el socio que estando cualificado para ejercer la profesión que constituya el objeto social de la sociedad profesional en cuestión (o alguna de las profesiones si el objeto es multiprofesional) efectivamente la ejerce en su seno.

(15) CAPILLA, *Sociedades de profesionales...*, cit., pág. 250; PAZ-ARES, *Las agrupaciones...*, cit., pág. 758, indica que «la mayoría del capital y de los derechos de voto de

Ese control de las decisiones sociales por los socios profesionales a través de las correspondientes mayorías, de capital social y de los derechos de voto, cuando en la sociedad existen socios capitalistas se viene considerando una exigencia de la sociedad profesional mixta cualquiera que sea el tipo social adoptado. Y a veces se exige, además, que los profesionales ejercientes conformen también la mayoría de los socios. A esta doble exigencia responde el artículo 10.1 LAC (16) cuando dispone que: «*Podrán constituirse Sociedades de auditoría de cuentas, siempre que éstas cumplan los siguientes requisitos: ...Que, como mínimo, la mayoría de sus socios sean auditores de cuentas, y, a la vez, les corresponda la mayoría de capital social y de los derechos de voto...*». Sin embargo, la PALSP no exige la segunda de tales mayorías, aunque sí la primera. Dice su artículo 3.1 que: «La mayoría del capital y de los derechos de voto de las sociedades profesionales habrán de pertenecer a personas habilitadas para el ejercicio de la profesión».

Además, el artículo 17 PALSP establece la regla de la unanimidad para determinados acuerdos, cualquiera que sea el tipo social adoptado por la sociedad profesional. Así, «La introducción, alteración o supresión de cláusulas del contrato social que tengan por objeto la regulación de las causas de separación y exclusión, el cálculo de la cuota de liquidación y el sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas del contrato de sociedad, requerirán el acuerdo de todos los socios. El resto de las modificaciones contractuales se regirán por las normas que correspondan a la forma social adoptada».

Y a fin de garantizar aun más que el control de las decisiones sociales corresponda a los socios profesionales, algunas normativas profesionales han prohibido que las acciones y participaciones sin voto (arts. 90 a 92 LSA y 42.bis LSRL) sean detentadas por esos socios (17). Prohibición que cabe extender a todas las sociedades profesionales mixtas por la necesidad de que los socios profesionales concurren a la formación de la voluntad social y ostenten el control de la actividad social como única forma de proteger los principios del ejercicio profesional. Pero de las que, por el contrario, pueden ser titulares los socios meramente capitalistas, a los que permiten realizar una inversión y obtener el beneficio económico inherente a la misma, aunque

la sociedad profesional deben estar en manos de personas habilitadas para el ejercicio de la profesión programada en el objeto social; de la misma manera ha de asegurarse que el órgano de administración se halla siempre bajo el control de socios profesionales, todo ello al objeto de minimizar el riesgo de que la estrategia de la sociedad sea definida por personas no calificadas para el ejercicio de la profesión».

(16) Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas.

(17) Así ocurre, en Francia, artículo 9 de la Ley núm. 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, sobre el ejercicio en forma de sociedad de ejercicio liberal de profesiones liberales; Ley que admite que las acciones se emitan con derecho de voto doble, pero restringiendo su titularidad a los profesionales que ejerzan en la sociedad. Por lo que la cesión de las mismas, por cualquier causa, a quien no reúne tal requisito provoca la pérdida del derecho de voto privilegiado.

apartándolos del ámbito de gestión social, y por tanto del más concreto de decisiones netamente profesionales. Prohibición que, sin embargo, no recoge la PALSP, la LAC, ni su Reglamento de desarrollo (18).

2.1.2. Administración y representación

Partiendo de un concepto estricto de administración, como facultad de adoptar decisiones que tienen eficacia frente a todos los socios y que versan sobre la puesta en rendimiento del conjunto de elementos con que cuenta la sociedad para la consecución de sus fines, y de representación, como facultad de entablar relaciones con personas ajenas al contrato social que vinculan directa y efectivamente a la sociedad (19), facultades que se encomiendan al órgano de administración, también se plantean problemas en orden a garantizar los principios del estatuto del ejercicio profesional.

En el Derecho societario se distinguen dos modelos de administración, atendiendo al grado de vinculación entre la condición de socio y la de administrador:

1. Autoorganicista. Es el propio de las sociedades personalistas en las que la vinculación es total; la condición de administrador es inescindible de la de socio. Todos los socios, a excepción de los comanditarios, tienen la condición natural de administradores, si bien la ley les permite encomendar a algunos o a uno de ellos la gestión social en sentido estricto (arts. 1.692, 1.693 y 1.695 del Código Civil y 129 y 130 del Código de Comercio).

Según la Doctrina mayoritaria (20), lo que no cabe es encargar a quien no es socio la administración social, dado el carácter *intuitu personae* de este tipo de sociedades (la condición de administrador se funda en la cualidad de socio) y la comunicación existente entre la administración social y la responsabilidad personal (los socios, que van a responder personal e ilimitadamente de las deudas sociales, no pueden ser desposeídos de su derecho a administrar) (21).

(18) Este Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, sólo establece un control sobre la información que han de remitir las sociedades de auditoría dentro del mes siguiente al cierre del ejercicio social al ICAC, en la que deberá constar el «*capital social, con indicación de su distribución entre los socios y, en su caso, aquella parte del capital representado por acciones sin derecho a voto*» (art. 34.2.c).

(19) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 438.

(20) GIRÓN, *Derecho...*, cit., págs. 458-459; CAPILLA, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, págs. 222 y sigs.

(21) Sin embargo, Díez-PICAZO & GULLÓN, «La sociedad civil», en *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 2000, pág. 461, estiman que ni el Código Civil prohíbe que se confíe la administración a un tercero, ni lo impide el carácter *intuitu personae*, ya que el tercero no ingresa en la sociedad.

Encargada la gestión social a uno o varios socios, si la sociedad es mercantil, «*los demás no podrán contrariar ni entorpecer las gestiones de aquellos ni impedir sus efectos*» (art. 131 del Código de Comercio) (22). Si es civil, y ante la ausencia de una norma similar en el Código Civil, se han propuesto varias soluciones: *a)* Los demás socios no pueden interferir en la administración porque el legislador no les ha reconocido una facultad de oposición (a salvo el supuesto excepcional del art. 1692.1.º del Código Civil). En consecuencia, los administradores gozan de plena autonomía en el desempeño de su cargo (23); *b)* Tampoco es posible dicha interferencia porque la gestión en sentido estricto, como actividad cotidiana de promoción del fin social, corresponde en exclusiva a los administradores, mientras que la gestión en sentido amplio, como determinación del programa general de actividad de la sociedad, corresponde a todos los socios, que son titulares de un derecho a codecidir o coparticipar, y en este tipo de sociedades de un derecho genérico a administrar (24); y *c)* Si es posible dicha interferencia con base en el artículo 1.719 del Código Civil («*En ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante*») (25).

2. Heteroorganicista. Es el típico de las sociedades capitalistas, en las que la condición de administrador aparece desvinculada de la de socio: salvo disposición contraria de los estatutos, para ser nombrado administrador no hay que ser socio (arts. 123.2 LSA y 58.2 LSRL). Administradores ajenos a la sociedad que se justifican porque permiten poner la administración en manos de profesionales de esta actividad, garantizándose así una más eficaz gestión.

En una sociedad profesional, las posibilidades vistas de que la administración se encomiende a terceros ajenos a la sociedad (tipos capitalistas, como regla), o que correspondiendo a quienes sean socios (tipos personalistas) recaiga en los meramente capitalistas (sociedades profesionales mixtas), plantean serios problemas en orden a garantizar la libertad y la independencia de los socios profesionales. A fin de protegerlos se han propuesto varias soluciones específicas: 1) Vincular la condición de administrador a la de socio profesional; 2) Restringir el ámbito de la administración social; 3) Delimitar la actividad administrativa frente a la profesional; y 4) Exigir que una mayoría cualificada de administradores sean socios profesionales. Veamos cada una de ellas:

(22) Prohibición que refuerza el propio texto legal al enumerar como causa de exclusión de la sociedad la injerencia en funciones administrativas del socio a quien no compete desempeñarlas (art. 218.2.º del Código de Comercio).

(23) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 484.

(24) GIRÓN, *Derecho de Sociedades...*, cit., págs. 300 y 431-434; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1459; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, cit., págs. 357-359.

(25) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1982, cit., pág. 368.

2.1.2.1. Vincular la condición de administrador a la de socio profesional

Una solución es vincular la condición de administrador a la de socio profesional, lo que se ha hecho desde varias perspectivas:

- a) La vinculación se configura como presupuesto de admisibilidad de la sociedad profesional, que, en consecuencia, sólo puede tener una composición pura y adoptar un tipo social personalista. Efectivamente, si en la sociedad profesional no hay socios netamente capitalistas, basta con que utilice un tipo personalista, que excluye la administración por terceros para que se garantice el control de la sociedad y de la administración por los socios profesionales (26).
- b) La obligación de ejercer la profesión en la sociedad de los socios profesionales se configura como una obligación de hacer que abarca la actividad profesional y la gestora. El desempeño del cargo de administrador constituye parte del contenido de la aportación de industria en las sociedades profesionales personalistas y de la prestación accesoria que articula la actividad profesional en las de capital. En consecuencia, la sociedad profesional puede elegir cualesquiera tipos sociales, ya que la cualidad de administrador se vincula a la de socio profesional (27).

2.1.2.2. Restringir el ámbito de la administración social

Otra solución es delimitar de forma específica el ámbito de la administración social, lo que se consigue a partir de declarar y hacer efectiva una total incomunicación entre aquélla y la actividad profesional, a fin de evitar que los administradores puedan crear una situación de subordinación de los socios profesionales a la sociedad en el cumplimiento de los actos profesionales.

Se definen así dos ámbitos. Uno, competencia de los administradores. Y otro, de los socios profesionales. A los administradores corresponde la actividad administrativa y la representación de la sociedad, pero sólo respecto de la actividad social extraprofesional, mientras que a los socios profesionales corresponden iguales facultades respecto de la actividad social profesional, esto es, la celebración de los contratos de servicios profesionales con los clientes (en el aspecto externo) y la decisión de todo lo concerniente a la prestación de tales servicios (en el interno). La consecuencia es que el ámbito

(26) Sin embargo, la necesidad de proteger los principios del estatuto del ejercicio profesional no debe conducir a negar los tipos capitalistas, que admiten que los estatutos sociales reserven la condición de administrador a los socios profesionales.

(27) SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, Milán, 1977, págs. 191-192.

de competencia, propio de los administradores, se restringe a esa actividad social extraprofesional (28).

2.1.2.3. Delimitar la actividad administrativa frente a la profesional

Otra solución es la de fijar los límites de la actividad administrativa frente a la profesional, pero sin que ello implique una absoluta incomunicación entre ambas.

Los administradores ejercen las facultades de administración y representación que le son propias dentro del ámbito legal de competencia, es decir, en relación con las actividades que constituyen el objeto social, asumiendo en consecuencia competencias organizativas respecto de las mismas, incluidos los actos no profesionales (contratos con los clientes, reparto de asuntos, utilización de los medios auxiliares, etc.) que son necesarios para los estrictamente profesionales, pero no estos, que son objeto de la aportación del socio profesional. Y los socios profesionales, a pesar de que la efectiva prestación de los servicios profesionales implica relación con los terceros que contratan con la sociedad, no adquieren por ello facultades de administración y representación sociales. La relación de estos socios con los clientes de la sociedad es consecuencia y parte del cumplimiento de la obligación por ellos asumida de ejercer su profesión en su seno. En consecuencia, la independencia técnica o de criterio del profesional en el desarrollo de la actividad profesional queda garantizada frente a la actividad de los administradores, con su repercusión a efectos de responsabilidad.

En este sentido se ha señalado que «el servicio prestado por el profesional constituye el objeto de su aportación de industria, cuyas características —y entre ellas la implícita reserva de discrecionalidad técnica que singulariza cualquier prestación profesional— no pueden ser modificadas por el grupo. Esto significa que la sociedad, si bien puede decidir los encargos que acepta y el modo de repartir su ejecución entre los socios, no puede imponer al socio las modalidades técnicas que ha de observar en la realización del encargo que se le encomienda, puesto que tal imposición altera la calidad de la aportación y tal alteración no entra dentro de los poderes de la sociedad» (29). La in-

(28) LAMBOLEY, *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, París, 1964, págs. 62 y 65; GUYÓN, Y., «Sociétés civiles professionnelles», en *Repertoire Dalloz des sociétés*, núm. 30, 1994, págs. 14-15, 105, 113; MAZZOCCA, A., *Le società di professionisti*, Milán, 1990, pág. 50.

(29) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1405-1406; RESCIGNO, *La società tra professionisti*, Milán, 1985, pág. 115, señala que los poderes de los administradores no afectarán a la ejecución de la prestación, sino «al momento preparatorio a la ejecución, que comprende actos no definibles como profesionales, y que no representan el real contenido de la prestación; el límite extremo de tal poder gestor estará representado por la elección de

dependencia profesional también quedará garantizada «si se tiene en cuenta la posibilidad de distinguir, dentro del ámbito de actuación de la sociedad, un campo reservado o reservable, que quedaría fuera del normal ámbito de actuación o decisión de los órganos sociales», con la creación, incluso, de un órgano específico de dirección técnica que bien podría ser el mismo órgano de administración, pero excluidos los administradores que no fuesen socios profesionales (30).

Ahora bien, en relación con la libertad profesional, también denominada independencia externa, que es la libertad del profesional liberal de aceptar o rechazar los asuntos profesionales que se le propongan, en este caso por los administradores, se plantean dos problemas sucesivos:

1. En cuanto a la aceptación del asunto por los administradores, la dificultad deriva del derecho de oposición o veto de cualquier socio administrador a lo acordado por los demás en los supuestos en los que esto es posible (arts. 1.693 y 1.695 del Código Civil, y 130 del Código de Comercio). Dos son las soluciones propuestas: *a)* Limitar el ámbito de aplicación del derecho a veto a cuando la sociedad asuma obligaciones de especial trascendencia (31); y *b)* Superar la oposición mediante un acuerdo adoptado por mayoría cualificada. Éste es el sistema preferido para salvaguardar el interés de la minoría disidente, que, no obstante, deberá ser excluida del encargo al que se haya opuesto. Y ello porque ni la rescisión unilateral ni el derecho de veto a favor de los socios administradores disidentes resuelven los problemas de un grupo de profesionales en el que ha de predominar, ante todo, la libertad y la igualdad. En consecuencia, los disidentes excluidos del encargo han de serlo también de los beneficios que se logren, y tampoco les debe alcanzar ninguna responsabilidad, incluso frente a terceros, si éstos han conocido su oposición y exclusión (32).

2. Aceptado el asunto por los administradores conforme a las reglas de funcionamiento de la sociedad profesional, la negativa del profesional al que le haya sido asignado de proceder a su ejecución supone, a tenor del Derecho societario, un incumplimiento de su obligación de prestar los servicios profesionales en el seno de la sociedad cuando ésta se lo requiera, que fue objeto de su aportación de industria o prestación accesoria. Incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de sociedad que conlleva las consecuencias convencionales y legales previstas: si se articuló como aportación de indus-

los asuntos que la sociedad deberá tratar y para cuyo desenvolvimiento será obligado el socio a realizar la aportación».

(30) CAPILLA, *Sociedades de profesionales...*, cit., pág. 253, n. 51.

(31) SCHIANO, *Le società...*, cit., pág. 195.

(32) MAZZOCCA, *La società...*, cit., págs. 103-105; DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 344; ALBIEZ, JAIMEZ & OLARTE, *Las formas societarias...*, cit., págs. 100-101.

tria, el artículo 1.707 del Código Civil lo considera un justo motivo para que cualquier socio reclame la disolución de la sociedad establecida por tiempo determinado, y el artículo 218.6.º y 7.º del Código de Comercio como motivo de exclusión del socio incumplidor. Igual posibilidad prevé el artículo 98 LSRL si se instrumentó como prestación accesoria. Pero si se trata de una SA, y a falta de previsión estatutaria, la Doctrina se divide entre quienes entienden que también procede la exclusión y quienes no (33).

No obstante, desde el estatuto del ejercicio profesional se estima que en las sociedades profesionales dicha negativa del socio profesional no puede tener tal consideración y consecuencias, pues la libertad de aceptación o rechazo del asunto es una manifestación de la libertad del profesional liberal en el ejercicio de su profesión, que actúa como una justa causa de las que en los tipos personalistas enervan tanto la acción de disolución de la sociedad como la expulsión del socio (34). Ahora bien, ante la ausencia de una norma de rango legal que permita tal alteración del régimen general del Derecho societario, ésta sólo va a ser posible si en los estatutos sociales se recoge el derecho del socio profesional a no hacerse cargo de un determinado asunto (o cliente) previamente aceptado por los administradores, pero que incluso cabe presumir que ésta es la voluntad de los socios de una sociedad profesional.

Si bien, algunos autores consideran que, a diferencia de la independencia técnica, que es un principio irrenunciable, la libertad de elección de asuntos no tiene tal carácter, por lo que concluyen que el profesional puede ver limitada su facultad de rechazar la prestación de actividad profesional en virtud de obligaciones que le vengan impuestas por vinculaciones contractuales, profesionales, o legales (35).

(33) La admiten cuando la prestación accesoria tenga indudable valor económico para la sociedad, GARRIDO DE PALMA, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, cit., pág. 175, y por aplicación analógica del artículo 218.7.º del Código de Comercio, justificada por el *intuitu personae* que aparece en la sociedad por las prestaciones accesorias, LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», en *Derecho de sociedades anónimas, I. La fundación*, Madrid, 1992, págs. 863-864; la niega, LLAGARÍA VIDAL, E., «Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», en *AAMN, XXX-1.º*, pág. 44 y sigs.

(34) ALBIEZ, JAIMEZ & OLARTE, *Las formas societarias...*, cit., pág. 101, señalan que «La libertad e independencia del abogado es siempre un justo motivo para sobreponer el interés profesional individual al interés colectivo..., el abogado que se opone a cumplir el objeto de la sociedad a la que pertenece por motivos del ejercicio de su profesión no pone en peligro la existencia de la misma, ya que cabe alegar, en su caso, que hay un justo motivo, en aras de la libertad, para rechazar o disentir de un encargo».

(35) FERNÁNDEZ COSTALES, «Las sociedades de médicos», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 361 y sigs., pág. 146 y sigs., quien, como ejemplo de estas últimas, cita, en el ámbito de la Abogacía, el Turno de oficio y la Asistencia jurídica gratuita al detenido.

La PALSP no se refiere a la libertad profesional de forma específica, como aquí se ha hecho, aunque sí lo hace a la independencia, que bien puede entenderse que abarca tanto la externa (libertad profesional) como la interna (o de criterio); y con carácter también general alude al respeto a las normas y principios deontológicos. Dice su artículo 8.1 que «Los socios prestarán la actividad profesional a que se hubieren obligado de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión y, en particular, con los de independencia y responsabilidad personal».

2.1.2.4. Reservar la mayoría de administradores a socios profesionales

Otra solución es la de exigir que la mayoría de los administradores sean socios profesionales. Si se parte de respetar el contenido natural de la administración social, la dificultad se centra en esa zona intermedia entre la actividad extraprofesional y la estrictamente profesional, en la que se inserta la facultad de aceptar o rechazar los asuntos de terceros y su reparto entre los socios profesionales, que según el Derecho societario corresponde a los administradores. El problema surge en la medida en que para la aceptación o rechazo de un asunto se han de tener en cuenta, no sólo criterios de índole organizativa y económica (disposición de personal, de medios, etc.) para los que están capacitados los administradores, sean o no profesionales, sino también de índole profesional y deontológica (viabilidad del asunto, requisitos de competencia profesional, ausencia de incompatibilidades, de intereses contrarios a los de otros clientes, etc.) para los que sólo están capacitados los profesionales. La solución, por tanto, ha de venir de exigir que si no la totalidad, al menos la mayoría de los administradores sean socios profesionales (36).

Esta es la solución adoptada por el artículo 10.1 LAC, según el cual, «*Podrán constituirse sociedades de auditoría de cuentas, siempre que ... la mayoría de los administradores y directores de la sociedad sean socios auditores de cuentas, debiendo serlo, en todo caso, el administrador único en sociedad de este tipo*», y por la PALSP, cuyo artículo 3.2 determina que «Igualmente habrán de ser profesionales habilitados la mayoría de los miembros de los órganos colegiados de administración. Si el órgano de administración fuese unipersonal, necesariamente habrá de ser desempeñado por un socio profesional».

Sin embargo, la Proposición de Ley de Regulación de Sociedades Civiles de Actividades entre Profesionales (37), que creó *ex novo* un tipo de sociedad

(36) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1405; CADARSO, «La sociedad profesional de arquitectos», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pág. 394.

(37) Presentada por el Parlamento de Cataluña al Congreso de los Diputados el 2 de junio de 1999 y posteriormente retirada (BOCG del Congreso de los Diputados de 24 de noviembre de 2000).

exclusivo y excluyente de los profesionales liberales con la intención de abarcar «todas las formas de colaboración profesional», pero que, según resulta de su articulado, sólo se refiere a la sociedad profesional en sentido estricto, que califica de civil, pero cuyo régimen jurídico se asemeja más al de la sociedad de responsabilidad limitada, establece que los gestores pueden no pertenecer a la sociedad. La razón, según la EM, es que «hoy en día la gestión de las sociedades está profesionalizada y en esa medida puede ser interesante encomendar la gestión a un tercero». Pues bien, aun admitiendo esta consideración, deberían haberse previsto medidas que garanticen que la actividad profesional de la sociedad va a quedar bajo el control de los socios, que en esta sociedad han de ser profesionales ejercientes, ya que, en otro caso, es más que probable que la sociedad se aparte de los principios propios del estatuto del ejercicio profesional, como hemos visto (38).

2.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE

Vimos, al principio, que el vigente EGAE regula las sociedades uniprofesionales externas de abogados, o despachos colectivos, en su artículo 28. En cuanto a su composición subjetiva, y pese a que se han planteado algunas dudas interpretativas, cabe concluir que si el despacho colectivo está «integrado exclusivamente por abogados en ejercicio», su objeto es el «ejercicio profesional de la abogacía», y «Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente mediante su agrupación», el EGAE ha configurado a los despachos colectivos como sociedades formadas por abogados colegiados como ejercientes que, efectivamente, ejercen su profesión en su seno; todos los socios cooperan al desenvolvimiento del objeto social mediante prestaciones profesionales, sin que existan socios exclusivamente capitalistas, sean o no abogados en ejercicio. Se trata, por tanto, de sociedades profesionales de abogados para al ejercicio de la Abogacía por sus miembros que pueden adoptar «cualquiera de las formas lícitas en derecho, incluidas las sociedades mercantiles» (28.1 EGAE), pero con las excepciones que se derivan de la vinculación que el EGAE establece entre la condición de socio y la de abogado que ejerce en su seno (39).

(38) CAMPINS, *Sociedad civil...*, cit., pág. 183.

(39) Así, no pueden utilizar: 1) El tipo de sociedad comanditaria simple, que exige la presencia de al menos un socio exclusivamente capitalista (socio comanditario); 2) El de sociedad comanditaria por acciones o de sociedad anónima con acciones al portador, pues al quedar vinculada la condición de socio a la de abogado que efectivamente ejerce en el despacho colectivo las acciones habrán de llevar prestaciones accesorias que articulen jurídicamente la prestación de actividad profesional, las cuales imponen la nominatividad de las acciones a las que van aparejadas; además, «La forma de agrupación deberá permitir en todo momento la identificación de sus integrantes», según dispone el artículo

La ausencia de socios netamente capitalistas reduce los problemas que en relación con la administración de las sociedades profesionales se han planteado, si bien, quedan dos por resolver:

1. En primer lugar, si la administración del despacho colectivo puede corresponder a terceros cuando adopta un tipo social capitalista. Y, de ser afirmativa la respuesta, qué cautelas ha adoptado el EGAE (40).

Pues bien, el EGAE, como ya hiciera la norma 2.^a-2 de las NOAPA (41), ha optado por acoger la solución, antes descrita, de vincular la condición de administrador a la de socio, excluyendo la administración por tercero. Así lo establece su artículo 28.2 cuando dice que: «*Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo*», que, más allá de confirmar que el despacho colectivo está formado sólo por abogados, deja claro que cualquiera que sea el tipo social elegido la administración corresponde a sus socios, por lo que así deberá establecerse en los estatutos sociales (42).

lo 28.3 EGAE (y 34.b del anterior EGA), lo que también obliga a la nominatividad; ni 3) La cooperativa de trabajo asociado con socios colaboradores, que son meramente capitalistas.

(40) Se prescinde en este momento del debate acerca de si el EGAE tiene o no competencia para regular la composición subjetiva de los despachos colectivos y su administración, pues, en cualquier caso, los abogados, precisamente por su condición de profesionales integrantes de una organización corporativa, deben someterse a las prescripciones que impone el EGAE, y adaptar a ellas el régimen jurídico del tipo social elegido: «cualquier otra interpretación sería una llamada a la rebeldía contra el sistema establecido», ALBIEZ, *La sociedad de abogados...*, cit., pág. 1834.

(41) Normas de Ordenación de la Actividad Profesional de los Abogados, aprobadas por el Consejo General de la Abogacía Española el 18 de junio de 1999.

(42) Esta es la solución adoptada: 1) En Francia, en la Ley núm. 66-879, de 29 de noviembre de 1966, relativa a las sociedades civiles profesionales, y en la Ley núm. 90-1258, de 31 de diciembre de 1990, sobre el ejercicio en forma de sociedad de ejercicio liberal de profesiones liberales, cuyo artículo 12 establece que los gerentes, el presidente y los dirigentes de la sociedad por acciones simplificada, el presidente del consejo de administración, los miembros del directorio, el presidente del consejo de vigilancia y los directores generales, así como los dos tercios, al menos, del consejo de administración o del consejo de vigilancia, deben ser socios que ejerzan su profesión en el seno de la sociedad. Igualmente, la dirección y gestión de las «sociedades de participaciones financieras de profesionales liberales» se reserva a los socios que ejerzan la misma profesión o profesiones que las sociedades participadas; 2) En Alemania, la Ley de 31 de agosto de 1998, sobre sociedades de responsabilidad limitada de abogados, reserva la administración a los socios, si bien, la mayoría han de ostentarla los socios abogados, correspondiendo el resto a los otros socios no abogados (que han de serlo de algunas de las profesiones admitidas, pese a que la sociedad tiene por objeto el ejercicio de la Abogacía exclusivamente); y 3) En Italia, el artículo 23 del Decreto Legislativo núm. 96, de 2 de febrero de 2001, de transposición de la Directiva 98/5/CE, que ha creado la sociedad entre abogados, señala que la administración (y la representación, por mor del art. 2.298, que remite al 2.266, Código Civil italiano) corresponde necesariamente a los socios; socios administradores que, salvo pacto en contrario, pueden realizar actos de administración de manera

En el ámbito de la Abogacía suele hablarse de director del despacho colectivo para referirse a lo que técnicamente es un administrador de una sociedad profesional, o a lo que podría ser «un órgano específico de dirección técnica». Director que ostenta una serie de facultades, pero que no está revestido de un poder capaz de dejar sin contenido los principios de libertad y de independencia profesionales, que son derechos individuales de los abogados miembros del despacho. Por ello es conveniente que en los estatutos se delimiten las facultades y el ámbito de actuación de ese director, así como los aspectos que deben ser tratados por el colectivo de abogados.

Dependiendo de las dimensiones del despacho puede haber una distribución de funciones en su interior, de forma que junto a los abogados actuantes y al director haya abogados de correspondencia, de relaciones con los clientes, de tramitación de expedientes, etc., pero siempre que se respete el principio básico del EGAE, cual es que todos los miembros han de ser abogados colegiados como ejercientes que efectivamente ejerzan la Abogacía en su seno, lo que, no obstante, ha de entenderse en sentido amplio, incluyendo todas aquellas actividades que son parte de ese ejercicio profesional. Ahora bien, lo que no es posible es que un abogado se dedique exclusivamente a llevar la administración del despacho sin aportar su ejercicio profesional (43), por más que se defienda que la gestión debe estar basada en criterios de eficiencia y que los despachos (y en general las sociedades profesionales) actúan cada vez más como verdaderas empresas (44).

Por su parte, y conforme al CAC, las sociedades profesionales de abogados pueden tener por objeto el ejercicio de la Abogacía únicamente o el de ésta y otra profesión que no haya sido declarada incompatible (45), y estar

separada a los demás. La memoria explicativa justifica que: «tal solución responde a exigencias de responsabilizar a los socios en la gestión social y de excluir de la compañía a personas extrañas a la profesión y a cualquier tercero que podría utilizar informaciones de las que tiene conocimiento por razón del cargo, con perjuicio para la sociedad y los terceros, sean éstos clientes o acreedores».

(43) No opina así ALBIEZ, *La sociedad de abogados...*, cit., pág. 1833, para quien «De acuerdo con el artículo 28.1, los socios han de ser necesariamente abogados en ejercicio, lo cual no quiere decir que todos los socios tengan que actuar profesionalmente. Puede haber socios que sólo actúen como gestores de la sociedad. Otros, por el contrario, actuarán como apoderados o mandatarios de la sociedad».

(44) Sobre la importancia de una buena gestión en los despachos, vid., MOR, J., MORENO, J. & MEYERHOFF, J., «Cómo mejorar los beneficios y el valor del despacho», en *Economía & Iuris*, núm. 79, 2004, pág. 79 y sigs.; AMADO, J. & MOLES, G., «Los secretos de un maestro en la gestión de despachos», en *Iuris*, núm. 63, 2002, pág. 70 y sigs., y «El ejercicio de la gerencia en el despacho de abogados», en *Iuris*, pág. 67 y sigs.

(45) Dicen los artículos 61 y 65.1 que: «*Las sociedades profesionales de abogados tendrán por objeto social el ejercicio de la abogacía, bien exclusivamente, bien junto con el ejercicio de otra profesión*», y el artículo 65.2 que: «*Asimismo, no podrán tener por objeto el ejercicio conjunto de diversas profesiones cuando se haya establecido legalmente su incompatibilidad*».

formadas sólo por abogados o por éstos y otros profesionales (también cuando el objeto es uniprofesional) (46), y en ambos casos con o sin socios meramente capitalistas, respecto de los que no establece ninguna condición, a salvo que su participación ha de ser minoritaria. Efectivamente, cuando la sociedad tiene por objeto el ejercicio exclusivo de la Abogacía, el CAC reserva el control de la sociedad a los socios abogados ejercientes, quienes van a ostentar la mayoría de los miembros del órgano de administración; y cuando el objeto es plural, el control va a corresponder a los socios profesionales ejercientes, quienes van a ostentar la mayoría del órgano de administración, si bien, los abogados van a controlar las decisiones que afecten a la Abogacía (47).

2. El segundo problema pendiente está relacionado con el respeto que los administradores del despacho deben al resto de miembros, titulares individuales de la libertad e independencia profesionales, esto es, con la tensión que en toda sociedad se produce entre el interés colectivo del grupo y los individuales de los socios, en este caso de carácter profesional.

Pues bien, el anterior EGA guardó silencio al respecto. El Anteproyecto del actual EGAE (AEGAE en adelante) optó por referirse de forma expresa a la libertad e independencia profesionales en relación con el ejercicio colectivo de la Abogacía en su artículo 33.d), que posteriormente recogió la norma 2.^a-5 NOAPA, y luego el vigente EGAE, cuyo artículo 28.5 indica que *«Los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como plena independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados»* (48), lo que supone, de un lado, que se reconoce la libertad de

(46) A la composición se refiere el artículo 64.1, según el cual: *«Los abogados podrán ejercer la abogacía colectivamente asociándose entre ellos o con otros profesionales mediante la constitución de sociedades profesionales de abogados, con los límites y condiciones establecidos en el presente Código y la normativa aplicable».*

(47) Dice el artículo 67 que: *«1. La mayoría del capital social y de los derechos de voto de las sociedades profesionales de abogados tendrán que pertenecer a abogados en ejercicio. También tendrán que ser abogados en ejercicio la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad. 2. Cuando la sociedad tenga por objeto social, además del ejercicio de la abogacía, el ejercicio de otra actividad profesional, la mayoría del capital social y de los derechos de voto tendrán que pertenecer a personas habilitadas para ejercer las profesiones que integren el objeto social. También deberán ser personas habilitadas la mayoría de los miembros del órgano de administración. No obstante, las decisiones de la sociedad referidas al ejercicio de la abogacía requerirán siempre la aprobación, por mayoría, de los socios que sean abogados en ejercicio o, en caso de que la competencia para adoptar la decisión corresponda al órgano de administración, de los miembros de este órgano que sean abogados en ejercicio».*

(48) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 343, afirma que «no sólo por consideración a su libertad de conciencia, sino por apreciaciones sobre la viabilidad de su planteamiento, cualquier miembro del despacho colectivo podrá rechazar un cliente o un asunto, sin que las normas de funcionamiento puedan obligar a asumirlo. De ese modo,

cada abogado de no hacerse cargo de un asunto ya aceptado por los administradores (o director), y de otro, que ni siquiera el director, o el resto de miembros, puede imponer al abogado actuante unos determinados criterios de actuación. Y esto, a pesar de que se va asentando la idea de que cuando los despachos colectivos funcionan con auténticas estructuras organizativas (como empresas) el criterio de eficiencia debe situarse por encima de la independencia del abogado (49).

Por último, y pese a que corresponde al Colegio de Abogados proteger las prerrogativas de libertad e independencia profesionales de los abogados que ejercen en un despacho colectivo, el vigente EGAE no ha establecido, a diferencia del anterior EGA (art. 34.b), la norma 2.^a-2 NOAPA, y el artículo 33.b) AEGA, que al tiempo de la inscripción de los despachos colectivos en el correspondiente Registro corporativo se hayan de inscribir también las normas de funcionamiento. El artículo 28.3 del EGAE indica que únicamente habrá de registrarse la «*composición y las altas y bajas que se produzcan*». Efectivamente, las normas de funcionamiento interno del despacho de abogados no tienen por qué ser objeto de inscripción colegial, sin perjuicio de que de resultar vulneradas dichas prerrogativas profesionales, o las exigencias que derivadas del compañerismo deben presidir las relaciones profesionales entre abogados, los afectados puedan, y deban, solicitar amparo de su Colegio (50).

3. LA PARTICIPACIÓN EN LOS RESULTADOS SOCIALES

3.1. EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL

En este momento nos vamos a ocupar del derecho a participar en los resultados sociales del profesional que ejerce su profesión en una sociedad profesional. Derecho que adquiere una especial relevancia en este tipo de sociedad, en la que el profesional se integra con la intención de obtener unos beneficios que le permitan hacer frente a sus necesidades económicas cotidianas. Por lo que ha de estar prevista una remuneración periódica para los socios profesionales, que procederá de las ganancias obtenidas por la sociedad, de forma que la distribución del resultado tiene lugar periódicamente durante la vida social, mientras que la del capital lo es en la fase de liquidación (51).

el miembro de un despacho colectivo puede mantener la libertad de aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su intervención, sin ni siquiera expresar los motivos de su decisión».

(49) Como defiende ALBIEZ, *La sociedad...*, cit., págs. 1836-1837.

(50) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 342.

(51) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1435; CAPILLA, *Sociedad civil...*, cit., pág. 194.

Los ingresos sociales están constituidos básicamente por los honorarios que los clientes pagan como contraprestación por los servicios profesionales recibidos de la sociedad con la que han contratado y que habrán ejecutado sus socios profesionales, al menos en su mayoría (52).

El carácter eminentemente personal de la actividad profesional llevó a considerar que los honorarios no podían participar de la naturaleza de ingresos sociales, quedando, por tanto, fuera de la caja común de la sociedad. Sin embargo, hay que tener en cuenta que para el Derecho societario en cuanto que la sociedad profesional tiene personalidad jurídica, la relación de servicios la entabla el cliente con la sociedad, que se valdrá de sus socios profesionales para ejecutar los servicios profesionales encomendados. Del contrato celebrado surge una obligación a cargo del cliente de pagar una contraprestación por los servicios profesionales contratados, denominada honorarios profesionales, y el correlativo crédito, del que es titular, no el profesional que los ejecuta, sino la sociedad. Para la sociedad los honorarios son ingresos sociales sometidos a las reglas del contrato de sociedad. Y esto no colisiona con el carácter personal de los honorarios, ni desde el punto de vista del socio profesional que ejecuta el encargo, que desde el momento en que decide ejercer colectivamente su profesión renuncia a sus honorarios en beneficio de la sociedad, ni desde el cliente, que al dirigirse a una sociedad profesional deposita su confianza en el grupo profesional como tal y acepta las consecuencias inherentes al ejercicio en común de la profesión (53).

3.1.1. Régimen legal de participación

En espera de lo que pueda establecer una reclamada Ley de Sociedades Profesionales, la participación de los socios en los resultados de una sociedad profesional depende del tipo social que haya adoptado. Si elige la forma de SA o de sociedad comanditaria por acciones no puede sustraerse al régimen de distribución de beneficios previsto en la LSA. En los demás casos, el régimen legal sólo se aplica en defecto de regulación prevista por las partes en los estatutos:

(52) No habrá sociedad profesional si la mayor parte de los servicios profesionales que la sociedad ofrece al público son realizados, no por sus socios profesionales, sino por profesionales vinculados a la sociedad por una relación distinta de la societaria, que tendrá su origen en un contrato civil (de arrendamiento de servicios, normalmente), mercantil (profesional), o laboral, pues, en tal caso, el objeto social se habrá desplazado desde el ejercicio en común de la actividad profesional, propio de la sociedad profesional, al de su mera organización y explotación, típico de las sociedades de producción de servicios profesionales, vid., ORTEGA REINOSO, «El abogado y las sociedades de servicios jurídicos», en *RCDI*, núm. 688, 2005, págs. 539-557.

(53) GUYÓN, *Sociétés civiles...*, cit., pág. 9.

1. Si el tipo elegido es capitalista hay, por tanto, que distinguir: Si es de SA o de sociedad comanditaria por acciones (sujeta según el art. 152 del Código de Comercio a la LSA), se aplica el régimen de distribución de resultados previsto en la LSA, que es «*en proporción al capital que hayan desembolsado*» (art. 215.1 LSA), y si es de SRL, regirá lo dispuesto por las partes en los estatutos sociales, pero, en su defecto, «*la distribución de dividendos a los socios se realizará en proporción a su participación en el capital social*» (art. 85 LSRL).

Ahora bien, en los tipos capitalistas la contribución de actividad profesional por el socio profesional a la sociedad se articula a través de prestaciones accesorias que los estatutos pueden establecer que sean remuneradas (arts. 9.1 LSA y 22 LSRL) alterando, así, el principio general de atribución y ejercicio de los derechos y facultades en proporción al capital (54), y que normalmente harán cuando la actividad profesional de los socios sea desigual en cantidad y calidad, y que entre las distintas modalidades de remuneración los estatutos dispongan que sea con cargo a beneficios (55), debiendo tenerse en cuenta que en las SRL la cuantía máxima de retribución de las prestaciones accesorias «*no podrá exceder en ningún caso del valor que le corresponda a la prestación*» (art. 23 LSRL), que hay que entender referido al valor de mercado de los servicios prestados por el socio profesional. La razón de esa prohibición es impedir que por esta vía se efectúe un reparto encubierto de beneficios, y su dificult-

(54) SECO CARO, E., «Desigualdad de las participaciones sociales en la Ley de 1995», en *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, pág. 3309, señala que: «Asumir alguna prestación accesorias puede ser el modo de obtener de la sociedad una contraprestación económica que puede ser importante para quien es su titular».

(55) PÉREZ DE LA CRUZ, A., «Fundación de la sociedad de responsabilidad limitada», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. I, Barcelona, 2000, págs. 395-396, indica que «cuando se trata de prestación retribuida, la LSRL ha soslayado de manera censurable el pronunciarse sobre la naturaleza de la retribución, concretamente si se ha de efectuar con cargo a beneficios o si el derecho del socio a percibir la remuneración convenida nace independientemente de los resultados prósperos o adversos de la gestión social. En el imperio de la anterior legislación (LSRL de 17-7-53), la propia norma que las establecía aludía, de manera expresa, a que la compensación se efectuaría «con cargo a beneficios»; pero esta alusión ha sido eliminada del texto vigente. Aún entonces, no faltaron voces discrepantes que patrocinaban la obligación por parte de la sociedad de atender al socio que realiza la prestación aun cuando no hubiera beneficios. Nosotros, en cambio, entendíamos —y seguimos entendiendo— que si esto es así, la prestación deja de tener el carácter de accesorias y la naturaleza de auténtica prestación social, para convertirse en remuneración ordinaria derivada de contrato bilateral sinalagmático entre el que realice la prestación y la sociedad que la remunera con independencia de que aquél tenga la condición de socio. Para que la prestación accesorias sea prestación social es preciso que tenga el requisito o atributo consustancial a los de esta naturaleza: puesta en común de dinero, bienes o industria «con ánimo de repartir las ganancias». No es posible, por tanto, desligar la remuneración de las prestaciones sociales (ya sea la principal aportación, como la accesorias) de su correlación con los beneficios, sino a riesgo de desvirtuar la naturaleza de aquéllas. Pero no parece que el legislador quiera entenderlo así».

dad el determinar cuál es el valor de la prestación, lo que acrece en sede de sociedades profesionales, dado que no existe un valor de mercado preciso respecto de los servicios de las profesiones liberales. Esto podría aconsejar la valoración por un experto independiente, pero no habiéndolo impuesto la LSRL ni siquiera para las aportaciones no dinerarias, el Registrador no podrá denegar la inscripción por falta de criterios de valoración. Por lo que, pese al carácter imperativo de la norma, la prohibición queda privada de eficacia: tratándose de servicios profesionales cualquier remuneración podrá justificarse como adecuada al valor de mercado de la prestación (56).

2. Si la sociedad profesional adopta un tipo personalista, la fijación del contenido de la cuota de participación de cada socio en los resultados sociales se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes (arts. 1689.1 del Código Civil y 140 del Código de Comercio). Los socios son libres de establecer la forma de reparto que estimen más conveniente (57), pero respetando las dos prohibiciones legales específicas en esta materia: los pactos leoninos (arts. 1.691 del Código Civil y 141 del Código de Comercio) y que su determinación se confíe a uno de los socios (art. 1.690 del Código Civil). Y ante la posibilidad de que las partes únicamente acuerden la participación en las ganancias, el legislador establece que la participación en las pérdidas será igual que la pactada para aquéllas (art. 1.689 del Código Civil).

Se prohíbe el pacto que excluya a los socios de los resultados sociales (58), pero no su limitación, que por tanto debe entenderse admitida. La consecuencia es que los socios pueden utilizar distinto criterio respecto del reparto de las ganancias y de las pérdidas, siempre que se respete la anterior prohibición de excluir a alguno de la parte que le corresponda en unas u otras, a salvo los socios de industria, que pueden ser eximidos de toda participación en las pérdidas (arts. 1.691 del Código Civil y 141 del Código de Comercio) (59). La

(56) ARANGUREN URRIZA, E. J., «Prestaciones accesorias», EN GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, pág. 591, señala que la norma «ha abdicado de un control efectivo de la cuantía de la retribución en prestaciones accesorias».

(57) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, cit., pág. 181 y sigs.

(58) Para Díez-PICAZO, «Los pactos leoninos en el contrato de sociedad», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor De Castro*, vol. I, Madrid, 1976, pág. 581, «serán nulos aquellos pactos en que se otorgue el beneficio de la exoneración de pérdidas sin que los demás que realizan la atribución reciban nada a cambio. En cambio, existe una causa onerosa y lícita, siempre que en reciprocidad del pacto de exoneración de pérdidas los demás socios queden de algún modo compensados»; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1447, indica que la cláusula leonina no es reprobada por el ordenamiento por su contenido injusto, sino por ser impuesta injustamente por una de las partes a la otra que, dada su situación de necesidad y por tanto su impotencia para rechazarla, sólo la consiente formalmente.

(59) Como dice PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., 1446, siempre que hay obligación de aportar hay ya participación en las pérdidas, pues el riesgo de perder la aportación es ya participación en las pérdidas.

limitación de unos y la exclusión de otros se califican como pactos parasociales carentes de proyección externa, y por tanto sin incidencia alguna en el régimen legal de responsabilidad, por lo que frente a los acreedores todos los socios (salvo los comanditarios) responden personal e ilimitadamente de las deudas sociales (60).

En defecto de pacto entra en juego la regulación que con carácter supletorio establece el legislador, que distingue según se hayan realizado aportaciones de capital o de industria:

- a) Si las aportaciones son de capital, la participación en los resultados será proporcional al valor de lo aportado (arts. 1.689 del Código Civil y 140 del Código de Comercio). Esto conlleva el problema práctico de valorar las aportaciones porque, si bien es cierto que la no exigencia de la constancia oficial de la cifra del capital social en las sociedades personalistas disminuye la importancia de la distinción entre aportaciones dinerarias y no dinerarias, la valoración de las segundas sigue siendo necesaria para poder aplicar el criterio legal de la proporcionalidad con lo aportado. Si los socios han realizado la valoración o establecido las bases habrá que respetar lo acordado. En su defecto, o si surgen discrepancias en torno al valor, habrá que proceder a la designación de peritos (aplicando analógicamente el art. 172 del Código de Comercio) (61).
- b) Si las aportaciones son de industria, la regla, a falta de previsión contractual, es la de la igualdad, al equipararse la cuota del socio industrial a la del socio capitalista que menos haya aportado (arts. 1.689 del Código Civil y 140 del Código de Comercio), lo que plantea algunas dudas cuando:
 - b.1) Concurren socios capitalistas con socios de industria;
 - b.2) Todos los socios son de industria; y
 - b.3) El socio de industria lo es también de capital:

- b.1) Cuando concurren socios capitalistas con socios de industria, el criterio legal es el de la igualdad del socio industrial con el capitalista de menor aportación (arts. 1.689 del Código Civil y 140 del Código de Comercio). Este criterio ha sido criticado por estimarse que se incurre en una infravaloración de las apar-

(60) La exclusión del socio industrial en las pérdidas y la limitación de cualquier socio en los resultados sociales afecta únicamente a las relaciones internas entre los socios, pero no frente a terceros. Uno y otros responden de las deudas sociales según el régimen de responsabilidad propio del tipo social adoptado, sin perjuicio de que el que paga puede repetir con posterioridad frente a sus compañeros para que le compensen. GIRÓN, *Derecho de sociedades...*, cit., pág. 521, n. 13; VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., pág. 110 y sigs.; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1446; CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., pág. 328.

(61) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 379.

taciones de trabajo frente a las de capital (62), lo que resulta especialmente relevante en las sociedades profesionales, en las que la aportación de industria constituye el valor fundamental de la sociedad para el efectivo desarrollo de su objeto social. La necesidad de superar esta situación legal no satisfactoria exige atender al equilibrio de intereses que confluyen en el contrato de sociedad, dentro del cual la prestación de trabajo constituye una colaboración económica al fin social, incluso de mayor importancia que las demás aportaciones sociales. Los autores han propuesto algunas soluciones para superar la arbitrariedad a que conduce la interpretación literal de la norma, cuya aplicación sólo estaría justificada si la remuneración media que los profesionales hubiesen podido obtener por realizar iguales servicios al margen de la sociedad se correspondiera con la asignada al socio capitalista de menor aportación, en cuyo caso la aplicación del criterio legal de la igualdad dejaría de ser arbitraria (63). Las soluciones propuestas han sido: dejar la distribución de ganancias al arbitrio judicial y estimar que la norma que establece el criterio de igualdad es de derecho dispositivo.

— Una solución es dejar la distribución de ganancias al arbitrio judicial. Es el sistema previsto en el Código Civil italiano, pese a estar reconocido que en materia contractual ante la imposibilidad de reconstruir el consentimiento contractual respecto de un aspecto esencial del contrato, como es la distribución de resultados, no cabe su sustitución por el Juez, sino su declaración de nulidad, que abre el proceso de liquidación, que a su vez reclama un criterio de reparto de resultados. Conforme a este planteamiento, será el Juez el encargado de fijar en equidad la participación de los socios en los resultados sociales (64), sin perjuicio de que si

(62) GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 493; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., 1439-1440; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, vol. 1, Madrid, 1947, pág. 524; VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., págs. 153-155; CAPILLA, *Comentario...*, cit., págs. 383-384.

(63) CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., págs. 264-265.

(64) Es el sistema previsto en el artículo 2263.2.º del Código Civil italiano. Algunos autores italianos consideran que el Juez debe fijar la parte correspondiente al socio trabajador atendiendo al principio en el que se inspira la disciplina del contrato de sociedad, que es el de la proporcionalidad, DI SABATO, *Capitali e responsabiliza interna nelle società di persone*, Napoli, 1967, pág. 272 y sigs.; GALGANO, «Società in genere. Società di persone», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXVIII, dir. CICU, A. & MESSINEO, F., Milán, 1982, págs. 276-277 (aunque en una obra anterior, *Il contratto di società. Le*

- algún socio no está de acuerdo puede instar la disolución de la sociedad, pero entendiéndose que si no lo hace la regla fijada vale para el futuro (65). Esta solución, pese a resultar apropiada en determinados casos, como cuando la sociedad está compuesta por dos socios, uno de capital y otro profesional, o por uno de capital y el resto profesionales, no es posible en nuestro Ordenamiento sin una expresa modificación legislativa del artículo 1.689 del Código Civil (66).
- Otra solución consiste (67) en estimar que la norma que establece el criterio de igualdad no es más que una norma interpretativa material, y por tanto de derecho dispositivo, que cede frente a cualquier circunstancia derivada del contrato social que se revele incompatible con ella, como ocurre si la regla aplicable parece que no se ajusta a las expectativas normativas de las partes, lo que obliga a volver al contrato para ver si hay datos que permitan inducir la regulación que probablemente habrían acordado los profesionales al constituir la sociedad profesional, resultando, conforme a una interpretación integradora, que en las sociedades profesionales existe una voluntad de valorar por sí misma —y no por referencia a módulos capitalistas— la aportación realizada por el socio profesional, en la que se incluye no sólo el dato objetivo del trabajo realizado en la sociedad, sino también aspectos subjetivos como la cualificación profesional, la dedicación, la capacidad para atraer clientela, etc. (68).

- b.2) Cuando todos los socios son de industria, y ante el silencio del Código Civil, parte de la Doctrina entiende que también se aplica el criterio de la igualdad, que considera, además, el más justo (69). Sin embargo, y en concordancia con lo argumenta-

società di persone, Bolonia, 1980, págs. 96-97, estimó que el Juez también puede establecer criterios distintos al de la proporcionalidad); FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1946, pág. 289; en nuestra Doctrina, vid., VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., pág. 155; en contra de la necesidad de acudir a los Tribunales, GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 493; CAPILLA, *Comentario...*, cit., págs. 383-384; y sobre el arbitrio judicial y las soluciones dadas en el Derecho Comparado, GARRIGUES, *Tratado...*, cit., págs. 532 y sigs.

(65) PAZ-ARES, *Curso...*, cit., pág. 615.

(66) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 384; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales*, cit., pág. 110.

(67) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1440.

(68) MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales...*, cit., pág. 109.

(69) GARRIGUES, *Tratado...*, cit., pág. 535.

do anteriormente, parece más conveniente aplicar el criterio de la proporcionalidad, pese a que obliga a valorar la aportación de industria de cada socio (70). Sólo cuando las aportaciones efectuadas no presenten diferencias (por cantidad ni calidad), o sea, imposible valorarlas diferentemente, deberá presumirse la igualdad (71).

- b.3) Finalmente, la aportación mixta de capital y de trabajo por un mismo socio ha sido prevista en el artículo 1.689 del Código Civil, que establece que si el socio industrial «*además de su industria hubiera aportado su capital, recibirá también la parte proporcional que por él le corresponda*». Esto significa que, en defecto de pacto (el precepto empezaba «*A falta de pacto...*»), el socio que se encuentra en tal situación tiene derecho a participar por su doble condición de socio capitalista e industrial. Si este socio mixto es el de menor aportación de capital, surge la duda de si para determinar su participación como socio industrial se ha de tomar como referencia su propia aportación como capitalista o la del socio exclusivamente capitalista de menor aportación (72). La falta de solución en el artículo 1.689 del Código Civil ha llevado a un sector doctrinal a afirmar que habrá que resolver el problema aplicando los criterios interpretativos de la voluntad de los contratantes (73), en tanto que otros consideran que la solución consiste en declarar la nulidad del contrato por indeterminación de sus condiciones esenciales (74).

En cualquier caso, el régimen legal supletorio previsto para las SRL y para las sociedades personalistas tiene poca trascendencia práctica cuando se trata de sociedades profesionales, porque lo habitual es que las partes disciplinen el régimen de participación en los resultados, ya que la principal

(70) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1440; CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 386; VÉRGEZ, *El socio industrial*, cit., pág. 156; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales*, cit., pág. 110; GARCÍA PÉREZ, *El ejercicio en sociedad...*, cit., pág. 187; CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., pág. 266.

(71) CAPILLA, «Comentario a la sentencia del TS de 2 de diciembre de 1989», en *CCJC*, núm. 22, ref. 572, 1990, pág. 89; en contra de la aplicación de la presunción de igualdad de valor de las aportaciones, GARRIGUES, *Curso...*, cit., pág. 535; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 348.

(72) A favor de la primera solución, BATTLE VÁZQUEZ, M., *Código Civil de Q. Mu-cius Scaevola*, XXV-2.º, Madrid, 1971, pág. 103; y de la segunda, GULLÓN, *Curso...*, cit., págs. 347-348.

(73) CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 386.

(74) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1440.

aportación de sus socios es la actividad profesional, que desarrollarán normalmente como único medio de vida, y porque en su defecto es poco probable que no se disponga de datos que permitan una interpretación integradora del contrato de sociedad profesional sobre este aspecto.

En esta última línea se mueve la PALSP, que concede plena libertad a las partes para regular la participación en los resultados sociales cualquiera que sea el tipo social utilizado, disponiendo que, en su defecto, será proporcional a la participación de cada socio en el capital social. Dice el artículo 9.1 que: «El contrato social determinará el régimen de participación de los socios en los resultados de la sociedad. A falta de disposición contractual, los beneficios se distribuirán y, en su caso, las pérdidas se imputarán en proporción a la participación de cada socio en el capital social». Pero esto, con una matización, cual es que las partes hayan reservado, también cualquiera que sea el tipo social, una parte de los beneficios para remunerar la productividad individual de los socios en las condiciones y requisitos que establece su apartado 2, que ahora veremos.

Por su parte, el artículo 9 de la Proposición de Ley de Regulación de Sociedades Civiles de Actividades entre Profesionales también admite que se pacte la forma de distribución de los beneficios sociales. Pero, en su defecto, establece la regla de la igualdad entre los socios, pese a que la regla general subsidiaria en nuestro Ordenamiento es la proporcionalidad (75). Y para nada alude a la remuneración de la actividad profesional aportada, ya que ni siquiera su artículo 5, relativo a las aportaciones sociales, se refiere a este tipo de aportación, haciéndolo únicamente a bienes, materiales o inmateriales, susceptibles de valoración económica que sean útiles a las «*actividades participadas*» (76).

(75) En igual sentido se manifiesta la Ley francesa de 1966, de sociedades civiles profesionales, cuyo artículo 14 establece que, en defecto de cláusula estatutaria, cada socio tiene derecho a la misma parte de beneficios (criterio de igualdad que se separa de la regla general de proporcionalidad, art. 1.844 del Código Civil francés). Y en cuanto a las cargas y deudas sociales, el artículo 15 dispone que los socios responden indefinida y solidariamente frente a terceros, como en toda sociedad civil, pero la contribución interna de cada socio a las deudas dependerá de lo que se haya establecido en los estatutos; vid., LAMBOLEY, *La société...*, cit., pág. 227 y sigs.; TERRE, *La revision de la loi...*, cit., pág. 2554.

(76) No obstante, a lo largo de su articulado, y, sobre todo, con motivo de regular la sucesión *mortis causa*, resulta evidente la consideración de la actividad profesional como objeto de aportación social al afirmar que únicamente podrán suceder al causante aquellos herederos que reúnan las condiciones profesionales propias de la actividad aportada al objeto social (art. 17.6).

3.1.2. Regulación estatutaria de la participación

3.1.2.1. Fórmulas de reparto

Se trata ahora de revisar las fórmulas de reparto de los resultados sociales que suelen adoptar las sociedades profesionales en las que concurren aportaciones de industria o prestaciones accesorias de carácter profesional y aportaciones de capital, sin olvidar que en la SA y comanditaria por acciones no cabe un modelo distinto del previsto en la LSA. En el resto de tipos sociales sí es posible una configuración distinta de la legal a través de los estatutos, que podrá consistir en un (77):

1. Reparto igualitario o por cabezas, conforme al cual todos los socios tienen la misma participación en los beneficios. Cuenta a su favor con la sencillez de su aplicación, y en contra que si las aportaciones de los socios no son equivalentes se lesionarán los derechos de algunos de ellos (78).

2. Reparto desigual, que en las sociedades profesionales puede presentar fundamentalmente dos variantes según se tenga en cuenta un único tipo de aportación o los dos: *a)* La distribución de los beneficios puede hacerse teniendo en cuenta un tipo de aportación solamente. Así, puede preverse contractualmente que los beneficios se repartan en proporción exclusivamente a la participación de cada socio en el capital social o, por el contrario, a la actividad profesional de cada uno; actividad que habrá que medir aplicando los criterios que a tal efecto se hayan previsto en los estatutos (antigüedad, productividad individual, etc.). Si bien, y como en el caso anterior, si las aportaciones de uno y otro tipo no son equivalentes económicamente, un reparto que tenga en cuenta sólo un tipo de aportación lesionará los intereses de algunos socios; y *b)* La distribución puede hacerse teniendo en cuenta ambos tipos de aportación. Para ello, del conjunto de los beneficios sociales se descuenta un porcentaje destinado a remunerar el capital, que se repartirá en proporción a la participación de cada socio en él, aplicando el resto a remunerar la actividad profesional, que habrá que medir aplicando los criterios que a tal efecto se hayan previsto en los estatutos. Será el sistema ideal cuando concurren ambos tipos de aportación y no sean equiparables económicamente (79).

(77) Vid., CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., págs. 267-270; Díez-PICAZO, *Los pactos leoninos...*, cit., págs. 575-576; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad*, cit., pág. 181 y sigs.

(78) Defendido por LAMBOLEY, *La société...*, cit., pág. 228.

(79) A su favor, MEZQUITA, *Las sociedades profesionales*, cit., pág. 411; LAMBOLEY, «Répartition des bénéfices», en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1974, págs. 33-42, quien propone que en la distribución de beneficios se separen los que corresponden al capital y al trabajo profesional. Los primeros se distribuirán en base

Se hace necesario, en consecuencia, determinar los criterios conforme a los que valorar la actividad profesional a efectos de su retribución.

3.1.2.2. Criterios para valorar la actividad profesional

Tres son los criterios más utilizados para valorar la actividad profesional de los socios a efectos de su retribución, que en los tipos personalistas puede ir o no ligada a la cuota de participación en beneficios, pues a salvo algunas limitaciones legales, rige la autonomía de la voluntad, y que en los tipos capitalistas puede hacerse mediante el reparto de beneficios o a través del cauce de la remuneración de las prestaciones accesorias (80):

1. Retribución de la actividad profesional de los socios por igual. Conforme a este criterio, todos los socios profesionales tienen por razón de su actividad profesional la misma participación en los beneficios. Tiene, como principal ventaja, que evita tener que medir la aportación individual de cada profesional a los resultados sociales, que resulta enormemente costosa (81), y como principal inconveniente, que genera conductas de «mínimo esfuerzo», sobre todo si el número de socios es elevado. En consecuencia, su utilización será útil cuando, existiendo dificultad para medir la aportación de trabajo de cada socio, resulte que son parecidas porque la formación y el capital humano sean equivalentes y quepa suponer que todos contribuirán de forma semejante a la producción de beneficios sociales.

2. Retribución de la actividad profesional de los socios por antigüedad. Significa que los socios profesionales que más tiempo llevan en la sociedad obtienen por su trabajo en la sociedad una mayor participación en los beneficios sociales que los socios profesionales más recientes. El sistema se organiza de la siguiente forma: durante el período inicial de actividad en la sociedad el profesional recibe una retribución inferior a su rendimiento marginal —y por ello inferior a la que obtendría si desarrollara igual actividad fuera de la sociedad—, pero que será superior a dicho rendimiento durante el período medio-final. Lo que se gana en la segunda etapa profesional no es sino la retribución

a un interés fijo o a un porcentaje variable en función de los beneficios o de alguna otra magnitud. Los segundos pueden ser distribuidos de manera uniforme o variable, en todo o en parte, y en este último caso en función de la productividad de cada socio. Asimismo indica la necesidad de prever la retribución del socio temporalmente inactivo por enfermedad, accidente, o a consecuencia de sanciones penales o administrativas; sobre la separación de beneficios, también MAZZOCCA, *Le società...*, cit., págs. 118-119.

(80) Seguimos a CAMPINS, *La sociedad profesional*, cit., págs. 270-289.

(81) Vid., ARRUÑADA, B., *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, Barcelona, 1990, pág. 279; PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1994, pág. 147; MILGROM, P. & ROBERTS, J., *Economía, Organización, y Gestión de Empresas*, Barcelona, 1993, pág. 243.

postpuesta o aplazada de sus inversiones previas, que sólo obtendrá si continúa siendo socio en esa última etapa. Si, por el contrario, abandona antes la sociedad, las inversiones realizadas no serán remuneradas (82). En la práctica se articula adscribiendo al profesional al tiempo de su ingreso en la sociedad a una «promoción» que va ascendiendo, también en remuneración, en virtud de la antigüedad, hasta alcanzar la posición de socio principal. Tiene, como principal ventaja, que también se elimina la necesidad de medir la aportación de cada socio profesional a los resultados sociales, consecuencia de automatizar la decisión de ascenso y de remuneración correspondiente, y como principal inconveniente, que al llevarse a cabo con anterioridad a que se produzcan los productos marginales de cada socio puede ocurrir que conocidos se generen comportamientos oportunistas, como el del socio más productivo que tras comprobar que pese a ello recibe igual remuneración que el resto reduce sus esfuerzos (*shirking*) o incluso abandona la sociedad como única forma de obtener íntegramente la renta correspondiente a su capital humano (83).

3. Retribución de la actividad profesional de los socios por su productividad individual (84), lo que obliga a determinar conforme a los indicadores que se hayan previsto la contribución relativa de cada profesional a la productividad de la sociedad, y a dividir los beneficios (o la parte destinada a remunerar la actividad profesional) de acuerdo con esa determinación. La principal ventaja es que se crean importantes incentivos para que los profesionales trabajen intentando maximizar los resultados de su actividad, y el mayor inconveniente es que se ha de medir la productividad individual de cada socio (85), lo que es especialmente gravoso en el ámbito de la actividad

(82) PAZ-ARES, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, págs. 115-116; ARRUÑADA, *Análisis económico del Notariado*, Madrid, 1995, págs. 62 y 105.

(83) La solución pasa, frente a la posible reducción del nivel individual de esfuerzo, por completar este sistema basado en la antigüedad con un criterio de retribución variable en función de los resultados individuales de cada profesional —esta combinación constituye la línea básica del sistema de remuneración de los notarios, ARRUÑADA, *Análisis...*, cit., pág. 37 y sigs.—, y frente al riesgo de abandono de los profesionales más eficientes, por la creación de un capital específico de la sociedad que únicamente revertirá en los profesionales que sigan trabajando en ella, y que cuanto mayor sea, mayor será la pérdida del socio que abandone la sociedad, y por ello menor la tentación de hacerlo, lo que a su vez requiere asegurar relación con los clientes, que deberán sentirse clientes de la sociedad y no del profesional individual que les atiende —BECKER, G., *El capital humano*, Madrid, 1983, pág. 38 y sigs.

(84) JORDANA, C. & GARCÍA, J. A., «La retribución de los abogados: panorama actual y nuevas ideas», en *Economist & Iuris*, junio de 2004, pág. 75, señalan que «la retribución es una herramienta de gestión más, que debe ayudar a estimular a que los abogados alineen sus intereses con los del despacho, visualizando claramente que la mejora de la marca también implica la mejora de sus retribuciones y de su carrera profesional».

(85) Sobre las dificultades del sistema, vid., MILGROM & ROBERTS, *Economía, Organización...*, cit., pág. 454 y sigs.; ARRUÑADA, *Economía...*, cit., págs. 262-264, 284-286.

profesional, donde resulta complicado detectar el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del profesional (supervisar un caso jurídico implica prepararlo de nuevo por el supervisor), y además es frecuente que la actividad de un profesional esté vinculada a la de otros socios o factores que pueden no haberse previsto en el momento de regular el nivel y tipo de actividad exigible a cada profesional. Por lo que ligar la retribución al rendimiento individual puede conducir a resultados aleatorios, que, no obstante, deben minimizarse utilizando indicadores indirectos (por ejemplo, facturación, volumen de clientela captado, horas trabajadas, calidad del trabajo realizado, capital reputacional, etc.), si bien, la fijación del rendimiento individual nunca será exacta (86).

A este último criterio de productividad individual se refiere el artículo 9 PALSP, al señalar en su apartado 2 que: «Si los socios pretenden reservar una fracción del beneficio para su distribución por la junta o asamblea con arreglo a la contribución efectuada por cada uno de ellos a la buena marcha de la sociedad, el contrato social deberá determinar dicha fracción, especificar con suficiente objetividad los criterios generales de realización del reparto y establecer la mayoría necesaria para la adopción del correspondiente acuerdo, que nunca podrá ser inferior a la mayoría del capital y que, en todo caso, deberá contar con la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales», añadiendo el apartado 3 que: «Las previsiones contenidas en el apartado anterior serán asimismo de aplicación al reparto de aquella fracción del beneficio que eventualmente pueda reservarse en las sociedades de capital para la retribución de las prestaciones accesorias».

3.1.2.3. Límites a la autonomía de la voluntad de los socios

Habida cuenta las ventajas e inconvenientes serán los socios quienes elijan la forma que estimen más conveniente para retribuir la actividad profesional, dentro de los límites que constriñen la libertad contractual general y la societaria en particular. Los primeros no plantean especialidades en el ámbito de las sociedades profesionales. Respecto de los segundos hay que referirse a dos prohibiciones que afectan a todos los tipos sociales y a una específica de la SRL, ya analizada:

1. La prohibición de pactos leoninos, que consiste en excluir a uno o más socios de toda participación en las ganancias o en las pérdidas, con una

(86) GARCÍA MÁS, *Problemas y soluciones...*, cit., pág. 41, señala que la valoración de la aportación de trabajo «deberá hacerse en base al propio esfuerzo que realicen los profesionales y a su cualificación profesional, circunstancias estas que sólo podrán extraerse con claridad una vez en funcionamiento dicha sociedad».

única excepción, el socio de industria, que puede ser eximido de toda participación en las pérdidas (arts. 1.691 del Código Civil y 141 del Código de Comercio), no es más que una concreción en el contrato de sociedad de la prohibición de los pactos usurarios (art. 1.255 del Código Civil), que, por tanto, rige para todas las sociedades (87).

2. La prohibición de confiar al arbitrio de una parte la determinación de la participación de cada socio en los resultados sociales (art. 1690.2 del Código Civil, «*La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada a uno de los socios*») también es una concreción en el contrato de sociedad de lo previsto para todos los contratos en el artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe el arbitrio de una de las partes del contrato, pero sin alcanzar al arbitrio de un tercero, generalmente admitido (88).

En el contrato de sociedad, la prohibición del arbitrio de parte significa que carecen de validez las cláusulas estatutarias que atribuyen a la decisión de la mayoría de los socios la distribución de los beneficios sociales, ya que la mayoría no es sino una parte del contrato social (89). Conclusión que choca con la realidad de las sociedades profesionales, en las que lo normal es que se reserve una parte del beneficio para que sea distribuido por la asamblea de socios o Junta General entre los socios profesionales de conformidad con los criterios de remuneración de la actividad profesional que se hayan previsto (90).

El prohibido arbitrio de parte incluye tanto el mero arbitrio como el de equidad. Ahora bien, si la prohibición del mero arbitrio tiene justificación, a fin de no dejar a la libre voluntad de una de las partes la determinación, no ocurre lo mismo con el de equidad, en el que la voluntad no es libre sino limitada por la necesidad de sujetarse a las reglas de la equidad (91), lo que

(87) GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 201; Díez-PICAZO, *Los pactos leoninos...*, cit., págs. 569-575; PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., págs. 1443-1448; VICENT, *Introducción al Derecho Mercantil*, 2003, www.tirantonline.com, señala que: «mientras existan por lo menos dos socios, y aunque uno de ellos tenga la casi totalidad del capital social, los acuerdos sociales deberán respetar el «interés común de los socios» (art. 1666.1 del Código Civil), en base al «deber de fidelidad o de lealtad» entre socios, derivado del contrato. Ello supone la nulidad de toda cláusula contractual y de todo acuerdo «leonino», a juicio de los Tribunales, y no sólo la total exclusión de un socio en las ganancias o en las pérdidas (art. 1691.1 del Código Civil: «de toda parte»)».

(88) Díez-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, págs. 100-101.

(89) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1443.

(90) PAZ-ARES, *Curso...*, cit., pág. 759, indica que «con el propósito de facilitar la vinculación entre retribución y productividad, debe autorizarse expresamente la posibilidad de confiar a la Junta General de la sociedad profesional la posibilidad de determinar en cada ejercicio la participación en beneficios que corresponde a cada socio, todo ello sin perjuicio de adoptar las cautelas oportunas para conjurar el riesgo de abuso por parte de la mayoría».

(91) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1441; CAPILLA, *Comentario...*, cit., pág. 390; GARCÍA VICENTE, J. R.; MARTÍN PÉREZ, J. A. & VAQUERO PINTO, M. J., «La determina-

lo asimila al arbitrio de tercero, también sometido a la equidad, pero que está admitido en nuestro Ordenamiento jurídico. Se concluye entonces que tratándose de arbitrio de equidad no debería haber problema para unificar el arbitrio de parte y el de tercero en la idea común de arbitrio en los negocios jurídicos, o arbitrio negocial, constituyendo pues dos especies del mismo género (92). Y es que, el arbitrio de parte en equidad está admitido en la realidad jurídica y en la práctica más generalizada, que remiten la determinación del contenido de la prestación o de otros elementos del negocio a una de las partes (93), como es el caso de los honorarios profesionales, que normalmente no se fijan al tiempo de celebrarse el contrato, quedando al arbitrio del profesional que presta el servicio, que debe cuantificarlos según las reglas de la equidad, atendiendo a las concretas circunstancias que concurren, sin perjuicio de que puedan ser impugnados por excesivos (94).

El arbitrio de parte ha sido recogido por la PALSP en su artículo 9.2, como hemos visto, al permitir a los estatutos reservar una fracción del beneficio para su distribución por la Junta o asamblea conforme a la productividad individual de cada socio profesional con dos cautelas: *a)* Los estatutos sociales deben fijar con suficiente objetividad los criterios de productividad conforme a los que la Junta habrá de decidir el reparto de manera equitativa, lo que impedirá que su decisión pueda invalidarse invocando el comentado artículo 1.690 del Código Civil; y *b)* Los estatutos deben determinar la mayoría necesaria para la adopción del correspondiente acuerdo, que nunca podrá ser inferior a la mayoría del capital social, y que en todo caso deberá contar con la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales. Ambos aspectos, unos criterios conforme a los que realizar el reparto y un acuerdo con tales mayorías, constituyen garantía suficiente en orden a proteger a las minorías frente a la arbitrariedad y el abuso en que podrían incurrir las mayorías (95).

ción de los honorarios profesionales (en particular el arbitrario)», en *DPC*, núm. 11, 1997, pág. 92, quienes afirman que «lo que repugna al ordenamiento no es el juego de la voluntad unilateral sino el de la voluntad inmotivada o de la pura potestatividad».

(92) Díez-PICAZO, *El arbitrio...*, cit., pág. 106.

(93) A esta idea responde la admisión en nuestro Ordenamiento Jurídico, salvo supuestos concretos, de la autocontratación, que consiste en delegar a favor de una de las partes la facultad de formular el contenido del contrato, sin perjuicio de la también posible reacción frente al eventual abuso que cometa el autocontratante; la tradición romanista venía admitiendo expresamente en numerosos textos la posibilidad de remisión al arbitrio de una de las partes, siempre y cuando ésta procediera de manera equitativa, Díez-PICAZO, *El arbitrio...*, cit., págs. 101-102.

(94) CALVO, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, 1998, págs. 219 y sigs., y 518 y sigs.; GARCÍA, MARTÍN & VAQUERO, *La determinación...*, cit., págs. 103 y sigs.; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales», en *ADC*, 1983, págs. 1496 y sigs.

(95) CAMPINS, *Modelo...*, cit., pág. 151.

3.2. EN LOS DESPACHOS DE ABOGADOS: REGULACIÓN EN EL EGAE

Los ingresos sociales de un despacho de abogados están constituidos por los honorarios profesionales que los clientes pagan como contraprestación de los servicios jurídicos recibidos del despacho, que habrán ejecutado uno o varios socios, todos ellos abogados en ejercicio que ejercen la Abogacía en ese despacho.

A los honorarios como contraprestación se refiere el vigente EGAE en su artículo 44, que reconoce la libertad de las partes, sociedad y cliente, para su determinación, el carácter meramente orientativo y supletorio de los baremos de honorarios aprobados por los Colegios, y la prohibición de la *cuota litis* en sentido estricto. A su régimen como ingresos sociales dedica el EGAE el artículo 28.5, según el cual, «*Los honorarios corresponderán al colectivo sin perjuicio del régimen interno de distribución que establezcan las referidas normas*» (96).

Los honorarios se repartirán entre los abogados socios, según lo que éstos hayan dispuesto en las normas de funcionamiento del despacho, que, a su vez, habrán tenido que respetar lo establecido en este punto por el Derecho societario para el tipo social que el despacho haya adoptado. De forma que, como hemos visto, si el despacho adopta la forma de SA o de sociedad comanditaria por acciones, se aplica el régimen de distribución de beneficios previsto en la LSA, que sigue el criterio de la proporcionalidad con el capital desembolsado, con la alteración que supone que las acciones han de llevar aparejada como prestación accesoria el ejercicio de la Abogacía en el despacho en cuestión, dada la vinculación que el artículo 28.2 EGAE ha establecido entre la condición de socio de un despacho colectivo y la de abogado en ejercicio que efectivamente ejerce en su seno (denominada principio de identidad absoluta) (97), que será remunerada, pues los abogados desarrollan su actividad profesional en el despacho normalmente como medio de vida. A salvo queda la actividad correspondiente a la asistencia jurídica gratuita, que el abogado ejerce a título individual por mandato del artículo 28.4 EGAE; carácter extrasocial que, no obstante, puede no alcanzar a su retribución si así lo acuerdan los socios y lo solicitan del Colegio (98).

(96) De manera más amplia y clara en cuanto al reconocimiento de personalidad jurídica al despacho colectivo, el artículo 68.2 CAC indica que «*los derechos y obligaciones derivadas del ejercicio de la abogacía se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los abogados actuantes*».

(97) PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., pág. 1405.

(98) Dice el artículo 28.4 EGAE que: «*Los abogados agrupados en un despacho colectivo no podrán tener despacho independiente del colectivo*», lo que se ha interpretado en el sentido de que el ejercicio de la Abogacía en un despacho colectivo implica que el abogado socio contribuye a la realización del objeto social con toda su actividad profesional. «*No obstante, las actuaciones correspondientes a la asistencia jurídica gratuita*

En el resto de tipos sociales posibles para los despachos de abogados, los socios son libres de establecer la forma y criterios de reparto que estimen más convenientes, respetando las prohibiciones legales habidas en esta materia, pero teniendo en cuenta que como consecuencia de dicha vinculación, si el tipo social elegido es alguno de los personalistas, todos los abogados han de ser socios de industria, sin perjuicio de que también lo sean de capital, y si lo es de sociedad de responsabilidad limitada, las participaciones sociales llevarán la antedicha prestación accesoria de carácter profesional remunerada.

4. OTROS ASPECTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LOS DESPACHOS DE ABOGADOS

4.1. SUSTITUCIÓN Y VENIA INTERNA

La sustitución de un abogado miembro de un despacho colectivo por otro perteneciente al mismo en la ejecución de un asunto, a la que no se refirió el anterior EGA, planteó la duda de si era o no necesaria la solicitud y concesión de venia. El artículo 33 de ese texto legal prohibía a los abogados encargarse de la dirección de un asunto profesional encomendado anteriormente a otro compañero sin haber obtenido la venia como regla de consideración, en las condiciones que aquél preveía, y cuya ausencia se consideraba infracción disciplinaria.

Pese a que dicho EGA no aludió a la sustitución dentro de un despacho colectivo, la respuesta la ofrecía la propia naturaleza jurídica de éste, ya que configurado como una sociedad profesional externa, la relación de servicios se entabla entre el cliente y el despacho, por lo que la sustitución de un miembro por otro en la ejecución del asunto no supone una sustitución en su dirección, que sigue correspondiendo al despacho colectivo. En consecuencia, la venia interna resultaba improcedente, debiendo regirse la sustitución por lo acordado por las partes y dispuesto en las normas de funcionamiento del despacho.

El AEGA (art. 33.d) y la norma 2.^a-5 NOAPA quisieron poner fin a las dudas surgidas, y por ello declararon que: «*Las sustituciones que se produzcan se atenderán a las normas de funcionamiento del respectivo despacho, sin precisar la solicitud de venia*». Precepto que se mantiene idéntico en el artículo 28.5 del vigente EGAE.

4.2. CONFLICTOS INTERNOS

Pese a que las normas de funcionamiento de los despachos colectivos deben inspirarse en los principios que rigen las relaciones entre abogados,

tendrán carácter personal, aunque podrá solicitarse del Colegio su facturación a nombre del despacho colectivo».

tales como fraternidad, lealtad, respeto recíproco, etc., que tanto el EGAE como el Código Deontológico definen como deberes de los abogados, al menos en sus relaciones profesionales, esto resulta insuficiente en orden a impedir los conflictos que se producen entre los miembros de un despacho colectivo o entre éstos y los abogados colaboradores.

La mayoría de los conflictos ha surgido con motivo de la distribución de honorarios y de la defunción o separación de algún miembro o liquidación del despacho en relación con los asuntos en curso, unido al deseo de mantener o atraer a ciertos clientes. Conflictos que desde la Abogacía se ha entendido que pueden ser adecuadamente resueltos por los Colegios de Abogados. Por eso, pero para no desnaturalizar el carácter voluntario del arbitraje, el AEGA (art. 33.g) recomendó que se sometieran al arbitraje colegial, lo que reiteró la norma 2.ª-5 NOAPA y el artículo 28.5 del vigente EGAE, según el cual, «*Para la mejor salvaguardia del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho*».

También la PALSP contempla una cláusula de arbitraje para resolver determinados conflictos que pueden surgir en el seno de las sociedades profesionales, aunque no precisa que se trate de un arbitraje colegial. Dice el artículo 16 que: «1. Las controversias derivadas del contrato de sociedad que surjan entre socios, entre socios y administradores y entre cualquiera de estos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje. 2. Las impugnaciones de acuerdos sociales para los que estén legitimadas personas distintas de socios y administradores no podrán ser objeto de arbitraje».

4.3. SECRETO PROFESIONAL

El secreto profesional se entiende hoy como un deber-derecho indispensable para que el abogado pueda defender los intereses que le son confiados desde la seguridad de que esa confianza tiene garantía de plena confidencialidad. Su protección es tradicional desde la perspectiva del ejercicio individual de la profesión, si bien, hoy en día su total contemplación requiere que también se haga desde el ejercicio colectivo de la profesión. En los despachos colectivos, el deber de guardar secreto profesional presenta dos aspectos (99):

1. Hacia el exterior del despacho colectivo. Significa que todos sus miembros en cuanto que abogados en ejercicio tienen una obligación legal, estatutaria y deontológica de guardar secreto, aunque no sean quienes materialmente ejecuten el asunto del cliente, que podrán invocar para oponer-

(99) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 349.

se a declarar sobre hechos relativos a la actividad profesional propia o del resto de abogados del despacho que hayan conocido en razón de este modo de ejercer la profesión (arts. 542.3 LOPJ y 5.1 CDAE). Por eso, la norma 2.^a-6 NOAPA declaró que «*se extenderá a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional*», lo que literalmente repite el artículo 28.6 del vigente EGAE (100).

2. Hacia el interior del despacho colectivo. Significa que el abogado encargado de la ejecución del asunto debe mantener la confidencialidad frente a los demás componentes del despacho si así lo solicita el cliente. Éste debe tener garantizada la faceta externa del secreto profesional, quedando a su arbitrio la interna. Será él quien decida si quiere extenderlo hacia el interior del despacho, aun cuando ello pueda privarle del beneficio de un mejor asesoramiento o defensa, consecuencia del esfuerzo colectivo de los abogados que lo integran.

No obstante, y acerca de esta faceta, el artículo 5.5 del vigente CDAE parece entender justamente lo contrario, pues determina que «*En caso de ejercicio de la Abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo*», es decir, que el abogado que ejecuta el asunto debe guardar secreto frente al resto, lo que podría defenderse desde la necesidad de garantizar al máximo el secreto profesional, aunque más bien parece que el CDAE, coherente con su planteamiento de no considerar al despacho de abogados como miembro de la profesión, condición que reserva sólo para el abogado, persona física, refiere a éste, y no a aquél, el deber de secreto profesional, el cual hace valer frente a los demás componentes, todos ellos abogados, personas físicas.

4.4. INEXISTENCIA DE INTERESES CONTRARIOS

La parcialidad que deriva de aceptar la defensa de unos concretos intereses impide que el abogado pueda aceptar al mismo tiempo la defensa de los que resultan contrarios. En el caso de los despachos colectivos, en los que la parte deudora de la prestación de servicios es el despacho (y no el abogado actuante) esa prohibición significa que el despacho no puede asumir la defensa de intereses contrarios a los que ya está defendiendo. Prohibición frente a la que no cabe alegar que los miembros de un despacho colectivo pueden actuar con la suficiente separación e independencia, pues, aunque así fuera, es indiscutible que se estaría privando al cliente de los efectos propios de la colectividad, en cuanto que una parte no quedaría a su disposición (101).

(100) Sin embargo, el CAC no hace referencia al deber de secreto profesional en una sociedad de abogados ni cuando regula el secreto profesional, en su artículo 40, ni cuando regula las sociedades.

(101) DE ANGULO, *Los despachos colectivos...*, cit., pág. 345.

El anterior EGA no hizo referencia a la defensa de intereses contrapuestos en el ámbito del ejercicio colectivo de la Abogacía, que sí fue objeto del artículo 6.11, párrafo 2, del CDAE de 1987, según el cual: «Es contrario a la ética profesional la asunción por un abogado de la defensa de un determinado asunto en que el contrario litigante esté dirigido por otro abogado con el que comparta despacho», del artículo 33.e) AEGAE, de la norma 2.^a-5 NOAPA, del artículo 28.6 del vigente EGAE, conforme al cual, *«se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo... las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos»*, y del artículo 3.3 del actual CDAE, a cuyo tenor: *«En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía... el Abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda... implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo»*.

No obstante, la redacción de tales preceptos no es la correcta, pues en los mismos no se prohíbe que un despacho colectivo, que es la parte contratante, acepte la defensa de intereses contrapuestos con los que ya está defendiendo, sino que, obviando que el despacho es una sociedad profesional con personalidad jurídica, y por tanto un sujeto de derecho distinto de los abogados que la componen, dirige la prohibición de incurrir en situación de conflicto de intereses, no al despacho, y sí a los abogados miembros individualmente considerados, como si de ejercicio individual de la profesión se tratara (102). Según dicho precepto, los destinatarios de la prohibición son *«todos los miembros del despacho»* respecto de los asuntos que son *«patrocinados»* por cualquiera de ellos o de los *«clientes de otros miembros del colectivo»*, cuando el patrocinio corresponde a la sociedad y los clientes *«lo son»* de la sociedad. Falta de rigor técnico que sorprende aún más si se tiene en cuenta que, como se ha visto, no cabe que los abogados integrantes de un despacho colectivo ejerzan la Abogacía al margen de ese despacho (art. 28.4 EGAE).

Pues bien, pese a la redacción, no cabe duda que se quiere prohibir cualquier situación de conflicto de intereses, ya sea porque el despacho colectivo acepta un asunto que entra en conflicto con otro previamente aceptado (independientemente de quién o quiénes sean los abogados socios a los que se encomiende su ejecución), ya porque un abogado miembro que también ejerce al margen del despacho colectivo (si fuera posible) (103) acepta a nivel individual un asunto contrario al que está defendiendo el colectivo.

(102) En los mismos términos se pronuncia el artículo 29.5 CAC, relativo a los conflictos de intereses, cuando dice que: *«Las prohibiciones anteriores se extienden también a los socios y los colaboradores del abogado afectado»*.

(103) Que no lo es en el ámbito del EGAE, a la vista de su artículo 28.3. En cuanto al CAC, dispone su artículo 68.4 que: *«Excepto que el contrato social establezca otra cosa diferente, los socios que aporten a la sociedad, como prestación de actividad, el ejercicio de la abogacía, lo harán de forma exclusiva»*.

RESUMEN

ABOGADOS

De los despachos de abogados, que son sociedades profesionales externas, surge una organización que, frente a otras sociedades, presenta algunas especialidades derivadas de su objeto social, que impone, como punto de partida, que dicha organización no puede cercenar los principios caracterizadores del ejercicio profesional y, en concreto, la libertad y la independencia con las que los socios profesionales han de desarrollar su actividad profesional en la sociedad, ni los específicos de cada profesión, como es el secreto profesional en la Abogacía. De otro lado, el abogado que se integra en un despacho lo hace con la intención de obtener unos beneficios que le permitan hacer frente a sus necesidades económicas cotidianas, por lo que ha de estar prevista una remuneración periódica para los socios profesionales, que procederá de las ganancias obtenidas por la sociedad. Ambos aspectos, gestión social y participación en los resultados sociales, se analizan a continuación en lo que ha de considerarse como una teoría general de las sociedades profesionales, para posteriormente ver la regulación contenida en el Estatuto General de la Abogacía Española y en el Código de la Abogacía Catalana, repasando, también, lo que sobre estos aspectos ha previsto el recientemente aprobado Proyecto de Ley de Sociedades Profesionales.

ABSTRACT

ATTORNEYS

Law firms, which are professional partnerships with legal personality of their own, give rise to a type of organisation that has some special features in comparison to other sorts of partnerships. These special features stem from the purpose of a law firm, which means, to begin with, that a law firm must be organised such as not to curtail the principles that characterise professional practice and, more specifically, the freedom and independence with which professional partners must perform their professional activity in the firm, nor the specific principles of each profession, such as the client/attorney secret in the law. Furthermore, an attorney who joins a law firm does so with the intention of reaping certain profits to enable him or her to deal with daily economic needs, so periodic remuneration for the partners from the firm's earnings must be envisaged. Both of these aspects, management and a share in the firm's profits, are analysed below in what may be regarded as a general theory of professional partnerships. Afterwards, the regulations contained in the State Statute of Spanish Legal Practice and the Code of Catalan Legal Practice are seen, with a review of what the recently passed Professional Partnerships Bill has to say about these aspects as well.

(Trabajo recibido el 18-11-05 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

DERECHO COMPARADO

Las asociaciones en la jurisprudencia peruana actual

por

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA

*Presidente del Tribunal Registral de los Registros Públicos de Perú.
Miembro del Instituto Peruano de Derecho Mercantil*

SUMARIO

- I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.
- II. LAS ASOCIACIONES Y SU REGULACIÓN ACTUAL.
- III. LA ASAMBLEA GENERAL DE ASOCIADOS:
 - 3.1. CONVOCATORIA.
 - 3.2. *QUÓRUM*.
 - 3.3. MAYORÍAS.
 - 3.4. LA ASAMBLEA GENERAL DE REGULARIZACIÓN.
- IV. EL CONSEJO DIRECTIVO.
- V. ASPECTOS DOCUMENTALES.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El derecho de asociación ha sido consagrado por la Constitución Política de 1993 como uno fundamental de todas las personas, que puede definirse como derecho «a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley (...)» (inc. 13, art. 2) (1); el mismo que constituye la base de organi-

(1) RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo I, Lima - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, febrero de 1999, pág. 320. Precisa el autor que «el derecho de asociación no tiene que conducir necesaria-

zación y participación de los ciudadanos en su desarrollo y obtención de fines colectivos, el fortalecimiento de sus instituciones, la preservación de la democracia, entre otros.

A su vez y con el objeto de su desarrollo legislativo, el Código Civil de 1984 ha regulado algunas de las personas jurídicas y organizaciones existentes en nuestro ordenamiento, tales como la asociación, fundación, comité, etc.

En el ámbito doctrinal y según la teoría tridimensional del derecho, la persona jurídica es definida como una organización de personas que se asocia en la búsqueda de un fin valioso y que cumple con la formalidad de la inscripción en el Registro, de donde surgen dos centros de imputación de derechos y deberes distintos, la persona jurídica y los miembros considerados individualmente (2).

Al tener nexo y dependencia de las personas naturales que la conforman, la categoría de persona jurídica constituye jurídicamente hablando una sola persona, ontológicamente, un grupo de seres humanos y valorativamente una unidad de fines (3).

En tanto sujeto de derecho, la persona jurídica es capaz de ser titular de derechos y obligaciones, de carácter patrimonial y extra-patrimonial, sin más limitación que la que se deriva de su propia naturaleza; en ese sentido, la finalidad de la persona jurídica sólo implica la limitación de los poderes de sus órganos sociales, mas no la limitación de la capacidad de la propia persona jurídica (4).

Y ¿qué ha sucedido en el ámbito jurisprudencial?, ¿en especial en materia de asociaciones?

El conocimiento del derecho exige —además de la legislación y doctrina— de la jurisprudencia, es decir, del análisis de las decisiones de los órganos encargados de interpretar y aplicar las normas y la doctrina en casos concretos.

La jurisprudencia registral en materia de asociaciones ha girado en torno a diversos tópicos, tales como la asamblea general de asociados, el consejo directivo, sus aspectos documentales, etc.

Siendo que en esta oportunidad y dada su importancia, centraremos nuestra atención en la denominada «jurisprudencia registral» (jurisprudencia en

mente a la formación de una persona jurídica distinta para poder ejercerse. Por el contrario, basta con la coaligación de las personas para la finalidad común».

(2) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas (Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil)*, Lima - Grijley EIRL, enero de 2000, pág. 185. Del mismo autor, véase: «Doctrina y Legislación sobre la persona en el siglo XX», en *Instituciones del Derecho Civil peruano (visión histórica)*, Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente y Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Tomo I.

(3) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, Lima - Gaceta Jurídica, S. A., mayo de 2004, pág. 659.

(4) *Ibid.*, pág. 663.

sentido lato), con especial énfasis en los denominados «precedentes de observancia obligatoria», es decir, aquellos «criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales en el ámbito nacional»; criterios interpretativos que también deben ser observados por los usuarios en la búsqueda de publicidad registral de sus derechos (5).

Como parte de un proyecto mayor, procederemos a revisar y analizar la jurisprudencia registral actual en materia de asociaciones desde una perspectiva esencialmente personal.

II. LAS ASOCIACIONES Y SU REGULACIÓN ACTUAL EN EL PERÚ

1. Conforme al artículo 80 del Código Civil, la asociación es definida como una «organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo».

2. En cuanto al carácter no lucrativo cabe precisar que no deben confundirse los objetivos últimos de las asociaciones con las actividades (generalmente económicas) que realizan; ya que éstas son sólo medios o vías instrumentales que les permiten generar recursos o captarlos para poder cumplir sus fines (6).

En ese mismo sentido se ha precisado en la jurisprudencia registral que «lo que define a la asociación no es la actividad común que desarrollen los asociados —que podría ser cualquier actividad—, sino la finalidad con la que se realiza dicha actividad común, que necesariamente debe ser no lucrativa, esto es, que no deben repartirse ganancias entre los asociados» (7) (8).

(5) Artículo 158 del TUO. Reglamento General de los Registros Públicos: «Constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, que establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior (...). Los precedentes (...), conjuntamente con las resoluciones en las que se adoptó el criterio, deben publicarse en el diario oficial «El Peruano» y en la página web de la SUNARP mediante Resolución del Superintendente Adjunto, siendo de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su publicación en dicho diario».

(6) VEGA MERE, Yuri, «La Asociación, la Fundación y el Comité en el Código Civil», en *Gaceta Jurídica*, tomo 49, diciembre de 1997, pág. 33-B.

(7) Resolución del Tribunal Registral número 024-2001-ORLC/TR del 18-1-2001.

(8) Resolución Final número 677-2001-CPC del 20-9-2001 de la Comisión de Protección del Consumidor INDECOPI que señala: «El hecho que una asociación (...) realice una actividad económica, no implica necesariamente que se desnaturalice su finalidad no lucrativa, ni que dicha actividad económica forme parte de un proceso productivo (...)».

3. La asociación, una vez inscrita en el Registro de Personas Jurídicas (Libro de Asociaciones) y desde un punto de vista formal (legal) —se reitera—, adquiere autonomía respecto de sus miembros, convirtiéndose en sujeto de derecho distinto.

En virtud de tal autonomía, la asociación posee una estructura y organización definidas y, conforme a ellas, para formar la voluntad social es preciso que sus miembros se hayan constituido en asamblea general, con las formalidades y garantías exigidas por su estatuto o la ley (9).

4. Según la estructura actual establecida por el Código Civil, el órgano de gestión y representación de la asociación es el Consejo Directivo y su órgano supremo deliberante, la asamblea general de asociados; los mismos que pasaremos a revisar seguidamente.

III. LA ASAMBLEA GENERAL DE ASOCIADOS

1. La asamblea general de asociados constituye el órgano dominante de la asociación, al ser la instancia que decide en torno a sus actividades, fines y demás aspectos trascendentales.

La asamblea general es, además, un medio de expresión de la voluntad colectiva e individual de los asociados (voluntad social), donde rige el principio mayoritario (los acuerdos válidamente adoptados obligan a todos los miembros), conforme a los *quórum* y mayorías establecidos en el estatuto y la ley.

Asimismo, la asamblea general es un órgano de control del consejo directivo y de los propios asociados, inclusive (10).

2. Así, se ha establecido en la jurisprudencia registral que «la asamblea general de una asociación, como órgano supremo facultado para aprobar y modificar el estatuto, podrá válidamente interpretar sus alcances en los casos en que la norma estatutaria inscrita resulte ambigua, incierta o contradictoria» (11).

Es decir, si la asamblea general puede modificar el estatuto, con mayor razón puede interpretar sus alcances en supuestos de ambigüedad, incertidumbre o contradicción interna —argumento *ab maioris ad minus*—; interpretación que puede hacerse de manera expresa o tácita, es decir, al adoptar acuerdos que presuponen la asunción de una determinada interpretación.

(9) DE LOS MOZOS, José Luis, *Derecho Civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., pág. 293.

(10) MUÑOZ ZICHES, Jorge, «Reformas al Código Civil de 1984», en *Comisión de Reforma de Códigos* (Difusión legislativa - Eventos académicos y ponencias), Lima, Congreso de la República, T. II, 1999, pág. 396.

(11) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el XII Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 13-9-2005 y sustentado en las Resoluciones número 623-2003-SUNARP-TR-L del 1-10-2003, número 144-2004-SUNARP-TR-L del 12-3-2004, y número 39-1999-ORLC/TR del 12-2-1999.

3. La formación de la voluntad social por la asamblea general de asociados se sujeta entonces a una serie de formalidades y requisitos estatutarios o legales para su exteriorización al mundo jurídico; siendo sus principales aspectos la convocatoria, el *quórum* y las mayorías.

3.1. CONVOCATORIA

A) La convocatoria se refiere a aquellos mecanismos previstos en el estatuto o la ley para hacer de conocimiento de los asociados la realización de la asamblea general, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta los sujetos legitimados para convocar, la forma de comunicación, la agenda, los plazos de anticipación, el lugar de celebración, etc.

La convocatoria constituye un acto previo indispensable para la publicidad de la realización de la asamblea general de asociados y del contenido de su agenda y como tal es un instrumento de protección de los derechos de participación de los asociados en la conformación de la voluntad social; por lo que debe efectuarse cumpliendo los requisitos establecidos previamente en el estatuto o la ley.

B) Respecto a la agenda se ha establecido en la jurisprudencia registral que, «La convocatoria a asamblea general de las asociaciones debe señalar las materias a tratar, no siendo válido adoptar acuerdos respecto a materias no consignadas en la convocatoria, o que no se deriven directamente de ellas» (12).

Este criterio rompe la excesiva rigidez del esquema interpretativo anterior que obligaba a realizar una nueva convocatoria en casos de omisiones o defectos en la agenda —con los costos y tiempos que ello suponía—, otorgando mayor agilidad en el manejo de la asociación, teniendo como única limitación que los temas ampliados se deriven «directamente» de los consignados en el aviso de convocatoria publicitado.

C) Conforme al artículo 85 del Código Civil corresponde al presidente del consejo directivo convocar a la asamblea general «en los casos previstos en el estatuto, cuando lo acuerde dicho consejo directivo o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados»; sin embargo, tal disposición no puede entenderse absoluta sino que puede admitir excepciones.

En efecto, en la jurisprudencia se han reconocido facultades de convocatoria en favor de otro miembro del consejo directivo: «es válido pactar en el estatuto de una asociación que sea un integrante del consejo directivo distinto al presidente quien convoque a asamblea general» (13).

(12) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el II Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 143-2002-ORLC-TR del 20-3-2002.

(13) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones nú-

Tratándose del vicepresidente —cuya función es precisamente «reemplazar» al presidente—, cabe preguntar ¿si debe acreditarse ante el Registro la existencia de los supuestos que ameritan su intervención en reemplazo del titular?

A fin de dar solución a este dilema, se ha señalado en la jurisprudencia que «no requiere acreditarse ante el Registro la ausencia o impedimento temporal del presidente, para admitir el ejercicio de sus facultades por parte del vicepresidente. La vacancia del cargo de presidente deberá inscribirse en forma previa o simultánea al acto en el que el vicepresidente actúa en su reemplazo por este motivo. Cuando el vicepresidente actúa en reemplazo del presidente sin indicar causa de vacancia en el cargo debe presumirse que lo está reemplazando de manera transitoria» (14).

D) Como queda dicho, salvo los supuestos de universalidad —siempre que exista acuerdo unánime en su realización y en la agenda a tratar—, la asamblea general de asociados precisa de una previa convocatoria por parte del presidente o sujeto legitimado a efectuarla; en ese esquema, la «autoconvocatoria» no es posible.

Por ello constituye una *rara avis* en nuestro ordenamiento la autoconvocatoria establecida en el tercer párrafo del artículo 5 de la Ley General de Habilitaciones Urbanas, Ley número 26878: «la convocatoria para designar representantes especialmente facultados para iniciar, impulsar y culminar el procedimiento, hasta la independización, titulación y registro individual de cada lote, será realizada directamente por el número de asociados, socios o cooperativistas que establezcan los respectivos estatutos y, en su defecto, por el 10 por 100 de los mismos».

E) Volviendo al esquema general, el artículo 85 del Código Civil señala que en caso que la solicitud de asociados que representen «no menos de la décima parte» de la totalidad de miembros, no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, «la convocatoria es hecha por el juez (...), a solicitud de los mismos asociados» (proceso sumarisimo) (15); siendo que, si el juez ampara la solicitud, «ordena se haga la

mero 447-2000-ORLC/TR del 18-12-2000, número 583-2001-ORLC/TR del 17-12-2001 y número 26-2002-ORLC/TR del 18-1-2002. Así, se señala en una de estas Resoluciones que, «si bien el Código Civil ha dispuesto que sea el presidente del consejo directivo el que convoque a asamblea general, sin embargo, establecer una fórmula distinta, como que otro integrante del consejo directivo efectúe la convocatoria, no afecta la esencia de (...) (la asociación, dado que se trata de un miembro del órgano directivo elegido por la propia asamblea general, órgano supremo».

(14) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el IX Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 5-1-2005 y sustentado en la Resolución número 705-2004-SUNARP-TR-L del 29-11-2004.

(15) Véase, ARIANO DEHO, Eugenia, «Convocatoria a Asamblea General (art. 85)», en *Código Civil Comentado*, Tomo I, Lima - Gaceta Jurídica, S. A., pág. 419.

convocatoria de acuerdo al estatuto, señalando el lugar, día, hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el notario que dé fe de los acuerdos».

F) En materia de convocatoria judicial, la jurisprudencia ha sido bastante amplia; así se ha establecido que «tratándose de una asamblea convocada por el Juez para elegir al Consejo Directivo, no debe ser materia de observación que no se haya cumplido previamente con elegir al Comité Electoral previsto en el estatuto, pues la asamblea judicialmente convocada está rodeada de garantías de imparcialidad equiparables a la conducción de las elecciones por el Comité Electoral» (16).

Es decir, si como consecuencia del proceso iniciado por los asociados el Juez dispone la convocatoria, aun si la misma tuviese defectos —como la inobservancia de las disposiciones estatutarias que exigen el previo nombramiento del comité electoral—, el Registro no deberá cuestionarla ni enervar sus efectos, al considerarse que la intervención judicial garantiza la imparcialidad de las elecciones; atendiendo además a los fines del proceso, de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica (art. III, T.P. Código Procesal Civil).

Ello sin perjuicio de calificar los demás aspectos del título, es decir, el *quórum*, las mayorías y las formalidades del acta.

Igualmente, en la jurisprudencia registral se ha establecido que «el juez, al convocar a asamblea general, ha meritado la solicitud de los interesados, por lo que no corresponde acreditar ante el registro la negativa de la convocatoria por el órgano al que le correspondía hacerlo» (17).

Si el Juez amparó la solicitud es porque, a su criterio, se cumplieron satisfactoriamente todos los presupuestos establecidos en el artículo 85 del Código Civil y ello tiene que ver con el fundamento de su resolución, aspecto que no es materia de calificación registral.

G) Sobre la asamblea universal y sus límites se ha indicado en la jurisprudencia registral que, «la asamblea general, aun cuando se celebre con la presencia y el voto a favor de la totalidad de asociados, no puede acordar incumplir la norma estatutaria que establece que las elecciones serán conducidas por un comité electoral» (18).

Sin perjuicio del carácter vinculante de este criterio interpretativo y a efectos meramente ilustrativos, debe decirse que existe en la resolución que

(16) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el I Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 097-2002-ORLC/TR del 14-2-2002.

(17) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el II Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 033-2002-ORLL-TRN del 7-3-2002.

(18) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el XII Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 13-9-2005 y sustentado en la Resolución número 307-2002-ORLC/TR del 20-6-2002.

la sustenta un voto en discordia (minoría) que asume que, en un contexto de «universalidad» la prescindencia del requisito estatutario no desnaturaliza las elecciones ni afecta los derechos de los asociados, quienes tienen a su disposición los mecanismos para impugnar u oponerse a los actos que les sean lesivos, de ser el caso.

3.2. QUÓRUM

A) La asamblea general para poder reunirse válidamente requiere de la necesaria asistencia de un número mínimo de asociados previsto en el estatuto o la ley, según se trate de acuerdos que impliquen la modificación del estatuto o no.

B) El artículo 87 del Código Civil establece que, «para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados (...). Para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados (...)».

C) El *quórum* establecido en este dispositivo se entiende como mínimo, ya que estatutariamente podrían establecerse exigencias mayores, incluso la unanimidad (19).

Opinamos que la unanimidad en materia de *quórum*, si bien legalmente admisible en virtud de la autonomía de las organizaciones en la regulación de sus intereses, supone dificultades a la propia organización y conformación de la voluntad social, pues, por ejemplo, la sola ausencia de uno de los miembros imposibilitaría la instalación de la asamblea general y consecuentemente, el tratamiento de los temas materia de agenda y, finalmente, la toma de decisiones corporativas.

D) Respecto al *quórum* requerido en las asambleas eleccionarias se ha establecido en la jurisprudencia que, «para que se celebre válidamente la asamblea general con el objeto de elegir al consejo directivo, como toda asamblea, deberá reunir el *quórum* requerido, según se trate de primera o segunda convocatoria» (20).

(19) DE BELAUNDE L. DE R., Javier, «Reforma del Código Civil y las Personas Jurídicas», en *Congreso de la República: Reforma de Códigos*, Lima, 2.^a ed., T. II, 1999, pág. 494. Véase, del mismo autor: «El proyecto de enmiendas a la sección sobre personas jurídicas», en *El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina)*, Lima - Palestra Editores, S.R.L., tomo I, año 2001, pág. 275.

(20) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el I Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 292-2002-ORLC/TR del 13-6-2002.

El sustento del precedente anterior se encuentra en el hecho que, la asamblea general puede celebrarse de distintos modos, es decir, de manera simultánea o no simultánea. La asamblea se realizará de manera simultánea cuando los asociados se reúnan en un mismo lugar y hora —previstos en la convocatoria—, momento en el que se verificará la existencia del *quórum* para proceder a tratar los temas materia de agenda y, finalmente, formar la voluntad social a través de los votos individuales de los asistentes; a su vez, la asamblea se realizará de manera no simultánea cuando los asociados emitan sus votos en lugares y momentos diferentes, también previamente establecidos en la convocatoria, verificándose el *quórum* y mayorías al final de la misma.

E) En ese orden se ha señalado que «la voluntad emanada de los asociados, se encuentren éstos reunidos en un mismo lugar o tiempo o la manifestada a través de una distinta forma, en la medida que determinen los destinos de la persona jurídica, constituyen la asamblea general», tal como ocurre con la asamblea general no simultánea; de lo que se colige, «el proceso eleccionario constituye una asamblea general, aun cuando su celebración se dé en diferentes lugares y tiempos» y consecuentemente, debe cumplirse con los *quórum* y mayorías establecidos en el estatuto o la ley (21).

3.3. MAYORÍAS

A) La adopción de los acuerdos por la asamblea general precisa de un mínimo número de votos previstos por la ley o el estatuto —un voto por cada asociado—, según se trate o no, igualmente, de temas que se refieran a la modificación del estatuto.

B) La asamblea general constituye un medio de expresión de la voluntad colectiva e individual de los asociados regido por el «principio mayoritario», es decir, los acuerdos válidamente adoptados por la mayoría obligan a todos los miembros, incluido los disidentes y los que no hubieran participado en la reunión.

C) En ese sentido, el artículo 87 del Código Civil establece que para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados, y en segunda, basta la presencia de cualquier número de asociados, siendo que «los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes»; asimismo, para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados y «los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concu-

(21) Resoluciones número 499-2003-SUNARP-TR-L del 8-8-2003 y número 120-2003-SUNARP-TR-L del 28-2-2003.

rrentes», en segunda convocatoria, «los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte».

D) Las mayorías establecidas en el artículo 87 del Código Civil se entienden como mínimas, ya que estatutariamente podría establecerse exigencias mayores, incluso la unanimidad (22).

Igualmente opinamos que la unanimidad en materia de mayorías, si bien legalmente admisible en virtud de la autonomía de las organizaciones en la regulación de sus intereses, conlleva dificultades a la propia organización y conformación de su voluntad social, pues el solo voto en contra de uno de los miembros imposibilitaría la adopción de acuerdos respecto de los temas de la agenda, entre otros.

E) Respecto a la formación de la voluntad social y la elección de los directivos, la jurisprudencia registral ha precisado que, «aun cuando se haya presentado una lista, en toda elección los asociados deben emitir su voto para que la junta directiva sea validamente elegida, no procediendo la proclamación de la única lista presentada sin la previa votación de los asociados» (23), dado que la asamblea general de asociados es el órgano competente para elegir a los miembros del consejo directivo (art. 86 del Código Civil).

3.4. LA ASAMBLEA GENERAL DE REGULARIZACIÓN

A) En cuanto a la denominada «asamblea general de regularización», establecida en el artículo 2 de la Resolución del Superintendente Nacional número 202-2001-SUNARP-SN del 31-7-2001, cabe recordar que la misma se dio con el propósito de reestablecer la exactitud registral (regularización de la inscripción de las directivas), legitimándose al último presidente (o el integrante designado por el consejo directivo) de la directiva electa pero no inscrita a convocar a la respectiva asamblea, conforme al estatuto o la ley (24).

B) Conforme a ese dispositivo, en el acta de la asamblea general de regularización debe constar el acuerdo de la asamblea de «reconocer las elecciones anteriores no inscritas, inclusive respecto al órgano o integrante del mismo que convoca la asamblea general de regularización» y «la indicación del nombre completo de todos los integrantes del órgano de gobierno elegido y su período de funciones», conforme a las normas estatutarias o legales vigentes.

(22) DE BELAUNDE L. DE R., Javier, *op. cit.*, pág. 494.

(23) Resolución número 171-2002-SUNARP-TR-L del 21-3-2002.

(24) La aplicación de la Resolución número 202-2001-SUNARP-SN se extendió a las Asociaciones Pro Vivienda, Cooperativas, Comunidades Campesinas y Empresas Multicomunales, mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número 609-2002-SUNARP-SN del 20-12-2002 («El Peruano» del 27-12-2002).

C) A efectos de la inscripción de las directivas «regularizadas» y en virtud de dicha norma, sólo se precisa de copia certificada del acta de la asamblea de regularización y de la documentación pertinente, no requiriéndose documentación «adicional» referente a las asambleas eleccionarias anteriores no inscritas (25).

D) Al respecto cabe preguntar: ¿si ello implica que la asamblea de regularización no es susceptible de subsanación mediante otra asamblea convocada al efecto? y ¿si el acta de esta asamblea subsanatoria sería considerado como documento «adicional»?

En la jurisprudencia registral se ha precisado que, «los defectos, errores u omisiones existentes en el acta de la asamblea general de regularización —realizada al amparo de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número 202-2001-SUNARP/SN—, pueden ser subsanados mediante una asamblea general posterior, debiendo presentarse para su inscripción ambas actas de asamblea general» (26).

Este criterio se sustenta en el hecho que el referido dispositivo si bien establece un régimen excepcional, no puede desconocer que la asamblea de regularización participa de la misma naturaleza que cualquier otra asamblea general —excepto por la materia de que trata, restringida a la regularización de la elección de los miembros del consejo directivo—, y como tal, susceptible de presentar defectos, errores u omisiones en el proceso de conformación de la voluntad social que exijan subsanación mediante una nueva asamblea convocada al efecto, la misma que tendrá el carácter de «complementaria»; siendo que, jurídicamente hablando, ambas actas contienen un solo acto, por lo que deben calificarse conjuntamente.

IV. EL CONSEJO DIRECTIVO

1. Dada su naturaleza de persona jurídica, la asociación requiere necesariamente de órganos y/o personas para efectos de su gestión (administración) y representación.

2. En ese sentido, en el caso de las asociaciones corresponde al consejo directivo la gestión y representación de la asociación, conforme se colige del

(25) Resolución número 192-2003-SUNARP-TR-L del 28-3-2003, en el que se expresa que si se presentara documentación referente a las elecciones materia de regularización, la misma no deberá ser tomada en cuenta en la calificación, «que deberá realizarse exclusivamente en mérito a lo que conste en el acta de la asamblea de regularización».

(26) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el I Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 22-1-2003 y sustentado en la Resolución número 189-2002-ORLC/TR del 10-4-2002.

articulado del Código Civil, no habiéndose establecido de manera expresa e integral todas sus facultades.

Entre las facultades implícitas —que deberían corresponder al consejo directivo como órgano gestor y representativo—, tenemos el manejo de los recursos sociales, su organización administrativa, el desarrollo de las operaciones tendentes a la consecución de sus fines, la celebración y ejecución de los actos y contratos, etc.; entre sus facultades expresas se encuentran la llevanza de los libros (art. 83), la convocatoria a la asamblea general de asociados (art. 85), entre otros.

3. En cuanto a la representación de la asociación —aspecto trascendente que vincula a los terceros—, debe decirse que la misma puede canalizarse a través de órganos previstos por el estatuto o la ley, sean colegiados (consejo directivo) o individuales (gerente, en caso que el estatuto lo establezca) —representantes «legales» o «necesarios»—, o apoderados designados por la propia persona jurídica para determinados actos —representantes «voluntarios»—.

4. En el ámbito doctrinal existen discrepancias en torno a la naturaleza de tal representación; siendo que históricamente la tendencia ha oscilado entre la «teoría del mandato», que entiende a los miembros de los órganos como simples mandatarios sujetos a los términos y plazos del mandato otorgado por la persona jurídica, y la «teoría del órgano», que asume al órgano directivo como permanente y necesario, con todas las facultades indispensables para el despliegue de la capacidad de la persona jurídica y que debe permanecer hasta su renovación efectiva.

5. Desde un punto de vista general, la representación es «aquella actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen (normalmente) en el representado»; la misma que se sustenta en la sustitución de voluntades y en la cooperación con intereses ajenos; sin embargo, tratándose de las personas jurídicas, la representación genera problemas conceptuales y prácticos, dado que el órgano representativo no tiene autonomía respecto a la persona jurídica de la que es su vehículo de expresión —hay una suerte de «ensimismación» del órgano con la persona jurídica—, por lo que no podría hablarse propiamente de «representación». Sin embargo, autorizada opinión considera que en este caso nos encontramos con un *sui generis* fenómeno de representación y no ante un caso de ausencia de ella; pues si bien hay falta de propiedad terminológica, visto desde el lado práctico, la actuación de las personas jurídicas en el ámbito jurídico requiere de una especial manera de representación (27).

(27) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Lima - Grijley EIRL, 1994, pág. 167.

6. Respecto del ámbito material de la representación de las personas jurídicas (contenido), el órgano representativo debería estar facultado para todo cuanto sea necesario para el despliegue de la capacidad y finalidad de aquellas y, en cuanto a su ámbito temporal (vigencia) los miembros de los órganos directivos deberían continuar en el ejercicio de sus funciones hasta que se designen a sus reemplazantes.

7. No obstante la trascendencia del tema, no existe en el Código Civil una norma expresa que regule la representación de las personas jurídicas y sus alcances, lo que obliga a remitirse a las normas pertinentes del Libro de Acto Jurídico con los problemas conceptuales y prácticos que ello acarrea.

8. A efectos de la seguridad del tráfico jurídico, consideramos necesario el establecimiento de un marco legal general que establezca facultades mínimas o «standards» en los órganos representativos, de modo tal que quienes contratan o se vinculan jurídicamente con las personas jurídicas tengan la certeza de que el acto surtirá los efectos queridos y no puedan ser desconocidos por éstas; ello sin perjuicio de dejar algún margen al estatuto para determinar el modo del ejercicio de tales facultades y otros aspectos vinculados. Lo contrario supondrá que, quienes deseen vincularse jurídicamente con las personas jurídicas requieran no sólo verificar la existencia y vigencia de la representación (por ejemplo, representantes orgánicos o voluntarios), sino además sus alcances (por ejemplo, actos de disposición, gravamen, montos máximos, régimen de poderes, etc.), aspecto que difiere en cada una de las personas jurídicas y encarece innecesariamente la contratación (28).

9. En ese propósito deben destacarse los trabajos realizados por la «Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil», designada mediante Ley número 26394, modificada por Ley número 26673 y reconstituida por Resolución Ministerial número 460-2002-JUS, presidida por Jorge Avendaño Valdez.

Entre las propuestas de modificación de la parte de disposiciones generales de las personas jurídicas tenemos que se pretende incorporar un artículo 79-A (representación) con el siguiente texto: «La representación de la persona jurídica corresponde a quien establezca la ley o el instrumento de constitución. Tratándose de personas jurídicas reguladas por este Código, el

(28) Aunque limitado al ámbito procesal, constituye un avance en ese propósito la dación de la Ley 26789, que dispone en su artículo único que, «el administrador representante legal o presidente del consejo directivo, según corresponda, de las personas jurídicas reguladas en la Sección Segunda del Libro I del Código Civil, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señalada en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, aprobado por Decreto Legislativo número 768, por el solo mérito de su nombramiento inscrito en el registro correspondiente, salvo disposición estatutaria en contrario. Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, sólo debe presentarse copia notarialmente certificada del documento donde consta el nombramiento inscrito».

presidente del consejo directivo, el de la junta de administración o el administrador de la persona jurídica, según corresponda, son sus representantes legales, salvo disposición legal o estatutaria distinta. Los representantes legales pueden celebrar todos los actos y contratos inherentes al cumplimiento del objeto de la persona jurídica, con las limitaciones establecidas por la ley y el estatuto. En estos casos es aplicable lo dispuesto en los artículos 161 y 162. Los representantes legales gozan de las facultades de representación procesal señaladas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, por el solo mérito de su nombramiento inscrito»; asimismo, se pretende incorporar un artículo 79-B (responsabilidad *ultra vires*) en los siguientes términos: «La persona jurídica está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de sus facultades inscritas, aunque tales actos comprometan a la persona jurídica por actividades no comprendidas dentro de su objeto social» (29).

10. Cambiando de tema, ¿qué sucedería si el estatuto establece un número determinado de miembros del consejo directivo y la asamblea general de asociados sólo elige a algunos de ellos, omitiendo pronunciarse respecto de los demás?

A efectos de absolver esa inquietud, debe recordarse que el ordenamiento jurídico faculta a las personas que se asocian a autorregular su organización a través del estatuto, siempre dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico (art. 82 del Código Civil).

El estatuto constituye la ley fundamental de la persona jurídica, aplicable por igual a todos sus miembros, en tanto «conjunto de normas que determina la estructura interna de la persona jurídica, que rige su actividad, que señala sus fines y que regula sus relaciones con el mundo exterior» (30), el mismo que no puede imponer obligaciones a los terceros, sino que éstos en sus relaciones jurídicas con la persona jurídica deberán respetar su derecho de auto-estructura interna en materia de representación, capacidad y facultades (31); en ese sentido, creemos que la inaplicación o aplicación parcial de las normas estatutarias no constituye *per se* causal de invalidez o ineficacia de los acuerdos adoptados, sino que habrá que ver el tema en cada caso concreto.

En ese sentido, con un criterio amplio y a fin de evitar la acefalía de la asociación en la jurisprudencia, se ha establecido, «podrá inscribirse a los integrantes del consejo directivo de asociación cuando no se ha elegido a la totalidad de los mismos, siempre que se elija el número suficiente de integrantes como para que éste pueda sesionar y que entre los elegidos se en-

(29) Véase, página web del Ministerio de Justicia: www.minjus.gob.pe

(30) GUTIÉRREZ ALBORNOZ, Javier, *La concesión de personalidad jurídica a las corporaciones y fundaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pág. 91.

(31) LLUIS Y NAVAS, Jaime, *Derecho de Asociaciones*, Barcelona, Librería Bosch, 1977, págs. 125-126.

cuentre el presidente u otro integrante al que el estatuto asigne la función de convocar a asamblea general» (32).

Es decir, se opta por el principio de conservación de los acuerdos de la asamblea general y el aseguramiento de la continuidad de la gestión y representación de la persona jurídica, sobreentendiéndose que tal defecto no afecta la validez ni la eficacia del acto.

12. Respecto de la renovación del consejo directivo se ha precisado en la jurisprudencia registral que, «es inscribible la prórroga de la vigencia del mandato del consejo directivo, siempre que esté prevista en el estatuto y se adopte antes del vencimiento de dicho mandato. En tal caso, no es exigible la realización de proceso eleccionario alguno. La reelección, en cambio, significa que los integrantes del consejo directivo son nuevamente elegidos, lo que implica la realización de un proceso eleccionario» (33).

Es decir, ante el silencio de la ley, la jurisprudencia diferencia ambos conceptos a fin de brindar a la organización las herramientas necesarias para el adecuado manejo de su representación y gestión; así, en caso de que se opte por la prórroga, la misma deberá acordarse antes del vencimiento del plazo de duración del consejo directivo, no requiriéndose un nuevo proceso eleccionario; en cambio, si se opta por la reelección, ésta precisa de un nuevo proceso donde se elijan a las mismas personas en los cargos (la otra opción es la renovación total de los cargos, como normalmente ocurre). Tanto la prórroga como la reelección son potestativas de la asamblea general de asociados, en tanto órgano máximo deliberante.

V. ASPECTOS DOCUMENTALES

1. Sobre el particular se ha dicho con mucho acierto que, «a efectos de su inscripción en el Registro, la formalización de los acuerdos colegiados de toda persona jurídica debe aparecer rodeada de una serie de cautelas tendientes a garantizar tanto la realidad de su existencia como su válida formación y exacto contenido y que se traducen ante todo en la exigencia de su reflejo en actas que recojan todas las circunstancias que garanticen aquellos extremos, y cuyo contenido, una vez aprobados, se ha de extender o transcri-

(32) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el XII Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 13-9-2005 y sustentado en las Resoluciones número 100-2001-ORLC/TR del 1-3-2001, número 351-2001-ORLC/TR del 14-8-2001 y número 284-2001-ORLC/TR del 2-7-2001.

(33) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones número 22-2005-SUNARP-TR-A del 9-2-2005, número 37-2005-SUNARP-TR-A del 1-3-2005 y número 106-2004-SUNARP-TR-A del 25-6-2004.

bir en libros debidamente diligenciados y acompañarse de los documentos complementarios exigidos por la ley o el estatuto» (34).

2. Salvo los acuerdos vinculados a la modificación del estatuto, que requieren formalizarse en escritura pública, en los demás, la inscripción se efectuará en mérito a documentos privados, es decir, copias certificadas notarialmente del acta de la asamblea general de asociados, documento en el que se materializa la voluntad social y cuya fuerza legal se produce desde su aprobación.

3. El artículo 104 de la Ley del Notariado señala que, «el notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción literal o parte pertinente de actas y demás documentos, con indicación, en su caso, de la legalización del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido».

4. Respecto a la legalización de los libros de las personas jurídicas, el artículo 115 de la Ley del Notariado establece que «para solicitar la legalización de un segundo libro u hojas sueltas, deberá acreditarse el hecho de haberse concluido el anterior o la presentación de certificación que demuestre en forma fehaciente su pérdida».

Aspectos que anteriormente eran revisados en sede registral y que ahora, en virtud de la jurisprudencia, se excluyen de la calificación; en efecto, «la persona jurídica debe acreditar ante el notario y no ante el registro la conclusión o pérdida del libro anterior para que proceda la legalización de un segundo y subsiguientes libros. A efectos de verificar la concordancia entre el libro de la persona jurídica obrante en el título cuya inscripción se solicita y el antecedente registral, se debe tomar en cuenta el libro correspondiente contenido en el antecedente registral inmediato» (35).

Es decir, la verificación del cumplimiento de los requisitos para la apertura de un nuevo libro corresponderá exclusivamente al Notario y al Juez de Paz Letrado; en cuanto a este último, si bien el precedente no lo menciona, conforme al artículo 1 de la Ley 26501, se entendería comprendido (36).

5. Además del documento principal constituido por el acta de la asamblea general de asociados que contiene los acuerdos adoptados por dicho órgano, existen otros documentos que «coadyuvan» a la inscripción, como son la lista de asistentes y el libro padrón (salvo se presente declaración jurada res-

(34) Resolución del Tribunal Registral número 231-97-ORLC/TR.

(35) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones número 55-2001-ORLC/TR del 6-2-2001, 416-2000-ORLC/TR del 28-11-2000, 26-2002-ORLC/TR del 18-1-2002 y 256-2002-ORLC/TR del 16-5-2002.

(36) Artículo 1: «La legalización de apertura de libros contables y otros que la ley señale es competencia tanto de los jueces de paz letrados como de los notarios, a elección del usuario».

pecto del *quórum*), el aviso de convocatoria (salvo declaración jurada respecto de la convocatoria), etc.

6. A propósito de la reapertura de actas se ha dicho en la jurisprudencia registral que, «es posible rectificar el contenido de las actas de sesiones de las personas jurídicas, corrigiendo un dato que se consignó en forma errónea o consignando un dato que se omitió —pudiendo consistir la omisión en un acuerdo que habiendo sido adoptado por la persona jurídica no se hizo constar en el acta—. Para ello deberá dejarse constancia de la fecha de la reapertura del acta y la misma deberá ser suscrita por quienes firmaron el acta primigenia o rectificada» (37).

Criterio interpretativo que busca facilitar las inscripciones al eliminar la exigencia de realización de nueva asamblea general de asociados para la subsanación de los defectos u omisiones indicados, aplicando por analogía el artículo 44 del Código de Comercio (38).

7. Respecto a la acreditación de la convocatoria y el *quórum* de la asamblea general, debe recordarse que mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número 331-2001-SUNARP-SN del 29-11-2001 se incorporó el uso de «declaraciones juradas» a efectos de facilitar la labor de calificación registral.

La importancia de este dispositivo puede comprobarse fácilmente si se tiene en cuenta que anteriormente la calificación de la convocatoria y el *quórum* de las asambleas generales implicaba de ordinario la revisión de innumerables documentos con información compleja y diversa, muchas veces irrelevantes en términos registrales.

8. Las declaraciones juradas se emiten bajo responsabilidad civil y penal de las personas que las formulan —es decir, «que pudieran derivarse de (su) falsedad o inexactitud»—; siendo función del Registrador Público, «verificar que se haya dado cumplimiento a los requisitos de las declaraciones juradas» (39).

9. En cuanto a la convocatoria, el artículo 2 dispone que —excepto los casos de publicación en el diario—, la convocatoria a asamblea general podrá

(37) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 9-6-2005 y sustentado en las Resoluciones número 521-2004-SUNARP-TR-L del 3-9-2004, 494-2003-SUNARP-TR-L del 8-8-2003, 176-2002-SUNARP-TR-L del 3-4-2002 y 579-2001-ORLC/TR del 10-12-2001.

(38) Artículo 44: «Corrección de errores u omisiones en los libros.

Los comerciantes salvarán a continuación, inmediatamente que los adviertan, los errores u omisiones en que incurrieron al escribir en los libros, explicando con claridad en qué consistían, y extendiendo el concepto tal como debiera haberse estampado.

Si hubiere transcurrido algún tiempo desde que el yerro se cometió o desde que se incurrió en la omisión, harán el oportuno asiento de rectificación, añadiéndose al margen del asiento equivocado una nota que indique la corrección».

(39) Resolución número 260-2004-SUNARP-TR-L del 30-5-2004.

acreditarse mediante declaración jurada formulada por el presidente del consejo directivo o por quien legal o estatutariamente se encuentre facultado para reemplazarlo, en el sentido que: «a) (...) la convocatoria se ha realizado en la forma y con la anticipación contemplada en el estatuto. Asimismo, se precisará el o los medios utilizados para la convocatoria y que se cuenta con las constancias de recepción. En caso de no tener la obligación de contar con dichas constancias, se precisará que los integrantes de la persona jurídica han tomado conocimiento de la convocatoria, de acuerdo con los mecanismos previstos en el estatuto respectivo. b) La reproducción de los términos de la convocatoria».

10. Sobre el *quórum*, el artículo 3 establece que en sustitución de la «lista de asistentes» y del «registro de miembros» (padrón), podrá presentarse una declaración jurada formulada por el presidente del consejo directivo o por quien legal o estatutariamente se encuentre facultado para reemplazarlo, en el sentido que: «a) El número de miembros de la asociación, del comité o de delegados, de ser el caso, que se encuentran habilitados para concurrir a la asamblea respectiva, a la fecha del acta materia de calificación, precisando los datos necesarios que identifiquen al libro del registro de miembros en que se basa para brindar la declaración tales como su número y fecha de legalización si lo tuviera. b) El número y nombre de los miembros de la asociación, del comité, o de delegados que asistieron y demás circunstancias que resulten necesarias para el cómputo del *quórum* (...)».

11. Siendo que, en caso de discrepancia entre el contenido del acta y de la declaración jurada, primará el contenido del acta; ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que puedan derivarse de la inexactitud de la declaración contra el declarante.

12. ¿Quién debe efectuar la declaración jurada respecto a la convocatoria, es decir, el presidente del consejo directivo saliente que realizó la convocatoria a la asamblea eleccionaria o el presidente del consejo directivo electo en dicha asamblea?

En la jurisprudencia registral se ha establecido que «las declaraciones juradas respecto a la convocatoria y al *quórum* reguladas en la Resolución número 331-2001-SUNARP/SN podrán ser formuladas por el presidente del consejo directivo que convocó o presidió la asamblea, según sea el caso, o por el nuevo presidente del consejo directivo elegido que se encuentre en funciones a la fecha en que se formula la declaración» (40).

Este criterio —creemos—, se sustenta en la presunción de buena fe vigente en nuestro ordenamiento jurídico y en la responsabilidad que se deriva de la

(40) Precedente de observancia obligatoria aprobado en el IX Pleno Registral, publicado en el diario oficial «El Peruano» del 5-1-2005 y sustentado en la Resolución número 705-2004-SUNARP-TR-L del 29-11-2004.

presentación de declaraciones juradas; circunstancias que permiten admitir la declaración jurada presentada por uno u otro sujeto, indistintamente.

13. Finalmente, el empleo de los formularios registrales se amplió a las Cooperativas, Comunidades Campesinas y Empresas Multicomunales, en virtud de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número 609-2002-SUNARP-SN del 20-12-2002, buscando así evitar que la calificación de la convocatoria y *quórum* de sus órganos se torne innecesariamente compleja, además de brindar un tratamiento homogéneo a estas personas jurídicas en cuanto al uso de tales documentos.

RESUMEN

ASOCIACIONES PERÚ

El derecho de asociación es consagrado en la Constitución Política del Perú como uno fundamental de todas las personas, que puede definirse como derecho «a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley (...)» (inc. 13, art. 2).

Concordantemente y dentro del ámbito legislativo, el Código Civil desarrolla algunas de las personas jurídicas y organizaciones existentes en el ordenamiento jurídico peruano, tales como la asociación, fundación, comité, etc.

A efectos de conocer los alcances del referido ordenamiento, en especial en materia de asociaciones, se hace necesario el conocimiento de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia.

El presente trabajo centra su interés en la denominada jurisprudencia registral, es decir, las decisiones de los órganos encargados de interpretar y aplicar las normas y la doctrina en casos concretos.

En ese sentido, se revisarán los alcances de la regulación actual de las asociaciones en el Perú, la jurisprudencia registral vinculada a su órgano máximo deliberante, es decir, la asamblea general de asociados —órgano confor-

ABSTRACT

PERU ASSOCIATIONS

The right of association is consecrated in the Political Constitution of Peru as a fundamental right of all persons, which may be defined as the right «to associate and to create foundations and diverse not-for-profit forms of legal organisation, without prior authorisation and pursuant to the law» (art. 2, indent 13).

Concordantly, in the legislative realm, the Civil Code addresses some of the legal persons and organisations operating under Peruvian law, such as associations, foundations and committees.

In order to ascertain the scope of the above-said law, especially in matters of associations, it becomes necessary to have some knowledge of legislation, doctrine and jurisprudence.

This article focuses its interest on what is called registration jurisprudence, i.e., the decisions of the bodies in charge of interpreting and applying rules and doctrine in specific cases.

The article will review the scope of current association regulations in Peru, registration jurisprudence linked to the highest deliberating body, i.e., the general assembly of members (the body deciding what the group intent is), and the main aspects thereof (call to meeting, quorum and majorities), the general as-

mante de la voluntad social—, y sus principales aspectos (convocatoria, quórum y mayorías), la asamblea general de regularización, su órgano gestor y representativo, léase, el consejo directivo (junta directiva) y sus aspectos documentales (actas, libros, etc.).

sembly of regularisation, its managing and representative authority, in other words, the association board (board of directors) and its documentary aspects (minutes, books, etc.)

(Trabajo recibido el 25-07-06 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

Luces y sombras de la fe pública registral en el Derecho austriaco (*)

por

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO
Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Civil

SUMARIO

1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ORGANIZACIÓN:
 - a) EL HAUPTBUCH O LIBRO PRINCIPAL.
 - b) LA URKUNDENSAMMLUNG O COLECCIÓN DE DOCUMENTOS.
2. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN.
3. LA FE PÚBLICA REGISTRAL. ALCANCE:
 - a) SENTIDO GENERAL.
 - b) JUSTIFICACIÓN DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL FRENTE AL DEPÓSITO DE DOCUMENTOS.
 - c) ALCANCE DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL:
 1. *Planteamiento del problema.*
 2. *Tratamiento de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia.*
 3. *Valoración crítica:*
 - 3.1. La «excepcional» obligación de consultar los documentos.
 - 3.2. La cuestionable fe pública registral de los documentos.

El sistema registral austriaco entronca, como es sabido, con el modelo alemán de inscripción constitutiva, aunque presenta caracteres propios que rompen la plena identidad con aquél, entre otros, particularmente, su configuración como sistema causalista frente a la abstracción alemana. Pero de

(*) Este trabajo es fruto del estudio realizado en la Universidad de Salzburgo en la primavera de 2005, con el apoyo del Colegio de Registradores de España. A quienes lo hicieron posible, y en particular al Director de Relaciones Internacionales del Colegio, Nicolás NOGUEROLES PEIRÓ, agradezco toda la ayuda prestada.

todas las cuestiones de interés que podríamos abordar en relación con los caracteres del Derecho registral austriaco, vamos a centrarnos exclusivamente en una de ellas por la especial contribución que puede suponer en el entendimiento del papel que genéricamente juega el Registro cuando en él se lleva a cabo la inscripción de derechos con el efecto de fe pública registral. Al mismo tiempo, el análisis de estas cuestiones nos revelará cierta confusión en relación con los contornos de la fe pública registral, como consecuencia de la particular estructura del Registro austriaco, a la que seguidamente nos referiremos, y ligado tal vez a la falta de reconocimiento en este sistema del principio de oponibilidad.

Para el examen de todas estas cuestiones atenderemos básicamente a la regulación contenida en el Grundbuchsgesetz (GBG) o Ley del Registro, sin perjuicio de la referencia a otras normas complementarias en esta materia como son el Allgemeines Grundbuchsanlegungsgesetz (AGAG) o Ley general sobre la creación del Registro, el Grundbuchsumstellungsgesetz (GUG) o Ley sobre la reorganización del Registro, y algunas disposiciones del Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) o Código Civil austriaco.

Teniendo en cuenta esta normativa, esbozaremos a continuación la estructura del Registro de la Propiedad austriaco como primera aproximación a este sistema registral, en cuanto presupuesto para el adecuado entendimiento de las cuestiones que centran este estudio, concretamente el análisis del principio de inscripción y el alcance de la fe pública registral, extremos que, como veremos, se encuentran íntimamente ligados entre sí. Asimismo aludiremos brevemente, al tratar el efecto de la fe pública registral, a la existencia en el Derecho austriaco de un depósito de documentos sobre concretos bienes que se desarrolla al margen del Registro, regulado en la Hinterlegungsgesetz (HUG), cuyo análisis comparativo con el Registro resulta particularmente esclarecedor en relación con esta cuestión.

1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ORGANIZACIÓN

El Registro de la Propiedad austriaco, al igual que el alemán, se encuentra integrado en los Juzgados. En sentido estricto, este Registro se compone de dos elementos: el Hauptbuch o libro principal, y la Urkundensammlung o colección de documentos (§ 1GBG). Junto a ellos existen ciertos instrumentos de carácter auxiliar que no forman parte propiamente del Registro, si bien son utilizados en el marco registral por su utilidad básicamente a título informativo. Quizá el más importante de estos elementos sean los mapas, que son en realidad una copia de los mapas catastrales y resultan particularmente esclarecedores en relación con la identificación de los inmuebles. Aunque las relaciones entre el Catastro y el Registro exceden del objeto de este estudio, simplemente

apuntaremos ahora la existencia entre ambas instituciones de una eficaz coordinación que justificaría un análisis específico y detallado de la materia.

Junto a los mapas se encuentran además tres relaciones de carácter auxiliar, referidas a los inmuebles, las direcciones y las personas, que posibilitan la localización de un folio registral cuando no se conoce el número de folio sino el número catastral del inmueble, el domicilio o el nombre de alguno de los propietarios. Si lo único que se conoce es la localización del inmueble, entonces habría que consultar el mapa catastral.

Por lo que se refiere a la relación de inmuebles, refleja, respecto de cada uno de ellos, los datos esenciales, concretamente el número catastral del inmueble, el tipo de uso al que se destina y su superficie, indicando además si se encuentra inscrito en el Grenzkataster (1). La relación de domicilios contiene todas las direcciones de los inmuebles de un municipio ordenadas alfabéticamente, según el nombre del lugar y de la calle y según el número de la casa. Respecto de cada dirección de inmueble se indican el Registro y la oficina de medición competentes, el nombre y número del municipio catastral, así como el número de folio registral y de inmueble catastral. Y por último, la relación de personas revela con relación a cada Land y por orden alfabético, los propietarios y titulares de un derecho de superficie inscritos como tales en el Registro, con su fecha de nacimiento y la dirección y folio registral del inmueble correspondiente. Respecto de esta última lista es importante resaltar su ruptura con la amplia publicidad de la información registral. Se trata del único supuesto en el que la información no resulta accesible para cualquiera, sino tan sólo para quien acredite un interés legítimo, limitación que se justifica en la necesidad de proteger la intimidad.

No obstante, como decíamos, únicamente el libro principal y la colección de documentos integran el Registro de la Propiedad. Los instrumentos auxiliares que acabamos de referir se dirigen simplemente a facilitar la búsqueda de información en el Registro, pero en ningún caso podemos entender que formen parte del mismo, razón por la cual los efectos de la inscripción no se extienden a ellos, y en consecuencia, no les alcanza la fe pública registral, cuestión de particular relevancia en lo que se refiere a los mapas del Registro (2).

Formulado este primer esbozo del Registro de la Propiedad en Austria y sus «satélites», abordamos a continuación con mayor detalle el examen de los

(1) Aunque todos los inmuebles se encuentran en el Catastro, sólo algunos están inscritos en el Grenzkataster, más moderno, mientras que otros únicamente se encuentran en el Grundsteuerkataster.

(2) En este sentido, BÖHM, H., *Sachenrecht, Allgemeiner Teil*, Lexis Nexis ARD Orac, Viena, 2003, pág. 60; GSCHNITZER, F., *Österreichisches Sachenrecht*, Springer-Verlag, Viena-Nueva York, 2.ª ed., 1985, pág. 31; IRO, G., *Bürgerliches Rect. IV, Sachenrecht*, Springer-Verlag, Viena-Nueva York, 2.ª ed., 2002, pág. 39.

dos elementos que verdaderamente lo integran: el libro principal y la colección de documentos.

a) EL HAUPTBUCH O LIBRO PRINCIPAL

Se integra por los folios registrales de las fincas pertenecientes a un municipio catastral (§ 2 AGAG). Huelga decir, según lo anterior, que se sigue el sistema de folio real, adaptado ya desde los años ochenta a las nuevas tecnologías (3). Pero no sólo el libro principal, sino también los instrumentos auxiliares anteriormente referidos se encuentran en soporte informático, aunque no, como veremos, la colección de documentos.

Es en el libro principal, y posiblemente de ahí su denominación, donde se inscriben los derechos; es decir, refleja la situación jurídica del inmueble (4). Aunque el principio de inscripción se desarrollará en un momento posterior, adelantamos ya que conforme al § 9 GBG existe una lista cerrada de los derechos inscribibles, concretamente los derechos reales y gravámenes, junto con el derecho de recompra y el derecho de adquisición preferente, así como el derecho de arrendamiento. Sólo éstos pueden por tanto tener acceso al Registro mediante inscripción en el libro principal.

Con relación a la inscripción apuntaremos además someramente que son tres las clases de asientos que se pueden practicar en el libro principal: la inscripción en sentido estricto (*Einverlebung*), la inscripción provisional (*Vormerkung*) y la anotación (*Anmerkung*). Con el abandono del papel en el actual modelo registral se considera que la práctica del asiento tiene lugar en el momento en que se produce el almacenamiento en la base de datos electrónica (§ 2, párrafo 1 GUG). Al mismo tiempo, el soporte informático permite que con la cancelación del asiento desaparezca toda referencia al mismo en el folio registral, cosa que antes no ocurría, de modo que en aquél sólo se contendrán los asientos vigentes. Pero como no deja de tener importancia el conocimiento de circunstancias pretéritas, existe dentro del libro principal, aunque sin formar parte del folio registral, una lista de asientos cancelados (§ 3 GUG).

A semejanza de como ocurre en el modelo alemán, el libro principal presenta una estructura tripartita: la hoja del bien u hoja A (*Gutsbestandsblatt* o *A-Blatt*); la hoja de propiedad u hoja B (*Eigentumsblatt* o *B-Blatt*) y la hoja de cargas u hoja C (*Lastenblatt* o *C-Blatt*). Esta referencia a la hoja (*Blatt*) parece ser sólo un recuerdo de lo que fue en su día, al sustituirse las tres hojas actualmente en el soporte electrónico por una única página con tres apartados.

(3) En este sentido indicaremos que el GUG, que regula la llevanza electrónica del Registro, es pionero en la materia por cuanto fue aprobado el 27 de noviembre de 1980.

(4) RECHBERGER, W. H y BITTNER, L., *Grundbuchsrecht*, WUV, Viena, 1999, pág. 39.

La hoja A se compone de dos partes. La primera de ellas se dirige a la identificación de la finca registral, indicando los inmuebles catastrales que la integran. Asimismo se refleja, gracias a las posibilidades que ofrece la llave electrónica del Registro, el número del libro diario correspondiente a los asuntos registrales aún no despachados y el año, acompañados del término «Plombe» (§ 11 GUG), además del número del libro diario del último asiento practicado con la indicación «letzte TZ» (§ 14 GUG). De este modo se permite un fácil conocimiento de la última modificación registral operada y de las solicitudes de inscripción que se están despachando. Y por lo que se refiere a la segunda parte de la hoja A, contiene las modificaciones de la finca mediante segregaciones e incorporaciones y los derechos vinculados a la propiedad del inmueble, como son las servidumbres a favor del predio dominante, así como las limitaciones jurídico-públicas sobre el inmueble. Además se hace constar la reserva de propiedad sobre máquinas que se encuentren en el inmueble y pertenezcan a una persona distinta del titular de la finca.

En cuanto a la hoja B, hace referencia a la situación dominical del inmueble. Tratándose de un bien público, basta con la indicación de este extremo, mientras que en caso contrario se identifica al propietario. Junto a ello se indican las limitaciones de administración o disposición del inmueble, particularmente la minoría de edad, el sometimiento a tutela o la apertura del concurso. Las prohibiciones de gravar o enajenar el inmueble se contienen en la hoja C, si bien en la hoja B se hace constancia de su existencia (§§ 10 y 11 AGAG).

Finalmente, la hoja C contiene todos los derechos que gravan el inmueble (hipotecas, servidumbres, censos), así como los derechos que se puedan constituir sobre aquéllos (subhipoteca), los derechos de recompra, de adquisición preferente y de arrendamiento, y algunas limitaciones a la disposición, como son las sustituciones fideicomisarias y las ya mencionadas prohibiciones de gravar y enajenar (§ 11 AGAG).

b) LA URKUNDENSAMMLUNG O COLECCIÓN DE DOCUMENTOS

Todos los documentos en los que se base la práctica de un asiento en el Hauptbuch han de recogerse en esta colección de documentos. Según disponen los §§ 87 y siguientes GBG, al presentarse una solicitud de inscripción, se acompañará ésta del original de los documentos necesarios para la estimación de la petición, y se depositará en el Registro el original o una copia de los mismos, formando de este modo la colección de documentos. Tales documentos se ordenan de acuerdo con el número que en el libro diario se haya asignado a la petición y el año.

A diferencia del libro principal, la colección de documentos continúa teniendo como soporte el papel, de manera que para su consulta es necesario

acudir al Registro. No obstante, está proyectada la informatización de estos documentos y en este sentido, desde 2003 se prevé en el § 2 GUG, en su cuarto párrafo, la llevanza de la colección de documentos mediante una base de datos que sustituirá el depósito de documentos. De este modo, toda la información del Registro se hará vía informática, prescindiendo por completo del papel y de la consiguiente necesidad de trasladarse al juzgado para obtener la información registral.

En cualquier caso, indicaremos que esta colección de documentos es únicamente una fuente secundaria y subordinada de información, debiendo atenderse ante todo al contenido del libro principal (5). No obstante, las posibles divergencias entre los documentos y las inscripciones plantean el problema de determinar la preferencia de unos u otras, y la solución a la que en estos casos se llegue será reveladora de la función y el valor de las inscripciones y en última instancia del papel del Registro y el alcance de la fe pública registral, cuestiones todas ellas a las que nos referiremos a continuación.

2. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

Como ya hemos anunciado, la inscripción tiene en el Derecho austriaco naturaleza constitutiva, por lo que se configura como uno de los principios esenciales de este sistema registral, aunque, como veremos, cuenta con ciertas excepciones. En virtud de este principio de inscripción, podemos afirmar en términos generales, reproduciendo lo que dispone el § 4 GBG, que la adquisición, transmisión, limitación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles y determinados derechos personales inscribibles (6) sólo son eficaces mediante la inscripción de tales derechos en el Hauptbuch o libro principal. Teniendo en cuenta la anterior alusión a la estructura del Registro austriaco, diremos que la inscripción de los derechos se produce en el libro principal, y los documentos que se han presentado para fundar tal inscripción o una copia de los mismos se integrarán en la colección de documentos, como posteriormente detallaremos.

En la misma línea que el § 4 GBG se manifiesta en el marco de las normas sustantivas el § 431 ABGB al exigir la inscripción registral junto con el negocio de adquisición para la transmisión de la propiedad sobre bienes inmuebles. El precepto alude así al título y el modo como elementos necesarios para la adquisición de los derechos reales inmobiliarios, y tal modo se concreta en la inscripción registral. En tanto ésta no se practique, no tendrá eficacia el derecho, si bien puntualizamos que tal eficacia se reconocerá

(5) En este sentido, FEIL, E.; MARENT, K. H. y PREISL, G., *Grundbuchsrecht*, Linde, Viena, 2005, págs. 94 y 95.

(6) Vid. *supra* los derechos inscribibles.

desde el momento en que se solicitó la inscripción y no desde la fecha en que efectivamente ésta se realice (§ 29, párrafo 1 GBG). En definitiva, y no sólo por identificarse la inscripción con el modo para la constitución, transmisión y extinción de los referidos derechos, sino también por otros motivos como los efectos que produce en relación con la confianza de los terceros, a los que más tarde aludiremos, es opinión unánime en la doctrina austriaca que el Registro cumple con relación a los inmuebles la misma función que la posesión para los bienes muebles (7).

La consecuencia inmediata del principio de inscripción se concreta en el hecho de que la práctica totalidad de los inmuebles en Austria se han inmatriculado, en la medida en que el acceso del inmueble al Registro es el requisito previo para la inscripción de los derechos sobre el mismo. Para los casos en que no se haya producido la inmatriculación, prevé el ordenamiento austriaco un depósito de documentos al que posteriormente aludiremos, pero cuyo deficiente alcance tuitivo ha derivado tal vez en una progresiva disminución de los inmuebles no inscritos, encontrándose hoy en día prácticamente la totalidad de ellos inmatriculados. No realizamos, sin embargo, una afirmación categórica en relación con este punto, ya que es preciso formular una doble matización respecto de la genérica inmatriculación de los inmuebles. Por una parte, indicaremos que la inmatriculación de los bienes públicos, a diferencia de lo que sucede con los inmuebles privados, no se produce de oficio sino a instancia de parte, con la excepción de ciertos Länder (8), que son de este modo los únicos que tienen inmatriculados todos sus inmuebles, tanto públicos como privados, mientras que en los demás Länder sólo los inmuebles privados están inmatriculados en su totalidad. Por otra parte, ocurre en el caso austriaco que junto al Registro de la Propiedad existen otros registros especiales para ferrocarriles, montañas, uso del agua y en algunos Länder para los antiguos bienes nobiliarios, de modo que quedan excluidos del primero los inmuebles inscritos en alguno de estos otros registros especiales. No obstante, hemos de indicar que estos registros especiales se someten a las mismas reglas que el Registro de la Propiedad, de modo que la matización del principio de inscripción con relación a los inmuebles en ellos inscritos es meramente formal por cuanto, en última instancia, se someten a un mismo régimen.

Desde otro punto de vista indicaremos que pese a los términos en que se pronuncia el mencionado § 4 GBG, hay determinados supuestos en los que se quiebra el principio de inscripción, siendo posible la adquisición de derechos inmobiliarios al margen de la inscripción en el Registro. Son supuestos

(7) Entre otros muchos, IRO, G., *Bürgerliches*, pág. 35; GSCHNITZER, F., *Österreichisches*, pág. 28; KOZIOL, H. y WELSER, R., *Bürgerliches Recht, Band I*, 12.^a ed., Manz, Viena, 2002, pág. 315.

(8) Concretamente, Burgenland, Salzburg, Tirol y Vorarlberg.

que se vienen denominando «propiedad extrarregistral» (außerbücherlichem Eigentum) y se concretan en la adquisición por usucapión, expropiación, pública subasta, sucesión *mortis causa*, obras de construcción en suelo ajeno y el supuesto hoy más teórico que real de adquisición de derechos sobre inmuebles no inscritos.

A la vista de las matizaciones que acabamos de formular en torno al principio de inscripción, concluimos que el Registro tiende a ser completo, aunque deja un pequeño margen de indefinición. El Registro tiende a reflejar de manera fiable la situación jurídica de los inmuebles inmatriculados, que son prácticamente todos, pero incluso respecto de estos inmuebles registrados es posible la adquisición de un derecho sin el correspondiente reflejo registral. No obstante esta eventual divergencia entre la realidad sustantiva y el Registro, lo cierto es que en términos generales este último se configura como un medio de publicidad idóneo para conocer la situación jurídica de los inmuebles, y la seguridad que en este sentido proporciona se refuerza a través de la protección dispensada a quien confía en el Registro, pese a no coincidir éste con la realidad extrarregistral.

En otro orden de cosas diremos que si bien la inscripción es genéricamente un presupuesto necesario para la adquisición, transmisión, limitación y extinción de derechos, no es, sin embargo, el único requisito exigido a tal fin. La inscripción es únicamente el modo exigido para la eficacia de los derechos, siendo precisa además la existencia de un título válido. Se requiere por tanto que se haya celebrado un negocio jurídico válido (un negocio de disposición) y la legitimación del transmitente, sin que la mera inscripción, por sí sola, pueda suplir la ausencia de alguno de estos dos elementos. Hasta tal punto es así, que no se admite en el Derecho austriaco la usucapión *secundum tabulas*. Es decir, quien figure inscrito como titular de un derecho sin serlo no llegará nunca a convertirse en titular por el mero transcurso del tiempo figurando como titular inscrito y pese a que, como hemos dicho, la inscripción es para los bienes inmuebles lo que la posesión para los bienes muebles. Sólo podrá ser verdadero propietario el tercero que adquiere a *non domino* confiado en tal inscripción, al amparo de la fe pública registral, en los términos que veremos posteriormente.

Finalmente realizaremos un breve apunte acerca de la calificación, atendida su íntima conexión con la inscripción de los derechos. En este sentido indicaremos que, como manifestación del principio de legalidad que rige también en el Derecho registral austriaco, enumera el § 94 GBG los extremos en los que debe concretarse el control realizado por el encargado del Registro para resolver acerca de la estimación o denegación de la solicitud de inscripción presentada. Debe así comprobar: *a*) que no exista ningún obstáculo en el Registro para la práctica de la inscripción solicitada; *b*) que no haya ninguna duda en contra de la capacidad de las partes para disponer sobre el

objeto del interesado en la inscripción o de la autorización del solicitante; *c*) que la petición pueda resolverse con base en el contenido de los documentos presentados, y *d*) que los documentos se hayan presentado en la forma requerida para el asiento correspondiente. De todos estos extremos destacamos en este momento, por su interés en relación con este estudio, el hecho de que la inscripción solicitada debe encontrar su fundamento en el contenido de los documentos que se presenten acompañando a la solicitud. Sólo se decide con base en tales documentos, sin que sea posible, por ejemplo, la audiencia de las partes, y si a la vista de los mismos se procede a la práctica de la inscripción en el libro principal, tales documentos se depositarán en la colección de documentos de la manera ya apuntada.

Nos encontramos así, como ya hemos anunciado, con que los derechos se adquieren con la inscripción en el libro principal, pero que los documentos que han servido para resolver sobre la inscripción solicitada se conservan en el Registro, y no sólo eso, sino que integran uno de los dos elementos del mismo y, como veremos ahora, pueden ser conocidos por cualquier persona que solicite información en el Registro. La duda que se suscita entonces, y a la que dedicaremos las páginas sucesivas, se centra en el valor de tales documentos, particularmente teniendo en cuenta el efecto de fe pública registral ya mencionado y al que nos referimos a continuación.

3. LA FE PÚBLICA REGISTRAL: ALCANCE

Una de las cuestiones más complejas en el Derecho registral austriaco es la relativa al alcance del efecto de la fe pública registral, atendida la particular configuración del Registro. Para el entendimiento de esta cuestión partiremos del significado que genéricamente se otorga a este efecto registral, exponiendo seguidamente un análisis comparativo con el depósito de documentos que coexiste en Austria con el Registro de la Propiedad, con la diferencia esencial de que carece de fe pública registral. Las diferencias entre uno y otro permitirán tal vez desvelar el sentido de la protección de la confianza, y tal vez a la luz de estos planteamientos pueda precisarse el alcance que ha de tener la fe pública del Registro austriaco, cuestión que abordaremos en último término.

a) SENTIDO GENERAL

La fe pública registral, o principio de publicidad material, es uno de los efectos básicos del Registro austriaco, junto con el referido principio de inscripción y en clara conexión con el mismo. En términos generales, la inscrip-

ción es un requisito necesario en el sistema austriaco para la adquisición de los derechos sobre bienes inmuebles, aunque, como hemos visto, hay supuestos excepcionales en que no sucede así. Y junto a estos casos pueden existir otros en los que se practica una inscripción errónea, sin embargo, tal inscripción no es base suficiente para entender que el sujeto se convierta en titular del derecho, a falta de un título válido para la adquisición. En este sentido, y como ya hemos anunciado, no se admite en el sistema registral austriaco la usucapión *secundum tabulas*, aunque sí la usucapión *contra tabulas* (§ 1468 ABGB).

Todas estas situaciones de divergencia entre el Registro y la realidad extrarregistral sí que se resuelven a favor del primero cuando un tercero haya adquirido un derecho confiando en el contenido de aquél, siempre que, según dispone el § 64 GBG, hayan transcurrido tres años desde que se solicitó la inscripción errónea en la que él ha confiado. En definitiva, el Registro se considera que es correcto y completo (9) y, aun cuando no sea así por alguno de los motivos indicados, se protegerá la confianza que el tercero haya depositado en su contenido, si ha transcurrido ya un tiempo prudencial de tres años que refleja una cierta consolidación de la situación publicada, circunstancia que hace merecedor de protección a quien confíe en el contenido del Registro.

En consecuencia, el mero acceso al Registro no basta para adquirir un derecho cuando no se cumplen los requisitos relativos al título de adquisición; el modo por sí solo, faltando el título, no permite la adquisición del derecho, ni siquiera por el transcurso del tiempo. Lo que sí que se protege a través del Derecho registral es la confianza del tercero que adquiere de quien figura inscrito como titular sin ser el verdadero titular del derecho (10), y para que haya una cierta fiabilidad en torno a la inscripción, sólo se despliega la protección transcurridos tres años desde que se solicitó la inscripción nula. Sin embargo, con anterioridad a 1916, la situación era distinta; sí que se permitía la usucapión *secundum tabulas* transcurridos tres años desde que se solicitó la inscripción (§§ 1467 y 1469 ABGB, derogados), y tal previsión coexistía con el ya aludido § 64 GBG, que hace inatacable la adquisición del tercero transcurrido ese mismo plazo de tres años desde que se solicitó la inscripción nula de la que procede su adquisición, si en ese plazo no se ha impugnado aquel asiento. En realidad, en tal situación el Registro no producía propiamente el efecto de fe pública registral dirigida a la protección de un tercero que adquiere confiando en el Registro, sino la convalidación de la inscripción errónea precedente por el transcurso del tiempo, que comporta-

(9) Como reiteradamente ha afirmado la doctrina, entre otros, IRO, G., *Bürgerliches*, pág. 44; GSCHNITZER, F., *Österreichisches*, pág. 40; KOZIOL, H. y WELSER, R., *Bürgerliches*, pág. 315.

(10) GSCHNITZER, F., *Österreichisches*, pág. 42.

ría consecuentemente la convalidación de los negocios jurídicos que traigan causa de aquella inscripción. La protección se situaba por tanto en el titular indebidamente inscrito más que en el tercero que adquiere confiado en el Registro, pero esta situación se transforma al desaparecer la usucapión *secundum tabulas* y mantenerse inalterado el § 64 GBG, de manera que la inscripción por sí sola no basta para adquirir el derecho, pero sí que lo adquiere quien confía en lo publicado en el Registro (fe pública registral), si bien este efecto queda algo mitigado al supeditarse al transcurso de tres años desde que se solicitó al inscripción precedente, errónea, sin que en este plazo el asiento haya sido impugnado.

Desde otra perspectiva, indicaremos que se habla también de los aspectos positivo y negativo de la fe pública registral (11). En cuanto al primero, alude a la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al tercero que confía en la existencia de los derechos inscritos aun cuando tal inscripción pudiera ser nula. Por lo que se refiere a la faceta negativa de la fe pública registral, se anuda a los supuestos excepcionales en que, como ya hemos indicado al tratar el principio de inscripción, se adquiere un derecho sin necesidad de la inscripción en el Registro. Tal derecho no inscrito, pese a ser válido, carece de eficacia frente al tercero de buena fe que confía en el Registro. Se puede decir así que el aspecto positivo de la fe pública registral se vincula a la validez de las inscripciones y el aspecto negativo al carácter completo del Registro.

Parece quedar clara, por tanto, la conexión entre la fe pública registral y la inscripción en el libro principal, en cuanto que la primera opera con relación a la confianza en las inscripciones practicadas y en la inexistencia de lo no inscrito. Pero más allá incluso de los razonamientos hasta ahora realizados, existe un dato empírico que corrobora estos planteamientos. No sólo los derechos que, aun reflejados en los documentos depositados en el Registro, no están inscritos, carecen de fe pública registral por el sencillo motivo de que el principio de inscripción impide considerar tales derechos como verdaderamente existentes, atendida la teoría del título y el modo. Ocurre además, si bien en la actualidad es prácticamente anecdótico, que ciertos inmuebles no se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad. Para los derechos sobre los mismos y con relación a las construcciones sobre suelo ajeno que no sean resultado del ejercicio de un derecho de superficie se regula en el Derecho austriaco un depósito de los documentos a ellos referidos (*Urkundenhinterlegung*) sin inscripción y sin el efecto de la fe pública registral, particularidades que resultan un tanto reveladoras de la importancia y función del Registro por comparación a aquél.

(11) Entre otros muchos, FEIL, E.; MARENT, K. H. y PREISL, G., *Grundbuschsrecht*, pág. 102; IRO, G., *Bürgerliches*, pág. 45; KOZIOL, H. y WELSER, R., *Bürgerliches*, págs. 326 y sigs.

b) JUSTIFICACIÓN DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL FRENTE AL DEPÓSITO DE DOCUMENTOS

Si como hemos dicho, el mero depósito de documentos se asemeja en ciertos aspectos a la inscripción registral, pero se niega en tales supuestos el efecto de la fe pública registral, tal vez una sintética aproximación a aquél permita desvelar ciertas claves en torno a este efecto, únicamente reconocido en los casos de inscripción en el Registro.

Como breve apunte histórico (12) indicaremos que el Registro de la Propiedad austriaco, con los planteamientos que hoy en día lo configuran, nace con una ley de 1871 y aunque atribuye a la inscripción una naturaleza constitutiva en los términos ya expuestos —teoría del título y modo—, no se desconoce la existencia de inmuebles no inscritos, que se someterían al régimen de transmisión de los bienes muebles, siendo en estos casos el modo la *traditio* o entrega de la cosa. En este estado de cosas se publica en 1916 la primera normativa reguladora del depósito de documentos (*Hinterlegungsverordnung*), a raíz de la destrucción de numerosos libros del Registro en Galicia y Bukowina con ocasión de la I Guerra Mundial. Como régimen transitorio en tanto se volvían a establecer los libros, se defendió la idea de que se recopilaran en el juzgado los documentos relativos a la situación jurídica de los inmuebles y que la transmisión de la propiedad y la constitución y transmisión de gravámenes sobre estos inmuebles se llevara a cabo mediante el depósito de los documentos correspondientes. Este depósito de documentos se extendió posteriormente a todo inmueble no inscrito y a las obras de construcción en suelo ajeno que, por no ser manifestación del ejercicio de un derecho de superficie, no pueden inscribirse en el Registro.

Permanece así hasta nuestros días el depósito de documentos en el juzgado como un instrumento análogo al Registro, aunque con notables diferencias, y referido únicamente a los inmuebles no inscritos (13) y las anteriormente aludidas construcciones. Entre sus semejanzas con el Registro se encuentra básicamente el hecho de que el depósito de los documentos constituye el modo para la transmisión de la propiedad y la constitución y transmisión de derechos reales sobre estos bienes (§§ 434 y 435 ABGB), aunque no se requiere tal depósito para que tenga lugar la adquisición originaria. Este depósito se reali-

(12) FEIL, E., *Bauwerke, nichtverbücherte Liegenschaften und Urkundenhinterlegung*, Prugg, Eisenstadt, 1974.

(13) Cada vez son menos los inmuebles no inscritos. En 1974 alcanzaban la cifra de 235.000, pero este número se ha reducido considerablemente porque hoy en día, a la luz de lo dispuesto en el § 1 AGAG, prácticamente todos los inmuebles privados están inscritos, ya que su inmatriculación se produce de oficio, y los inmuebles públicos, inscribibles a instancia de parte, se han inscrito ya en su totalidad en cuatro Länder (Burgenland, Salzburg, Tirol y Vorarlberg).

zará en el juzgado en cuya circunscripción se encuentre el inmueble, a instancia de parte y tras la calificación de los documentos presentados.

Con idéntica redacción al § 94 GBG, el § 9 UHG enumera los extremos a los que alcanzará la calificación previa a la estimación o denegación de la solicitud de depósito, pero con una inevitable y esencial diferencia, como seguidamente exponemos. Concretamente, la calificación se extenderá a:

- a) La capacidad personal de las partes para disponer sobre el objeto al que se refiere el depósito y el poder del solicitante.
- b) El contenido de los documentos presentados que deben fundar la solicitud realizada.
- c) La forma de los documentos presentados.

La mencionada divergencia entre la calificación para el depósito y para la inscripción radica en que, como no podía ser de otro modo, sólo en este segundo caso se exige también comprobar que no se derive ningún obstáculo del registro con relación a la inscripción solicitada. Esto, indudablemente, no es posible en un sistema que se limita a depositar documentos; la comprobación de todos ellos para constatar si existe alguna contradicción con el derecho contenido en el documento que se pretende solicitar es inviable en la práctica. Y tal circunstancia abre fácilmente la vía a la coexistencia de documentos contradictorios depositados en un mismo juzgado. En esta línea advertimos además que el párrafo 2 del § 9 UHG niega que deba comprobarse la legitimación del transmitente, que en el caso de las inscripciones del Registro sería sencilla a través de la constatación del titular inscrito en el libro principal, de conformidad con el principio de tracto sucesivo. Las lógicas repercusiones de esta situación se despliegan en el ámbito de los efectos, y concretamente, con relación a la fe pública registral.

Como ya hemos avanzado, sólo la inscripción en el Registro disfruta del efecto de fe pública registral. No ocurre así con los documentos depositados al amparo de la UHG, en los que, como acabamos de indicar, no se comprueba la legitimación del transmitente, por lo que no se puede proteger la confianza en la corrección e integridad de los documentos presentados y de los ficheros (14). El depósito de los documentos constituye una presunción de conocimiento *iuris et de iure* porque puede ser conocido por todos (§ 18 UHG); goza por tanto de publicidad en sentido formal, lo que lleva a reconocer una cierta «oponibilidad» (15) *erga omnes* de los derechos contenidos

(14) En este sentido, HINTEREGGER, M., «Comentario al § 343», *ABGB Praxiskommentar*, dir.: SCHWIMANN, Tomo 2, Lexis Nexis, Viena, 2005, pág. 251.

(15) La tradición registral austriaca lleva a FEIL, E., *Bauwerke*, pág. 9, a hablar de *Bekanntheitswirkung*, cuya traducción literal es eficacia de lo conocido, en lugar de emplear el término «oponibilidad», extraño a los planteamientos de países de raíz germánica,

en los documentos depositados, impidiendo que se pueda invocar el desconocimiento de hechos o derechos que consten en los documentos. Pero no es posible reconocer la publicidad en sentido material o fe pública registral, porque el depósito de los documentos no requiere la prueba del derecho del transmitente, con lo que no hay base suficiente para poder confiar en la corrección de los documentos depositados (16). Por este motivo, el § 20 UHG niega expresamente la posibilidad de invocar la corrección e integridad de los ficheros para quedar protegido frente al desconocimiento de hechos o derechos.

Se pone de este modo de relieve el sentido de la fe pública registral, anudado a un sistema de inscripción ordenada de todos los derechos existentes sobre un inmueble en un mismo folio registral, circunstancia que permite conocer con facilidad la legitimación del transmitente y tal publicidad posibilita un mayor control y ofrece una mayor seguridad en las transacciones, y consecuentemente se refuerza la protección en quien confía en las inscripciones del Registro a través de la fe pública registral. En otro caso no hay garantías acerca de la legitimación del transmitente ni, en general, sobre la situación jurídica del inmueble, y por tanto resulta aventurado proteger con la misma intensidad al tercero que solicite información, ante el más que probable riesgo de que la transmisión no se haya realizado por la persona realmente legitimada, que podría haber enajenado ya a un tercero el inmueble. Se estaría fomentando entonces la irreivindicabilidad en las adquisiciones *a non domino*, cuando más bien debería tener ésta un carácter excepcional anudado a la concurrencia de particulares circunstancias que justificaran esta privación del derecho a su legítimo titular.

Curiosamente, la fe pública registral nace precisamente en Austria en 1916, según expusimos al referirnos a la desaparición de la usucapición *secundum tabulas*. Y es precisamente en ese mismo año cuando, como hemos visto, nace el sistema de depósito de documentos al que ahora nos estamos refiriendo. Tal vez estos cambios producidos de manera coetánea sean reflejo de la idea subyacente de que sólo un sistema de inscripción en un mismo folio de los derechos adquiridos sobre un mismo inmueble, con las pertinentes comprobaciones por parte del encargado del Registro, no sólo en cuanto a la capacidad y los documentos presentados, sino también respecto a que no se deriva ningún obstáculo del Registro para practicar la inscripción solicitada —extremo al que no se extiende la calificación en el depósito de documentos, según el § 9 UHG— ofrece la suficiente fiabilidad como para proteger a quien adquiere confiado en el Registro aunque el titular registral,

pero lo cierto es que su modo de operar nos lleva a identificarlo con la oponibilidad de otros sistemas registrales entroncados en el modelo francés.

(16) FEIL, E., *Bauwerke*, pág. 9; HINTEREGGER, M., *Comentario al § 343*, pág. 251.

transmitente, no sea el verdadero titular del derecho. Sólo en estas circunstancias se justificaría una privación del derecho al verdadero propietario, cuando además no haya impugnado la inscripción contraria a su derecho en un plazo de tres años desde que se solicitó.

El problema que no queda aún resuelto es el relativo a si, siendo éste el sentido de la fe pública registral, alcanza también al documento depositado o sólo a la escueta referencia del libro principal, habida cuenta de que el contenido del derecho sólo se describe en aquél. Como hemos visto, la fe pública registral se conecta con la inscripción y la legitimación, determinada a través de la inscripción, pero de lo que se trata ahora es de dilucidar si alcanza también al contenido del derecho. Un derecho de una naturaleza concreta puede tener un contenido variado, que, atendida la estructura del Registro austriaco, se detalla en la colección de documentos y no en el libro principal. De este modo, podría encontrarse inscrito un derecho con un concreto alcance y transmitirse sin embargo con un contenido distinto. El interrogante que surge es si el contenido inicial, sólo reflejado en la colección de documentos y no en el libro principal, es el que se impone al amparo del principio de fe pública registral o si tal principio no se extiende sobre estas cuestiones, sino sólo sobre la legitimación del transmitente, en cuanto que es el titular registral. A esta cuestión nos referimos a continuación.

c) ALCANCE DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL

1. *Planteamiento del problema*

Al margen de la justificación realizada en torno a la fe pública registral, indicaremos que la protección dispensada por el ordenamiento a quien confía en el Registro guarda relación además con el principio de publicidad formal, en cuanto que el Registro es público y cualquiera puede consultarlo. Los amplios contornos de esta publicidad se dibujan conectando el § 7 GBG con el § 1 GBG. Conforme al primero, el Registro es público y cualquiera puede examinarlo y obtener una copia o extracto del mismo, y, como ya hemos apuntado, el § 1 GBG determina que el Registro se integra por el libro principal y la colección de documentos. En consecuencia, y a falta de otra disposición legal que limite el alcance de la publicidad, ésta se extiende no sólo sobre las inscripciones del libro principal sino también sobre los documentos depositados. Y más allá incluso de estos términos, son igualmente públicos los mapas del Registro y la relación de inmuebles y de domicilios, aunque no, como ya hemos tenido ocasión de apuntar, la relación de personas, siendo preciso acreditar un interés legítimo para acceder a esta última. Sin embargo, recordamos que todos estos instrumentos auxiliares no forman parte propia-

mente del Registro, con lo que a pesar de su publicidad, no cabe duda de la imposibilidad de reconocer a los mismos el efecto de la fe pública registral, limitado al estricto contenido de aquél. De la misma manera apuntaremos que este efecto resulta predicable únicamente respecto de los derechos, y no alcanza a cualquier otra circunstancia que pueda haberse inscrito, como el uso o extensión del inmueble o la mayoría de edad del transmitente cuando no se ha hecho constar en el Registro que es menor de edad (17).

Este derecho a conocer la situación jurídica de los inmuebles a través de la consulta al Registro es al mismo tiempo una obligación para el tercero que reclama protección ante el desconocimiento de algún derecho que le perjudica (18). Sólo se protege al adquirente de buena fe, y para considerar al tercero como tal, no basta con que simplemente ignorase la existencia de un derecho sobre el inmueble, o que la inscripción es errónea, sino que es preciso además que haya consultado el Registro y que en el mismo no pudiera encontrarse referencia alguna a cualquiera de estas circunstancias.

La duda es entonces, y no parece cuestión baladí, si la fe pública registral existe únicamente respecto de las inscripciones practicadas previa calificación de los documentos presentados por el solicitante o si también se extiende a estos últimos, que se encuentran depositados en el Registro —generalmente una copia de los mismos (19)— integrando la colección de documentos y pueden ser libremente consultados por cualquiera. La importancia de este interrogante radica en las eventuales divergencias que pudieran existir entre las inscripciones del libro principal y el contenido de los documentos y el modo en que han de resolverse tales situaciones.

En este sentido indicaremos la posibilidad de que un derecho inscrito en el libro principal presente rasgos distintos en el documento, particularmente por el hecho de que la inscripción es una mera indicación del derecho, desarrollándose su contenido sólo en los documentos depositados, de los que pueden resultar particularidades que lleven a configurar el derecho en términos distintos a como se ha inscrito. También podría ocurrir que en el documento se contengan derechos inscribibles que no se reflejen, sin embargo, en el libro principal, básicamente por el hecho de que el encargado del Registro ha de resolver sólo según la petición formulada y no inscribir más derechos de los que se piden u otros distintos a los solicitados, aunque se contengan en los documentos presentados. Este caso resulta, sin embargo, de más fácil

(17) En este sentido, GSCHNITZER, *Österreichisches*, pág. 42.

(18) En palabras de GSCHNITZER, *Österreichisches*, pág. 41, y de FEIL, E., *Grundbuchsgesetz*, Linde, Viena, 1998, pág. 82, la obligación de consulta del Registro es la otra cara de la moneda del derecho a consultarlo.

(19) Aunque deben presentarse los documentos originales cuando se solicita una inscripción, se permite, y es lo frecuente, que no se depositen aquéllos, sino una copia de los mismos (§§ 90 y sigs. GBG).

solución a la luz del principio de inscripción. Si el derecho no se ha inscrito, habrá título pero faltará el modo, con lo que no se habrá producido la adquisición del mismo. Es indudable que tal derecho, no inscrito y por tanto no-nato, carecerá del efecto de la fe pública registral (20).

No hay duda en admitir que existiendo una determinada inscripción errónea, el conocimiento del documento que sirvió de base para la inscripción y que es sin embargo divergente con ella destruirá la buena fe del tercero y no podrá jugar entonces la fe pública registral (21). Pero ello no comporta necesariamente que este efecto se extienda a los documentos depositados, de la misma manera que se destruye tal confianza mediante cualquier hecho externo que revele la inexactitud registral, como puede ser la existencia de una servidumbre aparente no inscrita (22), sin que en tales casos pueda hablarse, indudablemente, de fe pública registral.

2. *Tratamiento de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia*

El punto de partida para abordar esta cuestión se sitúa en la necesidad de determinar si existe una obligación de consultar la colección de documentos, al igual que se defiende de manera indubitada la obligación de examinar el folio del libro principal para quedar protegido por la confianza en el Registro. Reconociéndose tal obligación, sólo estaría amparado quien hubiera confiado en la inscripción y tuviera conocimiento además del contenido del documento que sirvió de base para su práctica frente a cualquier error o inexactitud de los mismos. En caso de divergencia entre la inscripción y el documento, nunca podría reconocerse el efecto de la fe pública registral respecto de las inscripciones.

La trascendencia de esta cuestión es innegable, porque de la respuesta que se dé al interrogante sobre la obligación de examinar los documentos dependerá el mayor o menor valor de la inscripción, practicada a instancia de parte y previa calificación de los documentos presentados, toda vez que la función de las inscripciones podría quedar eclipsada por la remisión, en última instancia, al contenido de los documentos. Y lo que resulta verdaderamente preocupante es la ausencia de una línea doctrinal firme que de manera unánime postule la hegemonía de la inscripción en este ámbito como manifestación de un entendimiento acertado de la función registral, del sentido de la calificación y del valor de las inscripciones a la luz de sus efectos, como una aportación al Derecho más allá de la recopilación de documentos.

(20) FEIL, E.; MARENT, K. H. y PREISL, G., *Grundbuchsrecht*, pág. 96.

(21) Entre otros, FEIL, E.; MARENT, K. H. y PREISL, G., *Grundbuchsrecht*, pág. 109.

(22) GSCHNITZER, F., *Österreichisches*, pág. 41.

En realidad, las vacilaciones doctrinales vienen motivadas principalmente, según parece, a raíz de lo dispuesto en el § 5, frase 2 GBG. Tal disposición permite que en el libro principal se realice una remisión a una cuestión concreta contenida en los documentos, indicando la cláusula exacta, que tendrá así la misma eficacia que si se hubiera inscrito en el libro principal. A través de esta norma se abre la vía para dotar de cierta importancia al contenido de los documentos, con unos límites difusos frente al valor de la inscripción. Pero los riesgos de un precepto de esta índole han sido ya advertidos por una parte de la doctrina, y en este sentido, FEIL, MARENT y PREISL (23) recomiendan la escasa utilización de la posibilidad concedida en el § 5, frase 2 GBG, con el fin de contener la importancia de la colección de documentos frente al libro principal.

Sin embargo, tal entendimiento no es el único que se postula en la doctrina (24), ya que son dos las tesis contrapuestas que se vienen manteniendo. Desde un sector se defiende la obligación de consultar siempre los documentos en base a los cuales se practicó la inscripción —recordemos que junto a cada inscripción consta el número asignado a aquéllos en el Registro, lo que permite su fácil localización en la colección de documentos—, y de no procederse a este examen se niega la posibilidad de proteger al tercero, aunque haya confiado en las inscripciones del libro principal. La postura contraria, mayoritaria en la actualidad y respaldada además por la jurisprudencia (25), mantiene que la obligación de consultar los documentos es excepcional, y sólo se entiende existente en tres supuestos: cuando se realiza la remisión del § 5 GBG, cuando de la consulta al libro principal se deriva la sospecha de que no coincide con el contenido del documento y cuando sea usual el examen de la colección de documentos. En otro caso, el tercero estará protegido con el solo conocimiento de las inscripciones del libro principal.

En esta línea detalla la sentencia del OGH de 23 de marzo de 1976 (5 Ob 4/76), que la colección de documentos carece en principio de fe pública registral, debido a su posición subordinada frente al libro principal. Admite no obstante la fe pública registral de estos documentos cuando a partir de los mismos pueda conocerse que una determinada inscripción es incorrecta, pero la obligación de consultar los documentos que desvelarán tal extremo sólo existe en los tres supuestos que acabamos de enumerar.

(23) *Grundbuchsrecht*, pág. 33.

(24) Sobre esta cuestión, FEIL, E.; MARENT, K. H. y PREISL, G., *Grundbuchsrecht*, pág. 92 y sigs.; KOZIOL, H. y WELSER, R., *Bürgerliches*, pág. 328; RECHBERGER, W. R. y BITTNER, L., *Grundbuchsrecht*, WUV, Viena, 1999, pág. 114.

(25) Entre otras muchas, las sentencias del OGH de 23 de marzo de 1976 (5 Ob 4/76), 28 de abril de 1977 (7 Ob 563/77), 5 de marzo de 1981 (7 Ob 528/81), 16 de diciembre de 1982 (7 Ob 650/82), 15 de julio de 1987 (1 Ob 644/87), 16 de noviembre de 1988 (3 Ob 122/88), 10 de septiembre de 1998 (2 Ob 212/98 k), 14 de septiembre de 1999 (5 Ob 196/99 f), 12 de junio de 2001 (4 Ob 1/01b), 10 de julio de 2001 (5 Ob 151/01 v).

3. Valoración crítica

Siendo ésta la opinión mayoritariamente admitida, entendemos sin embargo oportuno realizar ciertas observaciones en un doble sentido. En primer lugar, llama la atención, como seguidamente exponemos, el hecho de que la obligación de consultar los documentos se configure como excepcional, atendidas las circunstancias que acontecen en la realidad práctica. Y por otra parte, tal vez conviniera cuestionar, aun en estos casos de dudosa excepcionalidad, que el efecto del contenido del documento sea la fe pública registral.

3.1. La «excepcional» obligación de consultar los documentos

Más allá de la mera enunciación de supuestos en que hay obligación de consultar la colección de documentos, lo que parece recortar notablemente el valor de la misma frente a las inscripciones, topamos en la realidad con un importante déficit del Registro austriaco anudado a la parquedad del libro principal que invierte tal vez, en la práctica, la regla principal y la excepción. Las inscripciones se limitan a la enunciación del derecho, y en el caso de la propiedad, a la identificación del propietario en la hoja B. Para conocer el contenido y alcance de los derechos es necesario, en la generalidad de las ocasiones, examinar los documentos con base en los cuales se practicó la inscripción, con lo que la consulta a la colección de documentos, que parecía ser excepcional, se convierte así en la práctica en la tónica general para determinados derechos, frente a una pretendida regla general de exclusividad de la inscripción que queda así desmentida en todos estos casos.

Basta con realizar un somero repaso por la jurisprudencia relativa a estas cuestiones para comprobar cómo se viene imponiendo en la práctica la consulta a la colección de documentos. Indicaremos así, a título de ejemplo, la reiterada afirmación jurisprudencial de la obligación de examinar los documentos en el caso de las servidumbres para poder conocer su contenido y alcance (26), en consonancia además con el § 12 GBG, así como el derecho de adquisición preferente (27), o incluso el contrato de compraventa o cualquier otro pacto en virtud del cual el transmitente se convirtió en propietario del inmueble, para conocer las condiciones y eventuales límites de tal adquisición (28). Pero más allá incluso de esta casuística, se viene afirmando, en

(26) Entre otras muchas, las sentencias del OGH de 28 de octubre de 1975 (5 Ob 108/75) y 14 de septiembre de 1999 (5 Ob 196/99 f).

(27) Por ejemplo, las sentencias del OGH de 23 de marzo de 1976 (5 Ob 4/76), 12 de junio de 2001 (4 Ob 1/01 b).

(28) En este sentido, las sentencias del OGH de 28 de diciembre de 1955 (7 Ob 424/55), 9 de enero de 1952 (3 Ob 711/51).

términos generales, la obligación de tomar en consideración el contenido de la colección de documentos fuera de los casos de remisión expresa del aludido § 5, párrafo 2 GBG, siempre que del tipo de asiento se derive la presunción de que en el documento se contienen cláusulas importantes que no están en el libro principal ni siquiera mediante una remisión expresa al documento (29).

Sin embargo, la propia jurisprudencia ha negado tal obligación de examinar los documentos cuando no existe en el libro principal una referencia concreta a los mismos que permita su fácil localización en la colección de documentos, sino tan sólo una genérica alusión a un pacto sin indicar su ubicación en la mencionada colección (30). Tampoco se viene imponiendo la obligación de examinar la colección de documentos en sede judicial, particularmente en los supuestos de venta judicial de un inmueble. En estos casos sólo tienen efectos para el comprador las inscripciones del libro principal y para lo que no conste en ellas se atenderá al régimen legal del derecho y no a las particulares cláusulas que se hubieran pactado en el contrato depositado en el Registro (31). Sólo entonces se excluye sin excepción la obligación de consultar la colección de documentos.

3.2. La cuestionable fe pública registral de los documentos

Con relación a la segunda observación, es decir, el efectivo reconocimiento de la fe pública registral del documento en los casos en que exista la obligación de consultarlo, creemos que la cuestión habría de enfocarse quizá más acertadamente a partir de la inscripción en el libro principal como circunstancia que da sentido a este concreto efecto registral. Al practicarse una inscripción, el encargado del Registro realiza una calificación del documento, de la capacidad de las partes, de la legitimación y en general del contenido del Registro, porque cualquier contradicción entre éste y el documento des-

(29) Como puede advertirse en las sentencias del OGH, de 11 de abril de 1934 (2 Ob 239/34), 9 de octubre de 1974 (5 Ob 181/74), 15 de julio de 1987 (1 Ob 644/87) y 28 de octubre de 1987 (3 Ob 113/87).

(30) Sentencias del OGH de 23 de mayo de 1973 (1 Ob 82/73), 19 de diciembre de 1979 (3 Ob 615/79), 9 de septiembre de 1980 (5 Ob 9/80), 25 de marzo de 1983 (6 Ob 11/82), 12 de diciembre de 1985 (5 Ob 4/85), 22 de agosto de 1995 (6 Ob 1557/95). Frecuentemente se refieren estos casos a la alusión a un pacto matrimonial que regule los derechos de cada cónyuge sobre el bien, y sin indicación exacta del lugar en que se encuentra tal documento, no se puede exigir a los terceros la consulta al mismo.

(31) Así se ha afirmado, entre otras, en la sentencia del OGH de 10 de septiembre de 1998 (2 Ob 212/98 k), de modo que en el caso concreto, al adquirirse un inmueble en pública subasta, la servidumbre que lo gravaba regiría para el adjudicatario del bien con el contenido atribuido en las disposiciones legales y no según lo establecido en el contrato depositado en la colección de documentos.

embocaría en la denegación de la inscripción solicitada. A la luz del examen realizado inscribe un determinado derecho, extraído de tal documento, en el libro principal. Tal inscripción puede quedar desligada de la realidad por diversas circunstancias, como es el hecho de que se transmita el derecho al margen del Registro en los casos ya mencionados en que esto es posible, o también puede ocurrir que siendo un determinado derecho el que estaba inscrito, se transmita con un contenido diverso al que describía el documento depositado, reflejándose este otro contenido en el documento que sirva de base a la inscripción, que se depositará en la *Urkundensammlung*. Entonces, y dada la íntima conexión entre el libro principal y la colección de documentos, resultará que se ha inscrito un derecho distinto al del transmitente. Este derecho inscrito pero inválido nunca llegará a ser adquirido por el titular inscrito, habida cuenta de que, como hemos dicho, el sistema austriaco no admite la usucapión *secundum tabulas*. Pero el derecho que se publica presenta una apariencia de validez corroborada por la conformidad existente entre las inscripciones del libro principal del Registro, pues las divergencias existen sólo entre los documentos depositados en la *Urkundensammlung*.

Ante esta situación, puede ocurrir que un tercero adquiera el derecho del titular registral que, como hemos dicho, no es ni podrá llegar a ser titular sustantivo del derecho inscrito y descrito en el documento depositado en la *Urkundensammlung*. Este tercero queda protegido por la apariencia registral en los términos en que reconoce el Derecho austriaco la fe pública registral, y por tanto, una vez que hayan transcurrido tres años desde que se practicó la inscripción anterior, nula. Basta comprobar la inscripción del transmitente y el documento relativo a esa inscripción, sin tener que indagar en lo establecido en los documentos de las inscripciones anteriores. No es necesario, a diferencia de como ocurre en los sistemas registrales de inspiración francesa —en los que no se reconoce la fe pública registral y sí, sin embargo, la oponibilidad—, comprobar la cadena de transmisiones durante el tiempo necesario para adquirir por usucapión. En el sistema austriaco, de inscripción constitutiva y fe pública registral, basta con examinar el derecho inscrito a favor del transmitente. Si en este caso se reconociera la obligación del tercero de examinar estos otros documentos depositados en el Registro, entonces se estaría imponiendo el valor de los documentos sobre la inscripción, destruyéndose con ello el efecto de la fe pública registral de la inscripción.

En el libro principal se refleja una historia jurídica coherente de una determinada finca, no siendo posible la inscripción de ningún derecho cuando el documento presentado para ello entre en contradicción con las fincas o derechos inscritos. Pero nada garantiza que entre los diversos documentos depositados no haya contradicciones en aspectos que no sean objeto de inscripción, porque estas cuestiones, lógicamente, no se someten al control de conformidad con el contenido de los libros registrales y escapan de la cali-

ficación del encargado del Registro. Por ello precisamente, el sistema de mero depósito de documentos, previsto en el Derecho austriaco para supuestos concretos, no produce el efecto de fe pública registral, como expresamente reconoce el § 20 UHG, y sí, por el contrario, en los casos habituales de inscripción en el Registro. La distinta organización de la información jurídica comporta una diferente calificación y unos efectos diversos, en función de que haya o no fe pública registral, anudada exclusivamente a las inscripciones. El mayor control ofrece mayores garantías de exactitud y justifica una protección cualitativamente superior a quien confía en el Registro, que será protegido frente al verdadero titular, si éste no impugna en un plazo de tres años la inscripción incorrecta que sirvió de base para la adquisición del tercero. La oponibilidad propia del modelo francés, por el contrario, nunca comporta esta presunción *iusis et de iure* con relación a la adquisición a *non domino* y puede impugnarse.

La confusión que existe tanto en la doctrina como en la jurisprudencia austriacas en torno al alcance de la fe pública registral y al valor de los documentos depositados en el Registro resulta así un tanto criticable y tal vez se encuentre anudada a la estructura dual del Registro, integrado por el libro principal con las inscripciones y la colección de documentos. En un sistema de mero depósito de documentos, éstos estarían dotados de un efecto de oponibilidad *erga omnes*, pero en el caso austriaco el valor del documento depositado es complejo, porque no se reconoce un efecto de oponibilidad y tales documentos son en realidad el soporte de la parte principal del Registro, el libro de inscripciones o Hauptbuch, que por su configuración justifica la existencia la fe pública registral. Pero en muchas ocasiones el folio del libro principal parece reducirse a un mero índice de los derechos que existen sobre el inmueble con la indicación de la ubicación de los documentos correspondientes a tal derecho en la colección de documentos. Una vez que acudimos a tales documentos, que han servido de base para la inscripción, podremos conocer el contenido del derecho y si hay alguna divergencia con la inscripción que provoque la desaparición de la fe pública registral. En cierto modo, podemos decir entonces que para poderse beneficiar de la fe pública registral no hay propiamente una obligación de consultar el documento anudado a la inscripción anterior, pero sólo si hay coincidencia entre el contenido de este documento y el de la inscripción posterior puede derivarse el efecto de la fe pública registral, aunque ésta sólo nace con la inscripción del derecho en el libro principal y está indisolublemente ligada a ella. Uno de los problemas que se derivan de este modo de operar radica en que, al examinar estos documentos, nos encontramos frecuentemente con que en ellos se mezclan los elementos reales que conforman el derecho inscrito y otras circunstancias de variada índole, y al no realizarse una clara delimitación del derecho mediante su íntegra inscripción registral, se suscita la duda de los exactos contornos

del mismo, con eficacia *erga omnes*, y el alcance que deba atribuirse a la fe pública registral.

En definitiva, y pese a lo que teóricamente se pueda afirmar, la fe pública registral inicialmente limitada a la inscripción en cuanto condición imprescindible de aquélla, se traslada en cierto modo en la práctica al documento sin unos perfiles definidos. Esta protección en la confianza queda desligada así, en cierta medida, de la calificación que precedió a la inscripción registral. El resultado al que se llega en muchos casos se puede resumir en que en un sistema de inscripción constitutiva como es el austriaco, es en última instancia la remisión al documento la que permite definir los derechos en no pocas ocasiones, lo que es, a su vez, fuente de constantes conflictos que han de resolverse en vía judicial. Y ello debido tal vez al hecho de anudar la fe pública registral a la inscripción de los derechos en un libro principal que actúa así a modo de mero catálogo o índice de las titularidades y cargas de un inmueble con inevitable consulta de los documentos que sirvieron de base para su inscripción, para conocer el contenido y alcance de los derechos. La calificación que realizó en su día el encargado del Registro queda cristalizada en los libros registrales solo parcialmente, mediante la parca indicación del derecho, sin expresar su contenido y alcance, cuyos contornos se disipan. Las inscripciones se configuran de este modo como el presupuesto o punto de partida para conocer el derecho, porque sin inscripción no puede exigirse la consulta del documento, que tendrá que llevarse a cabo en la generalidad de los supuestos, con la ardua tarea de extraer del mismo los contornos del derecho, porque esta labor, ya realizada por el encargado del Registro, no ha tenido un reflejo registral. Y a todo ello se le reconoce en términos un tanto difusos el efecto de fe pública registral, provocando al mismo tiempo, como ya hemos dicho, frecuentes conflictos que han de solucionarse en vía judicial y que tal vez pudieran haberse salvado con otra configuración del Registro que dotara de un mayor contenido a las inscripciones, proporcionando mayor claridad y haciendo innecesaria la consulta de los documentos.

RESUMEN

REGISTRO AUSTRIA

Dentro del heterogéneo panorama registral europeo, el sistema austriaco, casi inadvertido para nuestra doctrina, permite un interesante análisis del efecto más paradigmático de los modelos de inspiración germánica: la fe pública registral. En Austria coexiste un registro con libro de inscripciones y depósito de

ABSTRACT

AUSTRIA REGISTRY

On the heterogeneous landscape of European registration, the Austrian system, which Spanish doctrine almost completely overlooks, affords the opportunity for an interesting analysis of the most paradigmatic effect of Germanic models: registrar-attested document authenticity. Austria has a registry with an entry book

documentos y otros registros de carácter más residual en los que únicamente se depositan los documentos sin reconocerse el efecto de fe pública registral. La inscripción, frente al mero depósito, se configura así como el elemento determinante de este particular efecto, pero a pesar de esta clara definición de los conceptos que permite delimitar los casos en que se justifica la existencia de la fe pública registral, se advierten otros aspectos sombríos en relación con este efecto. La estructura dual del registro, integrado por un libro de inscripciones y una colección de documentos en la que se depositan todos aquéllos que sirvieron de base para la inscripción, hace difícil delimitar los contornos de la fe pública registral, que indudablemente alcanza al libro de inscripciones, pero se discute hasta qué punto puede llegar a impregnar al propio documento que sirvió de base para la inscripción y que, al integrarse en el contenido del registro, goza de la publicidad propia del mismo. A través del presente estudio se formula un esbozo del sistema registral austriaco, dedicando una especial atención a estas cuestiones.

and document-posting facilities, which coexists with residual registries where documents are merely posted without recognition of authenticity. Thus, registration entry, as opposed to mere posting, is configured as the key element of this particular effect. However, despite this clear definition of the concepts (thanks to which the justified cases of registrar-attested document authenticity can be delimited), there are other, darker aspects related with this effect as well. The dual structure of the registry, which is made up of an entry book and a collection where all documents used as the basis for entry are posted, makes it difficult to map out the contours of registrar-attested document authenticity. The entry book is indubitably covered by registrar-attested document authenticity, but there is some debate about the extent to which registrar-attested document authenticity can pertain to the actual document upon which an entry has been based, which document, upon becoming part of the registry's contents, enjoys registry disclosure. The Austrian registration system is sketched out in this study, paying special attention to these issues.

(Trabajo recibido el 25-07-06 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

Novedades de la Ley de Garantía Mobiliaria peruana

por

FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE (1)

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS, ESTUDIO, DIFUSIÓN Y APLICACIÓN.

(1) Juez Mixto Titular de Moyabamba. Ex Registrador Público Titular de la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari, en las Sedes Registrales de Ica, Pisco, Huanta, Huancavelica y Nasca. Ex Jefe Titular de la Oficina Registral de Huancavelica, Ex Presidente de la Comisión de Transferencia del Registro de Propiedad Vehicular de la Subdirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción al Sistema Nacional de los Registros Públicos. Ex Miembro de la Comisión Especial de Transferencia del Registro de Vehículos Menores de la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción a la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari. Ex Representante del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia en los procesos en los que era parte la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari en el distrito judicial de Huancavelica. Ex Apoderado de la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari. Estudios de Postgrado en Derecho Administrativo, Laboral, Contratos Modernos, Despacho Judicial, Derecho Procesal Civil, Diplomado en Función Jurisdiccional, Negociación, Arbitraje, Pedagogía Universitaria, Conciliación. Estudios de especialización en el Perú y en el extranjero. Expositor en importantes eventos académicos en el Perú y en el extranjero. Autor de abundantes artículos jurídicos publicados en el Perú y en el extranjero y de los siguientes libros: Derecho Empresarial, Garantías, Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos, La Enseñanza del Derecho, Introducción al Derecho y Latín Jurídico, Manual del Abogado Corporativo, Tratado de Derecho Registral, Personas Jurídicas y Calificación Registral de Documentos Judiciales. Segundo Puesto como expositor en el Taller de Investigación Jurídica organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en la categoría maestrías. Un semestre en la Maestría en Derecho Empresarial en la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha estudiado en la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República. Estudios de contabilidad, administración, economía, marketing y reingeniería.

3. MEDIDAS POLÍTICAS ACERTADAS.
4. FUENTES DE INSPIRACIÓN.
5. FUENTES DEL DERECHO.
6. POSITIVISMO.
7. ÁREA DE CONOCIMIENTO.
8. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS.
9. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.
10. OTROS ANTECEDENTES.
11. DERECHO ROMANO.
12. CLASES DE REGISTROS.
13. BIENES QUE PUEDEN OTORGARSE EN GARANTÍA.
14. ACTOS INSCRIBIBLES.
15. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE.
16. NOVEDADES DE LA LEY.
17. REGISTROS ELIMINADOS.
18. FINES DE LA LEY.
19. CRECIMIENTO DEL MERCADO.
20. DEFECTOS DE LA LEY.
21. REGISTRADOR COMPETENTE.
22. CONTRATO SOBRE BIEN INSCRITO.
23. OTRAS GARANTÍAS.
24. INTERVENCIÓN JUDICIAL.
25. REGULACIÓN POR INSTITUCIÓN.
26. DERECHO INTERNACIONAL.
27. CONCLUSIONES.
28. SUGERENCIAS.
29. PROPUESTAS LEGISLATIVAS.

1. INTRODUCCIÓN

Resulta complejo hacer una introducción breve al tema tratado, ya que es un tema muy interesante (es un tema que abarca gran parte del Derecho y es difícil para un jurista no encontrarse dentro de esta área del Derecho que esperamos que sea introducida en las cátedras de Derecho, de pre y postgrado y en los diplomados y cursos de especialización) y dentro del mismo sólo haremos referencia a las novedades legislativas, a fin de tener una idea más amplia del tema estudiado, es decir, prescindiremos de desarrollar los temas

que no son novedades legislativas, sin embargo, dejamos constancia que para comprender el mismo es necesario la previa revisión de mi libro «Garantías» (este libro puede ubicarse en la Biblioteca Nacional del Estado peruano, Biblioteca de la Universidad de Lima, Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Biblioteca del Colegio de Abogados de Lima, Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa, Biblioteca de la Universidad Católica Santa María de Arequipa, entre otras) y mi artículo jurídico titulado «Garantías contractuales», publicado en la Revista *Normas Legales* de agosto de 2003, los cuales constituyen una herramienta muy útil para poder comprender las garantías en el Derecho peruano y extranjero. Es decir, en estos antecedentes se agrupan las principales garantías existentes antes de la entrada en vigencia de la ley, materia de análisis, tales como la prenda agrícola, prenda industrial, prenda pesquera, prenda minera, la inscripción en el registro fiscal de ventas a plazos, prenda global y flotante, seguro de caución, prenda, anticresis, hipoteca, derecho de retención, entre otras. Trabajos en los cuales aparece la delimitación del tema, importancia del tema, importancia económica, eficiencia de las garantías, función económica, definición, obligaciones que garantizan las garantías, una ley general de garantías reduce los costos de transacción, concurrencia de las garantías, clasificación de las garantías, garantías bancarias, privilegios, entre otros.

Como primera parte del presente trabajo haremos algunos comentarios para introducir a los lectores del presente al tema materia de análisis, en el cual no sólo es necesario tener en cuenta el derecho sino también la economía.

Es conveniente que todo trabajo de investigación tenga introducción, lo cual permite tener una idea inicial en el tema materia de estudio, en el cual es necesario tener en cuenta no sólo aspectos jurídicos sino también aspectos económicos, ya que la ley en mención tiene como finalidad reactivar la economía peruana, y no es una novedad en el Derecho comparado, sino que se inspira en la CIDIP VI de la OEA, y que también se tomará en cuenta en la CIDIP VII de la misma.

En la presente investigación se desarrollará la nueva Ley de Garantía Mobiliaria. En tal sentido podemos afirmar que con estos comentarios se podrá tener una idea preliminar de ley en mención, a fin de poder conocer mejor la misma y así facilitar su difusión y ejecución, lo cual permitirá un crecimiento del mercado peruano, que es donde se une la oferta con la demanda, ambas peruanas.

Sin embargo, en algunos supuestos sólo la oferta es peruana y en otras oportunidades sólo la demanda es peruana, ya que también es necesario tener en cuenta el comercio exterior y el derecho aduanero, que son estudiados ambos, entre otros temas por el derecho de comercio internacional. Por ejemplo, si Japón exporta al Perú autos, o si el Perú exporta espárragos a Estados

Unidos, se puede constituir válidamente una garantía o varias garantías mobiliarias internacionales.

Las novedades legislativas son muy importantes en los sistemas jurídicos que cuentan con derecho positivo o legislación, dejando constancia que una ley puede dejar de lado bibliotecas enteras, por ejemplo, la doctrina por la cual se comentaba la prenda agrícola, prenda industrial y registro fiscal de ventas a plazos, fue dejada de lado con la aprobación de la ley en mención.

Las garantías mobiliarias es un tema de vital importancia en la economía, por lo cual ha sido tomado en cuenta en una CIDIP, que es la número VI y que será tomado en cuenta además en la CIDIP VII, ambas de la OEA, en tal sentido constituye éste un tema actual, no sólo en el Derecho peruano sino también en algunos Derechos extranjeros, como México.

Pocos Estados cuentan con una legislación tan avanzada en esta materia, en tal sentido podemos afirmar que la ley en mención coloca al Estado peruano a la vanguardia de las novedades legislativas que dispone la OEA.

Por lo cual estudiaremos la ley en mención, tomando en cuenta la doctrina, la cual, al igual que la ley, es fuente del Derecho.

La Ley de Garantías Mobiliarias es una novedad legislativa, la cual corresponde estudiar y en el presente estudiaremos la misma.

Las novedades legislativas hacen muchas veces que el Derecho mejore al igual que la economía y la realidad social, sin embargo, el límite es la seguridad jurídica por la cual el Derecho no debe ser muy cambiante, ya que en este caso se crearía inseguridad jurídica.

Es decir, no se puede aprobar normas como si el proceso de gestación de normas o proceso legislativo fuese un juego en el cual estuviesen permitidos los experimentos, sino que es un proceso muy delicado, el cual debe ser consultado con jurisconsultos y no sólo con especialistas, ya que los primeros se encuentran asesorados por los segundos.

Es en este orden de ideas que los especialistas son, por lo general, autores de malas leyes. Debiendo, por tanto, ser autores de las leyes los jurisconsultos asesorados por especialistas.

La regulación de las garantías mobiliarias y sobre bienes incorporeales en el Derecho peruano tenía una regulación desarticulada, y no permitía que los agentes económicos se desarrollaran con facilidad en el mercado, en tal sentido podemos afirmar que no sólo se ha tenido en cuenta al Derecho sino también a la economía, por lo cual los estudios única o exclusivamente jurídicos no permiten tener un conocimiento global del tema sino sólo un conocimiento parcial o limitado.

Debo dejar constancia que cuando desarrollaba este artículo me sentí fascinado por las bondades de la ley materia de análisis, la cual servirá para que el mercado crezca a través de la constitución de garantías mobiliarias y

garantías sobre bienes incorporales o intangibles como derechos de autor, marcas o patentes, entre otros.

Las garantías y dentro de ellas las mobiliarias y las incorporales, no sólo garantizan el cumplimiento del contrato de mutuo, sino también otras obligaciones como la adquirida por el comprador en la compra venta a plazos o al crédito. Sin embargo, no queremos profundizar en este tema, ya que hemos desarrollado el mismo en un trabajo anterior.

Resulta difícil para un empresario vender sólo al contado porque el mercado se reduce. En este orden de ideas podemos afirmar que los empresarios están orientados a que crezca su mercado, dejando constancia que se amplía el mismo vendiendo a plazos.

En todas las economías son de vital importancia las garantías mobiliarias, pero tienen mayor importancia en la economía de Estados Unidos de Norteamérica, porque en este país la riqueza hace cien años se encuentra concentrada en bienes muebles.

Como hombres de Derecho debemos felicitar esta iniciativa legislativa, que tanta falta hacía al mercado peruano, y por cierto no sólo al mismo sino también a otros mercados.

Sin embargo, debemos dejar constancia que la hipoteca fue considerada por mucho tiempo como la reina de las garantías (en el siglo anterior la hipoteca ocupó gran parte del mercado, ya que era muy atractiva porque el bien no se podía esconder y podía hipotecarse varias veces un mismo inmueble, luego fue desplazada en gran medida por el fideicomiso en garantía, sin embargo, debemos dejar constancia que no tenemos nada en contra de la hipoteca, pero es claro que poco a poco surgen nuevos contratos como el leasing, compra venta de empresas, fideicomiso, entre otros, y también nuevas garantías, las cuales rebasan el campo de aplicación del Código Civil y del Derecho Civil, en tal sentido somos del criterio que todas las garantías establecidas y reguladas por el mismo deberían estar reguladas en otra norma que descodifique el Código en mención y regule además todas las otras garantías, dentro de las cuales encontramos el seguro de título y el seguro de crédito que tanta falta hacen a la economía peruana, porque en la misma el crédito es muy costoso, en tal sentido muchas personas y entes autónomos se abstienen de comprar al crédito y de celebrar contratos de mutuo, porque les resulta muy desventajoso. En tal sentido consideramos que uno de los objetivos de la ley es bajar las tasas de interés, lo cual se conseguirá no sólo con la misma sino también con los seguros indicados, para lo cual debe aprobarse la norma correspondiente en el Derecho peruano y en el Derecho de otros estados, ya que la misma sirve a la economía, por lo que esperamos que próximamente se aprueben en el Derecho peruano las normas respectivas, todo con el objeto de permitir que las tasas de interés bajen y el mercado crezca no sólo en el Derecho peruano sino también en otros estados), la que

poco a poco deja de ser utilizada para dar paso a otras garantías como el fideicomiso en garantía, contratos de garantía sobre bienes muebles, entre otras garantías.

La inscripción en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos era bastante utilizada, ya que establecía un procedimiento extrajudicial que era muy efectivo, por lo cual, al haber sido sustituida dicha garantía por la Ley de Garantía Mobiliaria, tendrá gran margen de aplicación.

Las garantías y dentro de éstas también las mobiliarias y las incorporales son utilizadas también en el comercio exterior y Derecho aduanero, porque en el Derecho de Comercio Internacional también son necesarias las mismas, en tal sentido consideramos conveniente dejar claramente establecido que las garantías rebasan los límites de los estados, por lo cual es conveniente tomarlo en cuenta para estudiar también esta rama del Derecho. Por ejemplo, si se exporta hasta que no se pague el precio se puede constituir válidamente una garantía, y en este supuesto no tendrá al parecer mucho campo de aplicación la hipoteca sino otras garantías.

Es decir, conviene el estudio del Derecho no sólo por ramas sino también por instituciones, la cual constituye una mejor forma de estudio, ya que se tiene en cuenta la parte práctica o aplicativa del Derecho. En tal sentido esperamos que con el presente trabajo se brinde una idea bastante amplia del tema garantías que no sólo se ubica en el Derecho Civil sino también en otras ramas del Derecho, a las cuales nos referiremos al momento de estudiar el área de conocimiento. Dejando constancia que este último tema es importante estudiar en todos los temas jurídicos a fin de tener una idea global del tema estudiado. Lo cual es necesario si aspiramos a ser juriconsultos y no sólo especialistas, ya que estos últimos hacen mucho daño al Derecho peruano y extranjero porque logran que se aprueben leyes sin tener en cuenta todas las ramas del Derecho y lo mismo ocurre en su producción jurídica.

2. LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS, ESTUDIO, DIFUSIÓN Y APLICACIÓN

Las novedades legislativas son aprobadas por los legisladores, que son, entre otros, los congresistas o parlamentarios, sin embargo, debemos dejar constancia que no son los únicos legisladores.

Cada cierto tiempo aparecen novedades legislativas, las cuales corresponden de estudiar, difundir y aplicar.

Para lo cual conviene la realización de eventos académicos destinados a estos objetivos.

En tal sentido esperamos la realización de varios eventos académicos en los cuales se difunda la ley materia de análisis.

3. MEDIDAS POLÍTICAS ACERTADAS

Las medidas políticas son medidas adoptadas, tomando en cuenta la forma de pensar de los legisladores o legislador o Presidente de la República, el cual debe cautelar que el mercado mejore para que así se incrementen los puestos de trabajo en el estado peruano.

Son medidas políticas acertadas el crédito «mi vivienda», el Catastro y la Ley de Garantías Mobiliarias.

Por lo cual esperamos que el Gobierno del electo Presidente de la República continúe con dichas medidas políticas o económicas adoptadas.

También debe tenerse en cuenta la modificación que se sugiere en las reformas a introducirse en el Código Civil peruano de 1984, con lo cual podrá pactarse que la ejecución de la hipoteca sea extrajudicial, lo cual mejorará la economía y permitirá un desenvolvimiento más ágil por parte de los agentes económicos.

Otro tema como medida política acertada para reactivar la economía es la bursatilización de las garantías, tema que quizá en el futuro sea materia de una CIDIP, pero de ello todavía no hemos tenido noticia, es decir, sería conveniente que se difunda la titulización de activos para mejorar la economía del estado peruano, ya que con ello se conseguiría que bajen las tasas de interés y dentro de éste no sólo el interés bancario. Este tema es necesario tomarlo en cuenta dentro de las finanzas corporativas, pero es necesario consultar no cualquier libro de esta área del conocimiento, sino libros recientes, porque este es un tema reciente, incluso en Estados Unidos de Norteamérica es estudiado recién desde los setenta.

Somos del criterio que debe modificarse la cesión de posición contractual en el Código Civil peruano de 1984 para permitir que para la misma no sea necesaria la autorización del cedido.

4. FUENTES DE INSPIRACIÓN

Todo trabajo de investigación tiene fuentes de inspiración, en tal sentido las fuentes de inspiración del presente trabajo son: la Ley de Garantías Mobiliarias, el Reglamento de Inscripciones, el artículo de mi autoría titulado «Garantía mobiliaria», otros artículos, la CIDIP VI, el libro del mismo autor del presente y la realidad social.

5. FUENTES DEL DERECHO

En todo trabajo de investigación hay que tener presente la ley, la doctrina, la jurisprudencia, las ejecutorias, la costumbre, los principios generales del Derecho, la realidad social y la manifestación de voluntad.

En cuanto a la ley es necesario tener en cuenta la Ley de Garantía Mobiliaria y la CIDIP VI. En cuanto a la doctrina hay que tener en cuenta los trabajos de Jorge AVENDAÑO VALDEZ, Rolando CASTELARES, Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, los míos, entre otros.

En cuanto a la jurisprudencia hay que tener en cuenta la que ha establecido antes de la aprobación de la ley en mención que la ejecución de la prenda puede ser extrajudicial cuando existe pacto en este sentido.

Igualmente es necesario el estudio de otras fuentes del Derecho.

6. POSITIVISMO

El positivismo consiste en rendir culto a la ley sin cuestionarla ni criticarla, por lo tanto, podemos afirmar que el presente trabajo no se encuentra infectado por el mismo.

En tal sentido podemos afirmar que en el presente no se rinde culto a la Ley de Garantía Mobiliaria.

En la doctrina se distinguen varios tipos o clases de positivismo, dentro de los cuales destaca el positivismo de Hans KELSEN (el cual fue un jurista austriaco bastante conocido y respetado que escribió su libro titulado «La teoría pura del Derecho») y el positivismo de AUSTIN.

Sin embargo, el estudio del positivismo rebasa el campo de aplicación del presente trabajo de investigación.

Debe tenerse en cuenta que el positivismo tuvo auge en el siglo XIX, pero en este tiempo se encuentra muy desacreditado.

Es decir, quedan en el tintero muchas ideas sobre el mismo, el cual merece escribir artículos y libros jurídicos, ya que es un error de muchos abogados (pero no de los juristas, y dentro de ellos a los jurisconsultos) y sobre todo dentro de éstos de los pertenecientes a la familia romano-germánica y otras familias jurídicas que cuentan con Derecho positivo, dentro de las cuales podemos citar a la familia jurídica del *common law* y la familia jurídica de los derechos socialistas.

7. ÁREA DE CONOCIMIENTO

Al momento de estudiar cualquier tema jurídico es necesario que se determine el área de conocimiento, a fin de permitir tener un enfoque global del

tema a estudiar, en tal sentido estudiando el área de conocimiento, se tiene la certeza de no obtener perspectivas parciales o poco serias, por lo cual, a continuación, desarrollamos el área de conocimiento de las garantías.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria se estudia la Ley Registral, Notarial, Civil, Comercial, Societario, Cartular, Seguros y Reaseguros, Derecho Industrial, Derecho Empresarial, Internacional Privado, Internacional Público, Agrario, Bancario, Procesal Civil, Constitucional, Procesal Constitucional, Penal, Procesal Penal, Derecho de Comercio Internacional, Bursátil, derechos de autor y propiedad industrial.

Al momento de estudiar la nueva Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio de la Ley Registral porque es necesario el estudio del nuevo reglamento de inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos.

Cuando se estudia la nueva Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio de la Ley Notarial porque es necesario aplicar la Ley del Notariado.

Cuando se estudia la nueva Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio de la Ley Civil porque la prenda es materia del Derecho Civil.

Cuando se estudia la nueva Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio de la Ley Comercial porque algunas garantías pertenecen al Derecho Comercial o Mercantil.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Societario porque algunas garantías pertenecen al Derecho Societario.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Cartular o Cambiario porque algunas garantías son materia de esta rama del Derecho.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho de Seguros y Reaseguros, porque esta última rama del Derecho regula algunas garantías como el seguro de crédito y el seguro de título.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Industrial porque esta ley tiene antecedentes en la Ley de industrias.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Empresarial porque las mismas pertenecen al ámbito del mismo.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho internacional Privado porque es necesario el estudio de la CIDIP VI y VII.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Internacional Público porque es necesario el estudio de la OEA (que es un sujeto de Derecho internacional), ya que la CIDIP VI ha sido aprobada por la misma.

Sobre estas dos últimas ramas del Derecho ampliaremos los comentarios en otro subtítulo de este mismo trabajo, ya que su importancia así lo merece

y todo trabajo que aspire a convertirse en serio sobre el tema no puede dejar de lado.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Agrario porque en el mismo encontramos antecedentes tales como la prenda agrícola.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Bancario porque en la Ley de Bancos encontramos reguladas algunas garantías.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Procesal Civil porque para el desapoderamiento del bien es necesario aplicar el Código Procesal Civil peruano de 1993.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Constitucional porque esta ley es inconstitucional.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Procesal Constitucional porque esta ley es inconstitucional.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Penal porque esta rama del Derecho Público establece sanciones penales para los que constituyen garantía sobre bienes ajenos.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Procesal Penal porque en esta rama del Derecho Público se regula la vía procedimental en el caso del delito referido en el párrafo anterior.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho de Comercio Internacional porque en esta rama del Derecho Comercial, Privado y Empresarial es necesaria la utilización de algunas garantías.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Bursátil, porque en esta rama del Derecho Comercial, Empresarial y Privado se constituyen garantías y además porque en la misma se estudia la titulación de activos.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho de autor porque sobre los derechos de autor se puede constituir garantía.

Cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio de la propiedad industrial porque en esta rama del Derecho Empresarial se estudian algunas garantías.

Habiendo desarrollado el área de conocimiento podemos abordar el tema con mayor dominio y amplitud, en consecuencia continuamos con el desarrollo del tema con un conocimiento más amplio.

8. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS

En todo trabajo de investigación es necesario hacer una revisión de los antecedentes doctrinarios, los cuales servirán para tener resultados más confiables.

Los principales antecedentes del presente son mi libro *Garantías* y mi artículo titulado «Garantías contractuales», publicado en la Revista *Normas Legales*, los trabajos de Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, el trabajo de Jorge AVENDAÑO VALDEZ, el trabajo de Rolando CASTELLARES, entre otros.

9. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

En todo trabajo de investigación es necesario hacer una revisión de los antecedentes legislativos de la Ley de Garantía Mobiliaria peruana, los cuales servirán para tener resultados más eficientes.

Los principales antecedentes legislativos son la CIDIP VI, la Ley de Industrias, el Reglamento de Inscripciones, la Ley de Bancos, el Código de Comercio peruano de 1902, el Código Civil peruano de 1984, el Código Civil peruano de 1936, el Código Civil peruano de 1852, el tuc de la Ley de Mercado de Valores, la Ley de Derechos de Autor, la Ley de Propiedad Industrial, entre otros.

10. OTROS ANTECEDENTES

Es necesario tener en cuenta otros antecedentes como la realidad social, y otros Derechos como el Derecho Romano.

Dentro de los otros antecedentes podemos tener presente al Derecho Romano, al cual nos referiremos a continuación, y en todo caso necesita un tratamiento más amplio, el cual rebasa al presente trabajo de investigación.

11. DERECHO ROMANO

Para algunos juristas el Derecho Romano es un Derecho muerto o no vigente, y para otros es un Derecho vivo que puede estudiarse estudiando la familia jurídica romano-germánica y en algunos casos a la familia jurídica del *common law*.

En todo trabajo de investigación es necesario el estudio del Derecho Romano antiguo, ya que el mismo inspiró en muchos aspectos al Derecho actual.

En tal sentido, a continuación revisaremos el Derecho Romano en lo referido a las garantías.

En el Derecho Romano no existió Derecho Comercial ni Derecho Empresarial, sino que principalmente existió Derecho Civil y algunas pocas ramas del Derecho.

En el mismo se estudiaron algunas garantías dentro de las cuales destaca la hipoteca y la prenda, pero no se estudiaron las mismas dentro del tema garantías, sino que se estudiaron las mismas dentro del Derecho Civil.

Es decir, podemos afirmar que no se estudiaron las garantías dentro del tema garantías, sino dentro del Derecho Civil.

Dejando constancia que las garantías forman parte del Derecho Empresarial.

12. CLASES DE REGISTROS

Los Registros pueden clasificarse de acuerdo a varios criterios, tales como privados, públicos, jurídicos y de información administrativa y de acuerdo a que se encuentren en cada institución, y esta última será la que estudiaremos en el presente comentario, para tener presente que no es de aplicación a todos los Registros del Derecho peruano.

Incluso algunos Registros son duplicados, como es el caso de la sección de valores mobiliarios y programas de emisión del Registro Público del mercado de valores en forma centralizada, con la matrícula de acciones que lleva en forma individual cada sociedad anónima. Dejando constancia que este comentario sólo es de aplicación de algunas sociedades anónimas.

Existen diversos Registros tales como los Registros a cargo de la Conasev, Indecopi, Zonas Registrales, entre otros, sin embargo, en el presente comentario no pretendemos abarcar a todos los Registros sino sólo a los Registros a cargo de éstas dos últimas.

Es decir, en el presente trabajo sólo nos referiremos a los Registros a cargo de las Zonas Registrales, pero también son de aplicación en algunos casos a algunos Registros de Indecopi y a otros registros.

Los Registros a cargo de las Zonas Registrales se clasifican de la siguiente manera:

1. Registros de Bienes:
 - 1.1. Registro de Propiedad Inmueble.
 - 1.2. Registro de Bienes Muebles.
2. Registros de Personas.
3. Registros de Contratos.

El Registro de Contratos es un Registro de Garantías.

El presente estudio es de aplicación sólo a Registros de Bienes Muebles e incorporales y a Registros de Contratos.

13. BIENES QUE PUEDEN OTORGARSE EN GARANTÍAS

La ley en mención los identifica a los bienes que pueden otorgarse en garantía en forma pormenorizada en su artículo 4, sin embargo, podemos afirmar que se trata de todos los bienes muebles y algunos incorporales.

En tal sentido, el margen de aplicación del Registro se amplía, por lo cual podemos afirmar que antes era difícil inscribir una garantía en el Registro sobre algunos bienes muebles.

14. ACTOS INSCRIBIBLES

La ley identifica en forma expresa los actos inscribibles en su artículo 32, por lo cual no comentaremos este subtema.

Sin embargo, debemos dejar constancia que confunde la inscripción con la registración, ya que utiliza el primer término jurídico en lugar del segundo.

Sin embargo, corresponde dejar constancia que se puede anotar resoluciones judiciales sobre bienes muebles e incorporales, sin que sea necesario que el bien se encuentre inmatriculado, en tal sentido la publicidad registral se amplía a otros actos tales como resoluciones judiciales sobre bienes muebles no inmatriculados. Por lo cual se debe dotar al Registro de mayor personal y también de mayor número de registradores públicos, ya que la carga registral aumentará en número.

15. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE

La registración es el género y las especies son la inscripción y la anotación, por lo cual ahora nos referiremos sólo a la anotación por defecto subsanable, la cual no es la única clase de anotación. Sin embargo, dicho tema rebasa el campo de estudio del presente trabajo de investigación, por lo cual no nos dedicaremos a desarrollar dicho tema sino sólo al tema de fondo, como es la anotación preventiva por defecto subsanable.

Esta institución del Derecho Registral debe ser eliminada en el artículo 36 de la ley en mención porque puede inducir a error a los agentes económicos.

Máxime que pocas personas dominan el Derecho Registral, rama del Derecho que recién hace poco adquiere importancia.

16. NOVEDADES DE LA LEY

Toda ley contiene novedades legislativas, en tal sentido podemos afirmar que las novedades de la ley en mención son principalmente las siguientes:

1. Se crea un solo Registro de contratos en lugar de todos los anteriores existentes para garantías sobre muebles.
2. Se enumeran los bienes sobre los cuales puede constituirse la garantía.
3. Se permite pactar entre las partes el pacto comisorio.
4. Ya no se establece garantías para cada caso sino una sola clase de garantía para todos los supuestos.
5. Se permite que se pacte la ejecución extrajudicial de la garantía.
6. Se permite la desposesión de la garantía.
7. Se crea un nuevo listado de bienes muebles.

17. REGISTROS ELIMINADOS

La ley en mención elimina algunos registros, los cuales son los siguientes:

1. Registro Fiscal de Ventas a Plazos.
2. Registro de Prenda Industrial.
3. Registro de Prenda Agrícola.
4. Registro de Prenda Pesquera.
5. Registro de Prenda Minera.
6. Registro de Prenda de Transportes (el cual nunca existió).

Conforme a la quinta Disposición Final de la ley en mención.

18. FINES DE LA LEY

Todas las normas de Derecho Positivo tienen determinados fines, los cuales de la ley en mención estudiaremos a continuación.

Los fines de la Ley de Garantías Mobiliarias son los siguientes:

1. Mejorar el mercado para que se celebren más contratos al crédito (el mercado es donde se une la oferta y la demanda).
2. Aumentar el tráfico comercial.
3. Que la mayor cantidad de bienes muebles e incorporales garantice el cumplimiento de obligaciones en el Estado peruano.

19. CRECIMIENTO DEL MERCADO

Lo que busca la ley es que se mejore el mercado y se incremente el intercambio de bienes y servicios en el Estado peruano.

Es decir, con la ley en mención se busca el crecimiento del mercado o crecimiento económico, para lo cual se han efectuado sustanciales modificaciones en el Derecho Positivo peruano, y dentro de éste sobre todo en lo referido a las garantías mobiliarias, lo cual sería importante que sea de aplicación también a la hipoteca, específicamente en la parte referida a ejecución extrajudicial de la garantía, es decir, debió regularse todas las garantías estableciendo que la ejecución extrajudicial sea de aplicación también a la hipoteca.

En las reformas estudiadas para el Código Civil peruano de 1984 (art. 1.111) publicadas en el Diario Oficial «El Peruano» el 11-04-2006, se estudia que la ejecución de la hipoteca pueda ser extrajudicial, lo cual traerá como consecuencia que se varíe sustancialmente el marco normativo de la hipoteca y que la carga procesal del Poder Judicial se reduzca.

20. DEFECTOS DE LA LEY

Nuestros legisladores ya nos tienen acostumbrados a defectos legislativos, por lo cual a continuación estudiaremos los mismos de la Ley de Garantía Mobiliaria, ya que el presente no constituye un estudio positivista, es decir, en el presente estudio no se rinde culto a la ley.

Los defectos de la ley son los siguientes:

1. El hecho que se considera a los embargos diferentes a resoluciones judiciales.
2. El hecho que se considera diferentes al contrato de opción y a los contratos preparatorios.
3. No se regula la nota marginal para las garantías sobre las plantaciones que era regulado por la prenda agrícola.
4. Le crea otro registro plural para la prenda de acciones.
5. Se dispone el traslado de la información existente, conforme a la tercera Disposición Transitoria, la cual debe derogarse.

21. REGISTRADOR COMPETENTE

Se establece que la competencia del registrador público por razón de territorio en el Registro Mobiliario de Contratos es nacional.

22. CONTRATO SOBRE BIEN INSCRITO

Cuando el bien corre inscrito, la garantía se inscribe en el Registro de Bienes correspondiente, por ejemplo, si se constituye lo que antes se denominaba prenda vehicular o contrato de garantía sobre vehículo, se inscribe en el Registro de Propiedad vehicular.

23. OTRAS GARANTÍAS

Debió regularse también el seguro de crédito y el seguro de título, y la ley debió regular todas las garantías, es decir, no sólo las mobiliarias y las que recaen sobre bienes incorporeales.

24. INTERVENCIÓN JUDICIAL

Se requiere intervención judicial para efectos de recuperar el bien mueble que garantiza la obligación.

Sobre este interesante tema estamos por publicar un artículo titulado «Intervención judicial en la Ley de Garantía Mobiliaria», en tal sentido nos abstenemos de desarrollar el mismo en el presente trabajo de investigación.

25. REGULACIÓN POR INSTITUCIÓN

La regulación en casi todos los casos es por ramas del Derecho, y son ejemplos de tal regulación el Código Civil peruano de 1984, el Código Penal peruano de 1991, el Código de Comercio peruano de 1902, la Ley General de Sociedades, la Ley de Títulos Valores, el tuc de la Ley de Mercado de Valores, la Ley General del Sistema Concursal, la constitución política peruana, el Código Procesal Constitucional y los demás Códigos Procesales peruanos, entre otros cuerpos normativos.

La regulación en otros casos es general, como el Código de Derecho canónico y otros códigos generales.

Sin embargo, debemos dejar constancia que dentro de la evolución del Derecho primero aparecieron los Códigos generales y posteriormente desde 1804 los Códigos especiales, y para quien desee revisar este tema puede consultar mi artículo titulado «Codificación», publicado en la Revista *Normas Legales*.

Pero pocas oportunidades se nos presentan en una ley que regule una institución a cabalidad, o al menos se lo intenta, en tal sentido podemos

afirmar que la Ley de Garantía Mobiliaria no puede ubicarse en una sola rama del Derecho, es decir, no puede ubicarse en el Derecho Público solamente ni tampoco solamente en el Derecho Privado ni tampoco solamente en el Derecho Social, sin embargo, por excepción podemos ubicarla dentro del Derecho Empresarial. Es decir, es una ley muy peculiar que constituye un gran avance en el Derecho peruano.

26. DERECHO INTERNACIONAL

Las garantías involucran muchas ramas del Derecho, sin embargo, pocas oportunidades se toman en cuenta al Derecho Internacional, al cual nos referimos a continuación.

En la Ley de Garantía Mobiliaria se ha tomado en cuenta la resolución de la OEA que aprueba la CIDIP VI, llevada a cabo en Washington en el año 2002, por lo cual debe tenerse en cuenta también el Derecho Internacional Privado, el cual muchas veces es poco tomado en cuenta.

Sin embargo, el Derecho es cambiante, en tal sentido en el futuro se tendrá que tener en cuenta la CIDIP VII, próxima a celebrarse, de la cual todavía no se ha establecido la fecha, conforme se aprecia en la página web correspondiente.

También debe estudiarse el Derecho internacional Público porque la OEA es un sujeto de derecho internacional.

Es decir, el Derecho Internacional es de vital importancia para poder comprender las garantías.

Un estudio de las garantías sin tener en cuenta el Derecho Internacional implica un estudio poco serio o parcial o limitado, en tal sentido hemos querido brindar estas nociones del mismo a fin de tener un conocimiento total o global del tema titulado garantías mobiliarias.

En tal sentido consideramos acertados estos breves comentarios a fin de tener una idea del Derecho Internacional.

27. CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado las novedades de la Ley de Garantía Mobiliaria, formulamos conclusiones en los siguientes términos:

1. Es un buen inicio de un nuevo marco legal de garantías.
2. Es una buena iniciativa legislativa.
3. Con formularios se encasilla el comportamiento de las personas que actúan en el mercado como agentes económicos.
4. No tiene exposición de motivos.

5. Se ha tomado en cuenta la CIDIP VI, aprobada por la OEA llevada a cabo en Washington con una participación bastante activa de México y Estados Unidos de Norteamérica.
6. La regulación de las garantías será mejorada con la CIDIP VII, de la cual todavía no se ha establecido la fecha, pero está próxima a realizarse, en la cual se tomará en cuenta dos temas: la defensa del consumidor y las garantías mobiliarias en lo referido a registros electrónicos.

28. SUGERENCIAS

Luego de haber desarrollado el tema Novedades de la Ley de Garantía Mobiliaria y haber formulado conclusiones, planteamos sugerencias para tener un enfoque adecuado del tema en los siguientes términos:

1. Los formularios deben ser opcionales.
2. Debe aprobarse la exposición de motivos a fin de poder aplicar la interpretación teleológica, por la cual se determina la intención o voluntad de la ley.
3. Debe difundirse la ley en mención con eventos académicos, no sólo de la Ley de Garantía Mobiliaria, sino también de la titulización de activos o bursatilización de las garantías y seguro de crédito y seguro de título.
4. Debería organizarse en el Derecho peruano un Congreso Nacional y posteriormente uno Internacional sobre Garantías y Propuestas de Reforma Legislativa.
5. Debe difundirse en el Derecho peruano la CIDIP VI y también cuando se lleve a cabo la CIDIP VII.

29. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Luego de haber desarrollado el presente trabajo y haber formulado conclusiones y sugerencias, proponemos las siguientes reformas legislativas:

1. Debe derogarse la tercera Disposición Transitoria que dispone el traslado de las inscripciones de las prendas efectuadas con la anterior legislación.
2. Contratos preparatorios y contrato de opción se repite porque los contratos de opción y el compromiso de contratar son contratos preparatorios, dejando constancia que para mayor detalle puede consultarse la doctrina civil sobre este interesante tema.

3. En la ley se precisa que son actos inscribibles los embargos y resoluciones judiciales, por lo cual podemos afirmar que los embargos son resoluciones judiciales, en tal sentido se repite, por tanto, no era necesario ya hacer referencia a embargo.
4. Debe reglamentarse la ley en mención, ya que sólo existe ley y reglamento de inscripciones.
5. En el mejor de los casos debe derogarse la ley en mención y aprobarse un nuevo marco legal de garantías peruanas que abarque todas las garantías (corporales, las cuales son mobiliarias, e inmobiliarias e incorporales) y que agrupe y regule además al seguro de título y al seguro de crédito, lo cual servirá para mejorar la economía peruana.
6. Debe introducirse un marco legal más adecuado en materia de calificación registral de documentos judiciales porque no sirve de mucho constituir una garantía eficiente si después ésta es dejada de lado por una errada y abusiva orden judicial que viola derechos de titulares registrales y terceros registrales, y dentro de estos últimos de los acreedores hipotecarios, los cuales son acreedores cuyo mutuo crédito se encuentra garantizado con hipoteca. Sin embargo, no siempre la mala intención la tiene el Juez, sino que alguna vez la misma la tiene el demandante que induce a error al Juzgador que casi siempre es un Juez Civil o Mixto o un Juez de Paz Letrado.
7. Debe introducirse un marco legal más atractivo que regule la titulación de activos (2) o secutirización (esta institución jurídica es regulada y estudiada por el Derecho bursátil y es de tres clases. La primera, en propiedad conocida como titulación en forma de pago regulada, entre otras normas, por el artículo 295 (3) y siguientes del tío de la ley del mercado de valores; la segunda, en fideicomiso, por lo cual a esta segunda se le conoce como fideicomiso de titulación regulada, entre otras normas, por el artículo 301 (4)

(2) El artículo 291 del tío de la Ley del Mercado de Valores peruana establece que la titulación es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuyo propósito exclusivo es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de los valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores.

(3) El artículo 295 del tío de la Ley del Mercado de Valores peruana establece que con el objeto de integrar patrimonios de propósito exclusivo, pueden ser transferidos todos aquellos activos y la esperanza incierta a que se hace referencia en el artículo 1.409 del Código Civil, sobre los que su titular pueda disponer libremente. En el segundo párrafo de este artículo se establece que CONASEV se encuentra facultada para establecer, mediante disposiciones de carácter general, limitaciones a la utilización de determinadas categorías de activos.

(4) El artículo 301 del tío de la Ley del Mercado de Valores peruana establece que en el fideicomiso de titulación una persona, denominada fideicomitente, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del fiduciario para la

y siguientes de la misma ley; y la tercera, no se encuentra desarrollada en el Derecho peruano, por lo cual no nos referiremos a la misma, a fin de no inducir a confusiones sobre definiciones de instituciones jurídicas que tienen poco desarrollo en la doctrina. El mercado de valores o mercado de capitales es donde se comercializan los documentos producidos por la titulización de activos, en tal sentido para conocer este tema es necesario conocer el mercado de valores o mercado de capitales. Debo dejar constancia que algunos abogados corporativos se especializan en el mercado de valores o mercado de capitales, lo cual, entre otros temas, es estudiado por el Derecho Bursátil. Estamos obligados a dejar constancia que en el mercado de valores o mercado de capitales el trabajo es muy delicado y de mucha responsabilidad, ya que se celebran muchos contratos sobre valores. El primer párrafo del artículo 1 del tuc de la Ley del Mercado de Valores establece que la finalidad de la ley es promover el desarrollo ordenado y la transparencia del mercado de valores, así como la adecuada protección al inversionista. El primer párrafo del artículo 7 de la misma ley establece que la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores CONASEV (5) es la

constitución de patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores, cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de fideicomisario. Únicamente las sociedades tituladoras a que se refiere el artículo siguiente, salvo los supuestos de excepción que establece CONASEV mediante disposiciones de carácter general, pueden ejercer las funciones propias del fiduciario en los fideicomisos de titulización. En el segundo párrafo de este mismo artículo se establece que la sociedad tituladora, mediante acto unilateral, puede también constituir patrimonios fideicometidos. En virtud de dicho acto, la sociedad se obliga a efectuar transferencia fiduciaria de un conjunto de activos para la constitución de patrimonio fideicometido sujeto a su dominio fiduciario, reuniendo en tal supuesto, las calidades de fideicomitente y fiduciario. Dichos activos y los frutos y rentas que se deriven de ellos, no podrán regresar al patrimonio de la sociedad tituladora hasta que se hubiese cumplido con la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, salvo que se hubiere pactado en modo distinto. En el tercer párrafo de este mismo artículo se establece que la sociedad tituladora puede tener bajo su dominio a uno o más patrimonios fideicometidos.

(5) El artículo 1 del texto único concordante de la Ley Orgánica de la Comisión Supervisora de Empresas y Valores CONASEV establece que la Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores - CONASEV, es una Institución Pública del Sector Economía y Finanzas cuya finalidad es promover el mercado de valores, velar por el adecuado manejo de las empresas y normar la contabilidad de las mismas. Tiene personería jurídica de derecho público interno y goza de autonomía funcional, administrativa y económica. Rige su funcionamiento de acuerdo a las disposiciones que contiene el presente Decreto-Ley. En el artículo 3 de la misma ley se establece que la Comisión tiene por sede la ciudad de Lima. Para el mejor cumplimiento de sus fines podrá establecer las dependencias en cualquier parte del territorio de la República. El artículo 4 de la misma ley se establece que el Directorio es el máximo órgano de gobierno. Se compone de nueve miembros, nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas, uno de los cuales

institución pública encargada de la supervisión y el control del cumplimiento de esta ley. Conforme al inciso *h*) del artículo 15 de la misma norma, las sociedades tituladoras se inscriben en el Registro Público del Mercado de Valores (6). La titulación de activos se encuentra desarrollada en Argentina, Australia, Austria, Canadá, Colombia, Chile, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Inglaterra, Italia, México, Perú, Suecia, Suiza, entre otros estados, para quien desee hacer Derecho Comparado. Dejo constancia que en Estados Unidos a través de esta institución se ha conseguido bajar la tasa de interés bancario al 6 por 100 anual, otorgando créditos hipotecarios a treinta años, por lo cual podemos afirmar que facilita a las empresas del sistema financiero a obtener liquidez, sin que sea necesario esperar que el cliente cancele todas las cuotas) o bursatilización (7) de las garantías inmobiliarias, garantías mobiliarias (8) (entre los bienes muebles consideramos a los títulos valores conforme al numeral 5 del artículo 886 del Código Civil peruano de 1984. En el Derecho peruano los títulos valores son regulados por la Ley 27287, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 19-06-2000) y garantía sobre bienes incorporeales (9) o

es designado Presidente. El Directorio se renueva anualmente por tercios. En el artículo 14 de la misma ley se establece que el Gerente General es el principal funcionario técnico y administrativo de la Comisión, de cuyo manejo responde ante el Directorio. En el artículo 23 de la misma ley se establece que los trabajadores de la Comisión están comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada. La CONASEV cumple un papel muy importante en el desarrollo de un estado, en consecuencia consideramos acertado que se regula la misma por ley y no por decreto supremo, ya que su importancia así lo amerita.

(6) El Reglamento del Registro Público del Mercado de Valores se encuentra aprobado por la RESOLUCION CONASEV NÚMERO 079-97-EF-94.10. El artículo 1 de esta norma establece que el Registro Público del Mercado de Valores es aquel en el cual se inscriben las personas naturales y jurídicas, los valores mobiliarios, los programas de emisión de valores, los fondos mutuos de inversión en valores, los fondos de inversión y los participantes del mercado de valores señalados en el Decreto Legislativo número 861, Ley del Mercado de Valores, así como en los reglamentos que dicte CONASEV y demás normas aplicables, con el objeto de que la información contenida en él sea puesta a disposición del público, a fin de contribuir a la toma de decisiones y a la transparencia en el mercado de valores. En el inciso *h*) del artículo 2 del Reglamento se establece que una sección del Registro Público del Mercado de Valores es la de las sociedades tituladoras.

(7) El artículo 262.1 de la Ley de Títulos Valores peruana establece en la primera parte que los valores mobiliarios emitidos en procesos de titulación podrá hacerse bajo la denominación de «Certificados de titulación», «Acciones de titulación», o «Bonos de titulación» u otras denominaciones permitidas por la autoridad competente.

(8) Sólo estudiando Derecho Bursátil se puede comprender la real importancia de la Ley de Garantía Mobiliaria que, por cierto, no es de aplicación sólo a las garantías mobiliarias sino también a otras garantías como las incorporeales y las pólizas de seguros.

(9) Los bienes incorporeales son los que no tienen corporeidad. Dejando constancia que los bienes se clasifican en corporales e incorporeales o intangibles y los primeros se clasifican en muebles e inmuebles.

intangibles (en tal sentido debemos tener en cuenta los bienes enumerados en el art. 3 de la Ley de Propiedad Industrial peruana contenida en el Decreto Legislativo 823 publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 24-04-96 y que son: patentes de invención, certificados de protección, modelos de utilidad, diseños industriales, secretos industriales, marcas de productos y servicios, marcas colectivas, marcas de certificación, nombres comerciales, lemas comerciales y denominaciones de origen que son susceptibles de ser gravados conforme al artículo 7 de la misma norma; además debemos tener en cuenta los derechos de autor, los cuales son regulados por el Decreto Legislativo 822, que según el primer párrafo del artículo 170 de la misma norma pueden gravarse), lo cual traerá como consecuencia necesariamente que el mercado crezca y que baje la tasa de interés. Se deja constancia que en el Estado peruano puede cederse el mutuo y su garantía (la garantía puede ser una hipoteca, prenda, garantía mobiliaria, títulos valores, entre otras garantías, sin embargo, es necesario dejar constancia que algunos autores son del criterio que en algunos supuestos de los mencionados debe contratarse un seguro de título y un seguro de crédito, por lo cual debemos precisar que los mismos no se encuentran consagrados legislativamente en el Derecho peruano, aplicándose sólo el seguro de desgravamen) a través del mercado de valores, pero no en forma privada, por tanto, es necesario derogar el segundo y tercer párrafo del artículo 1.435 del Código Civil peruano de 1984. También es necesario derogar el artículo 1.439 del mismo Código sustantivo. Por lo cual esperamos que la comisión respectiva tome en cuenta esto, lo cual permitirá que el mercado crediticio sea más ágil y también permitirá que se bajen las tasas de interés en el Derecho peruano.

8. Al momento de legislar es necesario tener en cuenta no sólo aspectos jurídicos sino también aspectos económicos, ya que la economía y el derecho se encuentran unidos y se dividen sólo para efectos de estudio, en tal sentido un estudio jurídico separado de la economía sólo debe aplicarse en pregrado pero no a nivel de postgrado.
9. Debe legislarse tomando en cuenta no sólo el Derecho sino también la economía, ya que esta última es necesaria para legislar.
10. El análisis económico del Derecho (que para algunos juristas es un método de investigación y para otros es un método de interpretación, sirve para buscar instituciones legales o jurídicas —dejando constancia que las instituciones legales forman parte de las instituciones jurídicas, es decir, las instituciones legales son siempre instituciones jurídicas, pero no siempre las instituciones jurídicas son instituciones legales— eficientes y adoptar decisiones en

este mismo sentido para así mejorar el comportamiento de los agentes económicos en el mercado, estudia los costos de transacción —sobre este tema efectuamos una publicación— dentro de los cuales se encuentran los costos de información, el sistema de propiedad o titularidad, el sistema de responsabilidad civil (10), el sistema de contratación, los sistemas registrales (11), los sistemas notariales (12), las externalidades (13), fallas o errores del sistema jurídi-

(10) Existen seis tipos de responsabilidad civil, las cuales son las siguientes: 1) responsabilidad que deriva de obligaciones que surgen de una promesa unilateral, 2) responsabilidad precontractual (sobre la cual efectuamos una publicación en la revista *Normas Legales* de octubre de 2004), 3) responsabilidad postcontractual, 4) responsabilidad por actos jurídicos unilaterales, 5) responsabilidad contractual pura, y 6) responsabilidad extracontractual; de las cuales las más conocidas son la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual pura, es decir, pocos abogados conocen realmente todas las clases de responsabilidad civil, en tal sentido igualmente pocos libros pueden ser considerados como útiles para estudiar la responsabilidad civil a su totalidad, sin embargo, consideramos que en el futuro se pueda contar en el Derecho peruano con libros que desarrollen los seis tipos de responsabilidad civil, a fin de permitir una difusión más completa de este tema.

(11) Existen diversas clasificaciones de los sistemas registrales, de las cuales sólo citaremos una, por la cual se clasifica a los sistemas registrales en Sistemas Registrales de Registro de Documentos y Sistemas Registrales de Registro de Derechos. En el primero, el Registro determina quiénes son los posibles propietarios, mientras que en los segundos el Registro determina quién es excluyentemente el titular registral. El sistema registral peruano es un sistema registral de Registro de Derechos, en tal sentido es necesaria una calificación registral más cuidadosa.

(12) Los Sistemas Notariales en el Derecho Comparado son tres y son los siguientes: Sistema Anglosajón, Sistema Administrativo y Sistema Latino. En el primero, el notario no es funcionario público y no existe protocolo notarial. En el segundo, el notario es un funcionario público. Y en el tercero, el notario no es funcionario público, existe protocolo notarial y el notariado tiene mucha importancia, como en el Derecho peruano.

(13) Las fallas del mercado se denominan externalidades. Hay externalidades cuando una persona o personas realizan una determinada actividad que influye a favor de otra y no se recibe ningún pago ni beneficio por este efecto. Las externalidades son de dos clases: positivas y negativas. La externalidad es negativa si la actividad causa un efecto malo. La externalidad es positiva si causa un efecto bueno. Cuando en las actividades hay externalidades, el equilibrio del mercado es ineficiente. Sin embargo, debemos dejar constancia que para algunos autores las externalidades no deben estudiarse sólo como fallas del mercado. Lo cual resulta importante tener en cuenta a fin de dominar más las externalidades, que tanto daño causan al mercado y a los agentes económicos que sin intervenir en un contrato pueden verse perjudicados, cuando se trata de una externalidad negativa. Y ocurre lo propio cuando una persona se beneficia de un contrato celebrado por terceros (en este caso nos referimos al Derecho Civil), supuesto en el cual nos encontramos frente a una externalidad positiva. El Derecho busca eliminar las externalidades, en tal sentido las mismas deben preocupar a los juristas que son investigadores, sobre todo en el caso peruano, que tanta falta hace estudiar economía a los abogados. Sin embargo, debemos dejar constancia que no todas las externalidades deben ser eliminadas, ya que también existen las externalidades técnicas, que no tienen los problemas presentados en las externalidades originadas por los derechos reales o por los contratos, las cuales no constituyen un problema para los economistas ni para los juristas. Respecto de las externalidades, el

co (14), fallas del mercado (15), incentivos (16), desincentivos, estudia la eficiencia económica y, dentro de ella, las decisiones

Estado debe intervenir y de hecho interviene estableciendo correctores (que pueden ser penalizaciones o subvenciones) o regulando actividades (por ejemplo, puede prohibir actividades que ocasionen contaminación o estableciendo normas para que las discotecas se encuentren cerradas a ciertas horas o que no existan las mismas en determinadas zonas). Y para quien desee ampliar sus conocimientos puede consultar libros de economía y además de microeconomía, en los cuales se desarrolla ampliamente estos temas, a fin de que el lector tenga una visión más amplia del tema estudiado o tratado en la presente nota a pie como son las externalidades, las cuales deben ser estudiadas por el Derecho y por la economía, a fin de no caer en errores. Es decir, todo abogado que aspire a convertirse en jurista debe tener sólidos conocimientos de economía, para así tener una visión más amplia del tema estudiado, ya que los estudios únicamente jurídicos inducen a error, por carecer de algunas herramientas que son brindadas por la economía. En tal sentido, esta oportunidad me ha servido para recordar algunos conocimientos de economía aprendidos durante el estudio del primer semestre en la maestría en Derecho Empresarial que seguí en Arequipa en la Universidad Católica Santa María, y que no concluí por motivos laborales. Por lo cual, podemos afirmar que en toda maestría debe estudiarse economía o análisis económico del Derecho para permitir al estudiante tener otras herramientas que no sean exclusivamente jurídicas.

(14) No debe confundirse el sistema jurídico con el ordenamiento jurídico, ya que este último se refiere sólo a normas de Derecho Positivo o Legislación, mientras que el primero se refiere a todas las fuentes del Derecho, es decir, se refiere además a jurisprudencia, ejecutorias, doctrina, principios generales del Derecho, realidad social y manifestación de voluntad, entre otras, es decir, éstas no son todas las fuentes del Derecho, por lo cual debemos dejar constancia que desarrollar todas las fuentes del Derecho rebasan el objetivo del presente trabajo de investigación.

(15) El mercado es donde se encuentran la oferta y la demanda, en tal sentido podemos hablar de mercado peruano de vehículos o de motos o de flores, o mercado limeño de libros, entre otros. El empresario busca colocar sus productos en el mercado, para lo cual recurre a diferentes estrategias de penetración en el mercado. En este orden de ideas contrata marketeros para que estudien la forma de colocar el producto en el mercado. Todo empresario lucha por tener una porción de mercado cada vez mayor, al igual que su competencia.

(16) Efectuando una revisión del análisis económico del Derecho (para algunos juristas es un método de interpretación y para otros es un método de investigación) podemos afirmar que los incentivos son medidas que pueden ser legales (al hacer referencia a medidas legales nos estamos refiriendo a las medidas adoptadas a través o mediante el Derecho positivo), o extralegales para premiar o promocionar, logrando incrementar o aumentar la frecuencia de determinada actividad o conducta. En tal sentido al establecer en el Código Penal peruano de 1991 que el homicidio es delito, se incentiva que los peruanos no cometan este delito. Al establecer en el Código Procesal Civil peruano de 1993 que los Jueces pueden imponer multas, se incentiva que las partes, abogados, peritos, testigos y terceros actúen de buena fe en el procedimiento civil peruano. También al establecer en el mismo Código Procesal que el procedimiento civil dura demasiado, se incentiva el incumplimiento de los contratos en el Derecho peruano. Otro supuesto es el caso de los aranceles en el Derecho aduanero con los cuales en algunos supuestos se incentiva que no se produzcan importaciones en los diferentes Estados. Al establecer normas rigurosas en el mismo Código sobre postulación del proceso civil, se incentiva que las demandas y contestaciones de demanda se presenten con los requisitos legales. Otro supuesto es el caso de las garantías constitucionales con las cuales se incentiva que se respeten los derechos constitucionales. Al consagrarse en el artículo 2.014 del Código Civil peruano de 1984 y en

eficientes, eficiencia del sistema de propiedad o de titularidad, de los contratos, de la responsabilidad civil, del mercado, de las garan-

el artículo VIII del título preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, el principio registral de fe pública registral se incentiva las inscripciones cuando cumplen ciertos requisitos en el Derecho peruano. Otro supuesto es el caso de los altos sueldos de los ministros de estado, congresistas, presidentes del gobiernos regionales y del presidente de la república, con los cuales se incentiva que los peruanos aspiren y/o postulen para dichos cargos. Al existir fecha cierta en las escrituras públicas y que se conservan en protocolos notariales, se incentiva que los actos jurídicos, contratos y garantías se celebren o constituyan utilizando las mismas. Otro supuesto es el caso de la fuerte carga procesal y registral con lo cual se incentiva que los abogados no trabajen en el Poder Judicial ni en las Oficinas Registrales. Al establecer mandato de comparecencia en muchos supuestos, se incentiva que se cometan delitos en el Derecho peruano. Otro caso es que en casi todos los procesos en el Derecho peruano (a excepción en la acción de inconstitucionalidad en la cual el Tribunal Constitucional resuelve en instancia única) establecen medios impugnatorios con los cuales se incentiva que las resoluciones sean correctamente expedidas. Al establecer en el Derecho Procesal Civil peruano la nulidad de cosa juzgada fraudulenta específicamente en el artículo 178 del Código Procesal Civil peruano de 1993, se incentiva que los procesos civiles se tramiten conforme al debido proceso. Otro caso es la desafectación establecida en el artículo 624 del mismo Código, con lo cual se incentiva que las medidas cautelares se formalicen en bienes del demandado o ejecutado. Al establecerse en el artículo 514 del mismo Código citado que la demanda debe interponerse dentro de los tres meses contados desde que quedó ejecutoriada la resolución que causó daño, se incentiva que los procesos de responsabilidad de jueces sean iniciados en un corto período de tiempo. Otro caso son las presunciones posesorias consagradas del artículo 912 al 915 del Código Civil peruano de 1984, con lo cual se incentiva que se ejerza la posesión de los bienes. Al establecerse beneficios a la inscripción de derechos de autor, patentes, marcas y nombres comerciales en Indecopi, se incentiva su inscripción. Otro caso es la publicidad material consagrada en el artículo I del título preliminar del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, en cuyo segundo párrafo se establece que el contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aún cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo, con lo cual se incentivan las registraciones. Al establecerse en el numeral 3 del artículo 1.099 del Código Civil peruano de 1984 que la inscripción en el Registro de la Propiedad es un requisito de validez de la hipoteca, se incentiva que las hipotecas se inscriban. Otro supuesto es que la inscripción de las personas jurídicas de Derecho Privado en el Registro de Personas Jurídicas les otorga personería jurídica conforme al artículo 77 del Código Civil peruano de 1984, y se da lugar en muchos casos a la responsabilidad limitada a los aportes, con lo cual se incentiva la inscripción de las personas jurídicas de Derecho Privado. Al establecerse en el Derecho Positivo peruano el principio registral de prioridad preferente o de rango, se incentiva que de las hipotecas y embargos se solicite su registración lo antes posible. Dejando constancia que el artículo 2.016 del mismo Código establece que la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro y que el artículo 1.112 de la misma norma establece que las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de su registro, salvo cuando se ceda su rango. Otro caso es que el artículo 2.011 de la misma norma consagra en su párrafo primero el principio de legalidad, con lo cual se incentiva que los títulos presentados al Registro se encuentren con los requisitos legales. Al establecerse en el Derecho Positivo peruano multas a los que no sufraguen se incentiva que los peruanos cumplan dicho deber. Dejando constancia que también se establece multas a los integrantes de mesa que no actúen como tales.

tías, del mercado de valores o mercado de capitales, de los procesos y procedimientos, de las instituciones públicas, de las personas jurídicas y empresas —dejando constancia que muchos autores confunden estos dos conceptos jurídicos— de la filosofía del Derecho, de los títulos valores, de los Códigos, de las fuentes del Derecho, de los valores, del Derecho Comparado, de las familias jurídicas y sistemas jurídicos, de la interpretación e integración, y en general la eficiencia o ineficiencia de todas las ramas del Derecho, entre otros temas, y puede ser aplicado sin excepción a todas las ramas del Derecho, es decir, sus herramientas no encuentran rama del Derecho a la cual no pueda aplicarse —es decir, es estudiado por muchos abogados como el mejor método o el más moderno, pero debe tenerse en cuenta un enfoque global, a fin de no inducir a error al lector, por lo cual debemos dejar constancia que no es la panacea, ni el único método, sino que existen otros (17), en tal sentido al momento de aplicarse debe tenerse en cuenta también otros métodos

Sin embargo, en el sistema legal existen algunas *incoherencias o fallas de este sistema*, por ejemplo, en el Derecho Tributario se imponen sanciones o castigos a los empresarios, ocasionando que si tienen rentas pagan impuestos a través del régimen único simplificado, y si sus rentas son mayores están sujetos al pago de mayores impuestos, entre ellos el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto a la Renta y en algunos supuestos impuesto selectivo al consumo. En tal sentido, con la legislación tributaria actual no se incentiva la inversión y la renta, sino que se la sanciona, castiga, reprime o desincentiva (los desincentivos también son estudiados por el análisis económico del Derecho, por los cuales a través de medidas legales o extralegales se castiga, reprime o sanciona una conducta o actividad, logrando con éstas que la frecuencia de esta conducta o actividad se reduzca, disminuya o desaparezca) en tal sentido es necesario efectuar la modificación legislativa correspondiente o, lo que es lo mismo, es necesario modificar el Derecho Positivo peruano y también todo aquel Derecho Positivo extranjero que contenga estas incoherencias o fallas del sistema legal. Pero si un empresario no tiene empresas ni rentas por ineficiencia, se lo premia estableciendo que no paga impuestos a la renta, ni impuesto general a las ventas, ni impuesto selectivo al consumo.

Sin embargo, en algunos supuestos resulta difícil incentivar o desincentivar una conducta, pero es claro que estas medidas no sólo son para las personas naturales, sino también para las personas jurídicas y entes autónomos o entes no personificados.

(17) Existen otros métodos de investigación o interpretación como el análisis, síntesis, inductivo, deductivo, dogmático, exegético (tuvo mucho desarrollo en el siglo XVIII en Francia y su defecto es que, aplicando el mismo, podemos volvernos positivistas), funcionalista, comparativo (el método comparativo es utilizado en el Derecho Comparado, al cual hemos dedicado algunas publicaciones), entre otros. Sin embargo, debemos dejar constancia que los primeros cuatro métodos mencionados son utilizados en todas las áreas del conocimiento y los siguientes sólo en el Derecho. Algunos autores distinguen entre métodos de investigación y métodos de interpretación, y otros consideran que se refieren a lo mismo, lo cual es importante tener en cuenta a fin de poder seleccionar la bibliografía correspondiente, tema que, por cierto, es desarrollado por los epistemólogos. Es decir, el Derecho tiene sus propios métodos, por lo cual algunos juristas son del criterio que el Derecho sí es ciencia, sin embargo, este planteamiento se encuentra en discusión actualmente, lo cual para el autor es una obligación dejar claramente establecido.

que permitan tener una idea cabal del tema materia de investigación, además debemos dejar constancia que causa mucha admiración. Cómo es posible que un simple método haya causado tanta admiración y tenga tantos seguidores y dentro de estos últimos no sólo lectores sino también escritores, sobre todo en Estados Unidos de Norteamérica—, sin embargo, deja de lado los valores, por lo cual se encuentra cuestionado, por lo cual, es necesario dejar constancia que en Estados Unidos de Norteamérica existen ocho revistas destinadas a este método) es muy útil para legislar y aplicar el Derecho y también hay que tener en cuenta la realidad social, que es fuente del Derecho, sin embargo, para profundizar los conocimientos del lector del presente trabajo se puede consultar mi trabajo titulado «Derecho Comparado y Seguro de Crédito», entre otros trabajos de investigación en los cuales desarrollo las fuentes del Derecho.

RESUMEN

MUEBLES PERÚ

El presente trabajo trata sobre las novedades de la Ley de Garantía Mobiliaria en la cual se advierte que debemos estudiar la CIDIP VI aprobada por la OEA, luego se advierte que las novedades legislativas se deben estudiar, difundir y aplicar. También se ve las políticas acertadas entre las cuales se encuentra la Ley de Garantía Mobiliaria. Además se advierte las fuentes de inspiración que son, entre otras, trabajos míos anteriores. En otra parte del trabajo se desarrollan las fuentes del Derecho, las cuales son la ley, la doctrina, la jurisprudencia, las ejecutorias, los principios generales del Derecho, la realidad social y la manifestación de voluntad, entre otras. Además se desarrolla el positivismo, del cual existen en la doctrina dos tipos que son el positivismo de Kelsen y el positivismo de Austin. Además se desarrolla el área de conocimiento, dejando constancia que cuando se estudia la Ley de Garantía Mobiliaria se estudia la Registral, Notarial, Civil, Comercial, Societario, Cartular, Seguros y

ABSTRACT

PERU CHATTEL

This paper addresses the new features in the chattel mortgage act. We are warned that we must study the OAS's CIDIP VI and that new legislative developments must be studied, disseminated and applied. Wise policies are examined, including the chattel mortgage act. Note is taken of its sources of inspiration, which are, inter alia, previous works of mine. In another section of the paper there is an exploration of the sources of the law, which are law, doctrine, jurisprudence, enforcement orders, general legal principles, social reality and the statement of intention, amongst other items. Furthermore, there is an exploration of positivism. Doctrine contains two types of positivism, Kelsen's and Austin's. The area of knowledge is explored as well, stating that when one studies the law of chattel mortgage, one studies registration law, notarial law, civil law, commercial law, corporate law, law of records, insurance and reinsurance law, industrial law, business law, international private law, international

Reaseguros, Derecho Industrial, Derecho Empresarial, Internacional Privado, Internacional Público, Agrario, Bancario, Procesal Civil, Constitucional, Procesal Constitucional, Penal, Procesal Penal, Derecho de Comercio Internacional, Bursátil, derechos de autor y propiedad industrial. También se desarrolla los antecedentes doctrinarios, legislativos y otros antecedentes como el Derecho Romano. Se desarrollan las clases de registros como son Registros de Bienes, Personas y Contratos, dejando constancia que el presente estudio es de aplicación sólo a Registros de Bienes Muebles e Incorporales y Registros de Contratos. Además se desarrollan los bienes que pueden otorgarse en garantías, actos inscribibles, la anotación preventiva por defecto subsanable, la cual debe ser eliminada de la ley materia de análisis, las novedades de la ley, los registros eliminados, los fines de la ley, el crecimiento del mercado, los defectos de la ley, el registrador competente, el contrato sobre bien inscrito, otras garantías, la intervención judicial, la regulación por institución, el Derecho Internacional, las conclusiones, las sugerencias y las propuestas legislativas.

public law, agricultural law, banking law, civil procedural law, constitutional law, constitutional procedural law, criminal law, criminal procedural law, international trade law, stock market law, copyright law and industrial property law. An exploration is also made of the background of doctrine, legislation and other items, such as Roman law. The types of registries are explored, e.g. registries of property, people and contracts, it being stated that this study is applicable only to registries of intangible chattels and contracts. In addition, an exploration is made of the rights that can be granted as security, registrable acts, caveats due to corrigible defects (which must be eliminated from the law at issue), new features of the law, the registries it eliminates, the goals of the law, market growth, the defects of the law, competent registrars, contracts concerning registered property, other guarantees, judicial attachment, regulation by institution, international law, conclusions, suggestions and legislative proposals.

(Trabajo recibido el 25-07-06 y aceptado para su publicación el 4-12-2006)

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 10-7-2006
(BOE 21-11-2006)
Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO.

Apareciendo la finca inscrita a nombre de dos cónyuges en comunidad de bienes, con sujeción a la legislación de su país, sin especificación de cuota, a menos que se acredite que tal ordenamiento prevé otra cosa al respecto, no cabe anotar un embargo trabado sobre la mitad indivisa de la finca en un procedimiento dirigido sólo contra uno de los esposos. Es imprescindible que dicho procedimiento se entable contra ambos.

Resolución de 19-9-2006
(BOE 30-11-2006)
Registro de la Propiedad de Álora

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas de un apoderado de una sociedad, no puede el Registrador exigir que se aclare qué órgano de esa sociedad fue el que otorgó el poder, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes.

Resolución de 2-10-2006
(BOE 9-11-2006)
Registro de la Propiedad de Valls

HIPOTECA: CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. CALIFICACIÓN REGISTRAL. RECURSO GUBERNATIVO: INFORME DEL REGISTRADOR.

Confirmando criterios ya sentados en Resoluciones anteriores, la Dirección General señala que la Registradora ha de ajustarse estrictamente a las previsiones legales a la hora de notificar su calificación desfavorable, sin dar traslado de la misma a otras personas que a las que la ley determina, procediendo sólo a la inscripción parcial cuando el interesado lo ha solicitado así expresamente, y limitando su informe que ha de aportar en el desarrollo del recurso a aspectos de mero trámite. En cuanto a las cuestiones de fondo, se sostiene que el Registrador, al calificar las cláusulas de vencimiento anticipado en una escritura de préstamo hipotecario, ha de limitarse a apreciar su posible trascendencia jurídico-real y al hecho de que se refiera a cuestiones relacionadas con la subsistencia y suficiencia de la propia garantía hipotecaria. En este sentido ha de admitirse el pacto de vencimiento anticipado establecido para el caso de que el deudor hipotecante, al amparo de lo previsto en la Ley de 30 de marzo de 1994, promueva la subrogación de otra entidad crediticia en la posición de acreedor que corresponde al prestamista en una hipoteca anterior sobre la misma finca.

Resolución de 6-10-2006
(BOE 30-11-2006)
Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULAR. IDENTIDAD DE LA FINCA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

Habiendo planteado el Registrador en su nota la duda fundada de que la finca cuya inmatriculación se pretende con el auto recaído en un expediente de dominio forme parte de otra finca ya inscrita, no procede acudir al recurso gubernativo, sino al procedimiento judicial previsto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario. La calificación registral abarca los trámites establecidos para garantizar que el titular registral ha tenido la intervención prevista en las normas para evitar su indefensión.

Resolución de 9-10-2006
(BOE 10-11-2006)
Registro de la Propiedad de Algeciras, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESCRIPCIÓN DE LOS DEPARTAMENTOS PRIVATIVOS. RECURSO CONTRA LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. CALIFICACIÓN REGISTRADOR SUSTITUTO.

Corresponde a la Dirección General y no al Registrador recurrido la decisión respecto a si el recurso se ha interpuesto o no dentro del plazo legal.

Dicho plazo, en caso de que haya intervenido el Registrador sustituto, comenzará a partir de la última de las notificaciones que éste ha de hacer al Notario o funcionario autorizante del documento y al presentante del mismo. La exigencia establecida en los artículos 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y 8.4 de la Ley Hipotecaria, respecto a la necesidad de que cada departamento tenga un número correlativo, ha de entenderse cumplida con el hecho de que se produzca una secuencia o sucesión inmediata de un departamento con el siguiente, aunque sea añadiendo a un número una letra del abecedario, o expresiones del tipo «bis» o similares. No cabe por tanto rechazar la identificación del nuevo departamento surgido de una desafectación de una plaza de garaje respecto a la vivienda de la que era anejo, mediante la expresión «número setenta y cuatro-uno».

Resoluciones de 10 y 13-10-2006

(BOE 10-11-2006)

Registro de la Propiedad de Ayamonte

**AMPLIACIÓN DE HIPOTECA. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.
CALIFICACIÓN REGISTRAL: FUNDAMENTACIÓN.**

Las notas de calificación negativas han de contener los razonamientos jurídicos que le sirven de fundamento, con la claridad que se exige para cualquier otra resolución de la Administración que deniegue un derecho a un ciudadano. No puede rechazarse la inscripción de una escritura de ampliación de hipoteca por el mero hecho de que no se haya consignado la cantidad total de responsabilidad hipotecaria por los diferentes conceptos, si para esa fijación basta una mera operación sumatoria que puede hacer el Registrador en aplicación de las normas civiles relativas a la interpretación de los contratos, sin que ello suponga conjetura o presuposición de voluntad de las partes.

Resolución de 11-10-2006

(BOE 18-11-2006)

Registro de la Propiedad de Alorcón, número 1

**BIENES GANANCIALES: PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD. SEPARACIÓN
DE HECHO. PRUEBA DEL CARÁCTER PRIVATIVO DE LOS BIENES.**

El procedimiento registral tiene, frente a lo que ocurre en el caso del judicial, una serie de limitaciones a la hora de la acreditación y demostración de circunstancias de hecho. De ahí que se exija de forma rigurosa la aportación de prueba documental pública para poder inscribir como privativo un bien adquirido por una persona casada en régimen de gananciales. No constituye prueba suficiente al respecto la demostración de que el dinero invertido procede de una cuenta bancaria de la que sólo es titular el cónyuge adquirente. La existencia de una situación de separación de hecho entre los cónyuges a la fecha de la adquisición no deja sin efecto la presunción de ganancialidad, siendo necesario, para que tal cosa ocurra, la pertinente decisión judicial al respecto.

Resolución de 14-10-2006
(BOE 21-11-2006)

Registro de la Propiedad de Granada, número 1

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN:
TITULARIDAD REGISTRAL CONTROVERTIDA. CALIFICACIÓN REGIS-
TRAL. DEFECTOS SUBSANABLES. FOTOCOPIAS.**

En el Registro aparece una finca inscrita a nombre de una determinada entidad que la había adquirido por virtud de una ejecución judicial basada en un embargo que estuvo anotado en su día. En el historial registral aparece una anotación de demanda de tercería de dominio interpuesta frente a dicha titular por otro titular anterior que vio purgada su inscripción por la ya mencionada ejecución del embargo. Dicha anotación de demanda se canceló por caducidad. Ante esta situación, y considerando la inoperancia de una anotación de demanda caducada, estima la Dirección General que no cabe anotar un embargo trabado en un procedimiento dirigido contra el que fue titular de la finca y que aparece como demandante en la tercería. Y ello aunque se aporte con el mandamiento de embargo una fotocopia del allanamiento de la demandada en la tercería a la pretensión del demandante, dado que, sin prejuzgar la trascendencia registral de un allanamiento sin que conste haber recaído sentencia firme consecuyente con el mismo, la fotocopia no es documento público. También recuerda el Centro Directivo que no puede tenerse en cuenta para resolver el recurso el testimonio de la sentencia estimatoria de la tercería si el mismo no lo tuvo a la vista el Registrador al realizar su calificación. Lo que sí ocurre es que estas especiales circunstancias ponen de manifiesto la posibilidad clara de subsanación del defecto que motiva la nota, con lo que el mismo ha de ser considerado como subsanable.

Resolución de 16-10-2006
(BOE 21-11-2006)

Registro de la Propiedad de Ayamonte

**CAUSA. CONSENTIMIENTO FORMAL. CANCELACIÓN DE HIPOTECA. REC-
TIFICACIÓN DEL REGISTRO.**

El sistema civil español, y como corolario el registral, imponen la necesidad de que exista y se exprese una causa que provoque tanto el nacimiento, como la transmisión y extinción de los derechos reales. No cabe por tanto admitir la cancelación de un derecho inscrito por el mero consentimiento formal de su titular. Ahora bien, no puede considerarse tal el caso en el que acreedor hipotecario y titulares dominicales rectifican una escritura de cancelación de una hipoteca, en el sentido de que la misma se otorgó por error, dado que el crédito garantizado no estaba, como indebidamente se había consignado en la misma, íntegramente satisfecho. En consecuencia, queda suficientemente especificada la razón y la causa que permite dejar sin efecto el asiento cancelatorio, provocando la reviviscencia de la hipoteca equivocadamente cancelada.

Resolución de 17-10-2006
(BOE 21-11-2006)

Registro de la Propiedad de Granada, número 6

INMATRICULACIÓN. DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 306 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Presentada una escritura de elevación a público de un contrato de venta con la finalidad de inmatricular la finca objeto de la misma, y apreciadas dudas por parte del Registrador sobre si dicha finca forma parte de otra u otras ya inscritas, no cabe acudir al recurso gubernativo, sino que debe optarse por la intervención judicial en los términos previstos en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 18-10-2006
(BOE 30-11-2006)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 13

INSCRIPCIÓN DE SENTENCIAS DE INCAPACITACIÓN. REGISTRO CIVIL. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS.

Si bien es cierto, como sostiene el Registrador en su nota, que la sentencia de incapacitación, para poder ser inscrita en el Registro de la Propiedad, ha de estarlo previamente en el Registro Civil, cuando se aporta al Registrador documentos judiciales de los que resulta diligencia de la que resulta haberse hecho constar en el Registro Civil la sentencia, ha de dar por subsanado el defecto.

Resolución de 19-10-2006
(BOE 21-11-2006)

Registro de la Propiedad de Hospitalet de Llobregat, número 4

HIPOTECA: PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL.

Aunque se manifieste en la escritura de hipoteca que los cónyuges que la constituyen están casados en gananciales, apareciendo sin embargo la finca inscrita a nombre de ambos, pero en régimen de separación de bienes, ello no es obstáculo para la inscripción por cuanto existe la clara voluntad de los dos titulares de la finca de establecer sobre ella la referida hipoteca. Tampoco puede considerarse un defecto el hecho de que exista una contradicción en relación a la cifra de cobertura de los intereses, dado que no coinciden la señalada en letra y en guarismos, porque para aclarar el error basta hacer una mera operación aritmética.

Resolución de 20-10-2006
(BOE 21-11-2006)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 8

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes Resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige, para poder cancelar por caducidad la referida anotación, que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 21-10-2006

(BOE 21-11-2006)

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULAR. IDENTIDAD DE LA FINCA.

Figurando inscrita una cuarta parte indivisa de una finca a favor de una determinada persona, se presenta ahora testimonio de un auto recaído en expediente de dominio tramitado a instancias de ese mismo titular a fin de inmatricular las tres cuartas partes restantes. No es impedimento para su inscripción el hecho de que se haya utilizado esta vía del expediente de dominio en lugar de la de la inscripción directa, previa la pertinente rectificación, del título que en su día ya causó la inscripción de la otra cuarta. Tampoco tiene la consideración de defecto el que al describir ahora la finca se reduzca su cabida, en tanto hay datos que evidencian la clara identidad de la finca.

Resolución de 25-10-2006

(BOE 21-11-2006)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 20

REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: FORMA DE ACREDITARLA. JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIAL.

Si el Notario ha hecho el pertinente juicio de suficiencia del ámbito de las facultades representativas del miembro del Consejo de Administración compareciente, con referencia al contenido del acta del propio Consejo por la que se le faculta entre otros para la celebración del arrendamiento financiero objeto de la escritura calificada, no puede el Registrador alegar incongruencia del citado juicio de suficiencia, en tanto el mismo goza del mismo valor que el que el Notario emite respecto a la capacidad natural de los comparecientes. Salvo casos en que resulte del propio contenido de la escritura o de los libros registrales una contradicción notoria y evidente, no puede el Registrador calificar el fondo del juicio de suficiencia emitido por el Notario.

Resoluciones de 10 y 13-11-2006
(BOE 30-11-2006)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 7

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. CARÁCTER VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL. EJECUTORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LA DGRN.

Habiéndose dictado una Resolución en un recurso gubernativo por la que se estimó el mismo y se revocó la calificación del Registrador, se presenta nuevamente el título a inscripción en unión de la citada Resolución de la Dirección General. El Registrador se limita a no practicar asiento alguno y devolver el título a su presentante alegando que la resolución no es firme, dado que se ha recurrido por vía judicial, y no es posible realizar aún la inscripción.

Comienza el Centro Directivo recordando al Registrador que sus actuaciones han de estar siempre ajustadas a un procedimiento. En consecuencia, su proceder ha de entenderse como una calificación negativa, bien respecto al acceso a los Libros de Inscripciones, bien incluso con respecto a la práctica del asiento de presentación. En cualquiera de los casos ha de ajustarse a las normas procedimentales recogidas en la Ley Hipotecaria, normas que, tras las últimas reformas, han acogido los principios propios del procedimiento administrativo en todo lo que supone garantías y seguridad para el interesado en el acceso al Registro. Así lo corroboran numerosas Resoluciones de la propia Dirección General y de los tribunales de justicia.

Las Resoluciones dictadas por la Dirección General, al resolver los recursos gubernativos, tienen carácter vinculante para todos los Registradores desde su publicación en el *BOE*. Respecto al caso concreto, tras la última reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, debemos interpretar el último inciso del artículo 327 en el sentido de que, a menos que conste la interposición de recurso judicial en el que se hubiera acordado la suspensión de ejecutoriedad de la Resolución impugnada, ha de procederse a la inscripción en los términos ordenados por el fallo de la Dirección General en los inexcusables plazos previstos en el párrafo undécimo del artículo 327. Y ello es así incluso aunque la resolución al recurso gubernativo haya recaído una vez transcurrido el plazo de tres meses, en tanto la extemporaneidad no implica nulidad.

Resolución de 14-11-2006
(BOE 30-11-2006)

Registro de la Propiedad de Campillos

SEGREGACIÓN DE FINCAS: NECESIDAD DE LICENCIA. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

Se pretende la inscripción de una segregación de una parte de una finca rústica inferior a la unidad mínima de cultivo alegando que la porción segregada tiene en la actualidad carácter de suelo urbano, según resulta de la correspondiente certificación catastral. El Registrador suspendió inicialmente la inscripción por no acreditarse la obtención de licencia o declaración municipal de

innecesariedad, e hizo la comunicación prevista en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, notificando la Comunidad Autónoma que no concurría ninguna de las excepciones prevenidas en el artículo 25 de la Ley de 4 de julio de 1995 y que, en consecuencia, la segregación es nula. A la vista de ello el Registrador denegó la inscripción. Señala la Dirección General que no es aplicable la doctrina sentada en Resoluciones como las de 22 de marzo de 2004 ó 27 de mayo de 2006, porque las mismas se dictaron para supuestos encajables en la letra *b*) del artículo 25 de la Ley de 4 de julio de 1995, en los que existía licencia de segregación otorgada por el Ayuntamiento. De acuerdo con la legislación urbanística de Andalucía, en este caso es imprescindible la obtención de licencia o declaración municipal de innecesariedad.

Registro Mercantil

por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 15-11-2006

(BOE 30-11-2006)

Registro Mercantil de Valencia, número II

CALIFICACIÓN. REGISTROS EN DIVISIÓN PERSONAL. SOCIOS. CIRCUNSTANCIAS IDENTIFICATIVAS.

En caso de Registros en régimen de división personal, el Registrador ha de poner su calificación en conocimiento de los restantes titulares del mismo sector, según el convenio de distribución de materias existente en el Registro, de modo que, si alguno entiende procedente la inscripción, la practique bajo su responsabilidad. El incumplimiento de esta obligación puede motivar la apertura de expediente disciplinario.

La falta de coincidencia entre el DNI de un socio que figura en el Registro y el que se expresa en el título presentado no constituye defecto si tal circunstancia no es de obligada consignación en la inscripción a practicar.

Registro de Bienes Muebles

por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 23-10-2006

(BOE 30-11-2006)

Registro de Bienes Muebles

IDENTIFICACIÓN DEL BIEN OBJETO DE INSCRIPCIÓN.

Se expide certificación de libertad de cargas de un vehículo cuando en la DGT consta una reserva de dominio al no haber correspondencia entre el número de matrícula y el de bastidor. En este caso no puede anteponerse la emisión de publicidad inexacta del Registro al contenido de los asientos registrales, por lo que el vendedor que tiene inscrita la reserva de dominio mantiene su prioridad frente al adjudicatario en la ejecución de un embargo posterior.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. PERSONA JURÍDICA: INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de personalidad jurídica de personas jurídicas partimos del hecho de que el término persona se utiliza en un sentido ficticio, porque persona únicamente lo es el hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad.

El Derecho considera a las personas jurídicas como personas, y de ahí que se afirme que son sujetos de derechos y deberes como el hombre, destinatarias de normas jurídicas y ejercitan su capacidad jurídica por medio de sus órganos.

La persona jurídica es siempre obra del Estado, vía legal, por lo que es el propio reconocimiento del Estado lo que contribuye a que nazca.

Así, son personas jurídicas las realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de los elementos que la componen, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes. Además, la mencionada personificación es también un expediente técnico (1), pues evita que la agrupación de personas funcione como una suma de las mismas en cada relación jurídica (2).

(1) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, «Comentarios al artículo 35», en los *Comentarios al Código Civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 313 y sigs.

(2) Jurisprudencia sobre la *personalidad jurídica de las personas jurídicas*:

«El Ordenamiento jurídico español concibe a las sociedades civiles y mercantiles regulares como personas jurídicas por sí, con independencia de las personas físicas de los socios que la integran; es contrato de creación de persona jurídica atribuida al ente social. Así resulta sin duda alguna de los artículos 35 y 36 del Código Civil y del artículo 1.669 del mismo Código, que considera excepcional que la sociedad no tenga personalidad jurídica. Por tanto, no puede confundirse la actuación de la sociedad como ente independiente de los socios, con la particular de cada uno de los socios, y así cuando

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Hay distintas teorías sobre su naturaleza jurídica (3):

La teoría de la *ficción* sostiene que la persona jurídica no es más que una creación legal. El ordenamiento jurídico conceptúa a la unión de personas o a los bienes destinados a un fin benéfico como si fuera un sujeto de derecho, una persona. Pero como observó DE CASTRO (4), la corriente más fuerte o común considera que con la *universitas* nace algo distinto a la suma de sus miembros; funciona como unidad y tiene una propia individualidad. Como seres ficticios calificó SAVIGNY a las personas jurídicas, aunque parece estar lejos de considerar que son pura creación del Derecho en cuanto que al clasificarlas distingue entre las que tienen una existencia real o necesaria (ciudades) y las que las poseen artificial o contingente.

La teoría orgánica de la persona jurídica también llamada teoría antropomórfica, fue expuesta por GLERKE, que la concibe como un organismo natural al igual que el hombre, con una voluntad propia y un propio interés, distintos de la voluntad e interés de las personas físicas de sus miembros.

FERRARA trata de superar las teorías anteriores señalando que la personalidad es un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del Derecho objetivo. El hombre es persona por obra del Derecho, si bien su cualidad natural sea la base ética para que el ordenamiento jurídico, en un cierto estadio de la cultura, reconozca a todos los hombres la personalidad. La persona jurídica sería la traducción jurídica de un fenómeno empírico y el legislador no hace más que traducir a términos jurídicos lo que ya existe en la práctica social.

La negación radical de la persona jurídica es característica de la teoría pura del derecho que ve en ella una construcción puramente científica. El orden jurídico sólo toma en consideración la conducta humana, y cuando se dice que el mismo da a la agrupación personalidad jurídica, significa que estatuye derechos cuyo contenido es la conducta de los seres humanos que son los órganos o los miembros de la agrupación. Así como la persona física es la mera expresión unitaria del conjunto de todas las normas que tienen por objeto la conducta del hombre, la persona jurídica es también la personifica-

el artículo 38, pág. 1, del Código Civil faculta a las sociedades para adquirir y poseer bienes de toda clase y contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, es indudable que no se refiere a las personas físicas de los que las forman. En conclusión, un acto de autorización concedida a la sociedad como personalidad jurídica autónoma» (31 de mayo de 1994, AC 1070/1994).

«Difícilmente pudo otorgar tal autorización una persona jurídica aún no nacida a la vida del derecho. La misma parte reconoce que la inscripción registral de las sociedades anónimas es constitutiva, de tal forma que su propia existencia está subordinada a este requisito; siendo ésta precisamente la razón de ser del precepto que la parte recurrente cita como infringido, ya que la subordinación de la validez de los contratos a una ratificación efectuada con posterioridad a la inscripción carecería de sentido si la sociedad pudiera válidamente autorizarlos antes de ser inscrita. Se puede por tanto resumir, que las personas físicas o jurídicas inexistentes no pueden autorizar acto jurídico alguno» (15 de julio de 1996, AC 864/1996).

(3) Vid. Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 7.ª ed., 1990, Madrid, pág. 636 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. 3.º, Trivium, 2000, Madrid, pág. 3745 y sigs.

(4) DE CASTRO y BRAVO, *La persona jurídica*, Madrid, 1981.

ción de un orden jurídico parcial que tiene como base la conducta recíproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común.

Por último, a la persona jurídica se la ve como una creación del lenguaje jurídico. La función de este término no es la de designar o describir algo existente, sino la de permitir la formulación de proposiciones capaces de condensar por sí solas complicados discursos en torno a las relaciones entre colectivos de personas. El problema de la persona jurídica, se dice, no es el de definir qué cosa sea, sino el de determinar las condiciones para el uso de este concepto, que son puestas indudablemente por las normas jurídicas (HART, GALGANO). Al decir que la asociación X es dueña, acreedora, etc., se está indicando con sencillez un fenómeno que de otro modo exigiría complejos razonamientos respecto al modo en que los asociados son titulares y ejercitan sus derechos.

III. EXTENSIÓN Y DEFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA

La idea de persona jurídica, tradicionalmente reservada a las realidades sociales que persiguen un fin de interés público, se aplica en el siglo XIX al contrato de sociedad, se produce así el nacimiento de un patrimonio (el propio de la sociedad) distinto del de los asociados. Aislamiento patrimonial que alcanza su máxima expresión en la teoría y práctica de la sociedad anónima: los socios no van a responder de las deudas sociales, sino el patrimonio de la sociedad.

DE CASTRO señaló el cambio de la fundamentación teórica de la persona jurídica. Su nota distintiva no va a ser ya el «interés público y permanente» a que atienden las realidades sociales personificadas, sino el de tener un patrimonio propio, distinto del de sus componentes.

Por tanto, la persona jurídica sufre una total deformación de su verdadera esencia, que ahora descansará sobre la autonomía patrimonial, el tener patrimonio propio distinto del de sus componentes, y su nacimiento va a depender del cumplimiento de unos requisitos formales impuestos por la Ley. Así, las sociedades mercantiles alcanzarán la personalidad jurídica con constituir el contrato de sociedad en escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (arts. 116 y 119 del Código de Comercio), y las sociedades civiles si no mantienen sus pactos secretos entre los socios (art. 1.669 del Código Civil).

Al separar la personalidad de la sociedad de la de sus componentes o asociados, haciendo abstracción de éstos cuando aquélla nace a la vida jurídica cumplimentando requisitos meramente formales, abre una vía fácil para cualquier fraude o actividad ilícita.

Se busca el eludir la norma del artículo 1.911 del Código Civil, según la cual el deudor responde de sus obligaciones con sus bienes presentes y futuros (responsabilidad ilimitada). Se recurre a la fundación de una sociedad anónima en la que aparecen suscribiendo su capital (acciones) el único constituyente real, con sus amigos, parientes... Así se logra que su actividad se desenvuelva sin peligro ninguno bajo *el velo de una sociedad anónima*. De sus deudas responderá ese ente sociedad con personalidad jurídica, nunca su propio patrimonio.

Se conceptúa a la persona jurídica como una técnica instrumental que sirve para separar el patrimonio propio de sus componentes personales del que aportan para la constitución de aquélla, y aislar esferas de imputación en

la persona cuanto que los efectos y consecuencias de los actos y negocios de jurídica son para ella y no para sus componentes.

Como reacción contra el abuso de la persona jurídica nacen las modernas doctrinas que propugnan *rasgar el velo* de la sociedad para prescindir de su aislamiento frente a sus socios.

El abuso existe cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la Ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y, en general, para defraudar. Esta doctrina ha sido aceptada reiteradamente por el Tribunal Supremo, aunque es de resaltar que presenta dificultades prácticas detectar en concreto la existencia de aquellas circunstancias (5).

(5) Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Comentarios al artículo 35», en los *Comentarios al Código Civil*. La Ley, Madrid, 2003, pág. 77 y sigs.

La jurisprudencia sobre la *doctrina del levantamiento del velo* de la persona jurídica: «La sentencia de 15 de octubre de 1997 resume la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión en los términos que se exponen a continuación: la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *burchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la sentencia de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las sentencias de 16 de julio de 1987, 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de noviembre de 1991, 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la sentencia de 3 de junio de 1991, se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las de 16 de marzo de 1992, 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996, que resume la doctrina jurisprudencial (en su Fundamento 2.º, párrafo 2.º). Por último, las tres sentencias más recientes reafirman y resumen la doctrina jurisprudencial; son las de 31 de octubre de 1996, 10 de febrero de 1997 y 24 de marzo de 1997. La primera dice (Fundamento 1.º, párrafo 5.º): La teoría del "levantamiento del velo", "lifting the veil", creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas sean físicas o jurídicas; está, hoy por hoy, plenamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia españolas, y a través de la misma se pretende evitar una simulación, en la constitución de una sociedad, que signifique la efusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la ley como protectora de derechos. Y en esa dirección hay que destacar la emblemática sentencia de esta Sala, de fecha 28 de mayo de 1984, cuando en ella se dice que "se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.º del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se pueden perjudicar ya intereses públicos o privados o bien ser utilizada como camino del fraude» (art. 6.4 del Código Civil), (22 de julio de 1998, AC 1132/1998).

«En ciertos casos y circunstancias, es permisible penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal de respeto obligado, por supuesto, en la normalidad de los casos, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo defraude» (31 de enero de 2000, AC 469/2000).

RESUMEN

PERSONAS JURÍDICAS

Independientemente de la naturaleza de las personas jurídicas, el Código Civil las configura como aquellos entes colectivos a los que se les reconoce capacidad de derecho patrimonial para la

ABSTRACT

LEGAL PERSONS

The Civil Code defines legal persons, irrespective of nature, as those collective beings that are recognised as having the capacity to hold a proprietary interest for the achievement of a lasting, perma-

«La doctrina jurisprudencial del “levantamiento del velo” se aplica cuando consta probado que la sociedad en cuestión carece de funcionamiento real e independiente respecto de la otra persona que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento de otra u otros para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad ni personalidad propia. Debe considerarse además, que, como resulta de la sentencia del TS de 31 de enero de 2000, que reitera las de 25 de octubre de 1997 y 30 de mayo de 1998, la citada doctrina jurisprudencial tiene aplicación limitada, pues lo normal es el obligado respeto a la forma legal, aunque excepcionalmente, cuando se evidencia que la forma esconde una ficción quepa penetrar en el sustrato personal de dichas entidades o sociedades para evitar el perjuicio a terceros y su utilización como vehículo de fraude» (11 de octubre de 2000, AC 124/2001).

«Reiterada doctrina de esta Sala acerca de la necesidad de levantar el velo de la persona jurídica cuando su creación persigue finalidades fraudulentas. Cabe entonces desconocer el hermetismo y aislamiento de la personalidad jurídica de la sociedad respecto de la de sus elementos personales componentes» (22 de noviembre de 2000, AC 284/2001).

«Doctrina del denominado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión adaptada de la palabra anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgriff*, cuya ficción es desvelar verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas, como señaló la sentencia de 28 de mayo de 1984 y ha repetido la de 15 de octubre de 1997 más recientemente, y también por otras muchas —*ad exemplum*, de 16 de julio y 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio y 12 de noviembre de 1991 y 12 de febrero de 1993—. La idea central y básica consiste en que no cabe la alegación de separación de patrimonios de la persona jurídica cuando tal separación reside en una ficción, que pretende un fin fraudulento, como el incumplimiento contractual o aparentar insolvencia» (22 de noviembre de 2000, AC 285/2001).

«La doctrina jurisprudencial angloamericana creó la figura de la teoría del levantamiento del velo —*lifting the veil*— que desembocaba en la acción de rasgar el velo —*piercing the veil*—, con la finalidad de deshacer lo ficticio e irrumpir en la realidad, todo ello con el fin de evitar el fraude a terceros, que se realizaba a través de la ingeniería societaria que permite la estructura de la sociedad anónima, y cuya posibilidad de efectos era casi ilimitada, lo que a veces llevaba, entre otros, a las consecuencias dañinas de simular la constitución de una sociedad para eludir o hacer prevalecer ciertos derechos» (5 de abril de 2001, AC 794/2001).

«El tercero, que pone en relación los dos anteriores, es atinente al levantamiento del velo de la persona jurídica, al efecto de descubrir lo que está debajo y ver quién es verdaderamente y al objeto de evitar el fraude de ley o el abuso del derecho en perjuicio de tercero. La sentencia de 15 de octubre de 1997, entre otras muchas, incluso posteriores que la reiteran, expresa que la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona *disregard* y de la germana *durchgriff*, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la sentencia de 28 de mayo de 1984, verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las sentencias de 16

consecución de un fin social durable y permanente análoga a la de las personas individuales. La prevalencia de la personalidad jurídica conlleva que contra el abuso de la persona jurídica se propugna «rasgar o levantar el velo» de la sociedad para prescindir de su aislamiento frente a sus socios.

nent group purpose, analogous to the capacity individuals have. Because of the prevalence of legal personality, where use of the legal person becomes abuse, «tearing or lifting the veil» of the company is advocated in order to bring the legal person out of its protective isolation vis-à-vis its shareholders.

de julio de 1987, 24 de septiembre de 1987, 5 de octubre de 1988, 20 de junio de 1991, 12 de noviembre de 1991 y 12 de febrero de 1993. La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como la de 3 de junio de 1991 se proscribía la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las de 16 de marzo de 1992, 24 de abril de 1992, 16 de febrero de 1994, y la de 8 de abril de 1996» (18 de abril de 2001, AC 831/2001).

«La doctrina denominada del levantamiento del velo de las personas jurídicas, que viene siendo objeto de un minucioso examen por las sentencias de esta Sala (entre las más recientes cabe citar las de 17 de octubre y 22 de noviembre —dos— de 2000 y 5 y 7 de abril y 8 de mayo de 2001), permite penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero, lo que abre un gran abanico de posibilidades, como el incumplimiento contractual, aparentar insolvencia, sustraer bienes de la ejecución forzosa, soslayar o hacer prevalecer ciertos derechos o eludir la responsabilidad contractual o extracontractual. En aplicación de la doctrina tiene declarado esta Sala (entre otras, sentencias de 11 de octubre de 1999 y 22 de noviembre de 2000) que no cabe sostener la prevalencia de la personalidad jurídica o la separación de patrimonios cuando, como ocurre en el caso, se da una confusión de personalidades y patrimonios, e inexistencia de independencia entre aquéllas, hallándonos en realidad ante una mera configuración formal de dos sociedades que no son otra cosa que el desdoblamiento de una persona con fines fraudulentos, rompiendo el principio de buena fe negocial» (sentencia de 5 de abril de 2001), (16 de octubre de 2001, AC 20/2002).

1.2. Derecho de familia

LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CONFORME A LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN

La extinción del régimen económico-matrimonial coincidía con la fecha de la sentencia firme dictada en la litis matrimonial. Esto significaba que si dicha sentencia era recurrida con posterioridad, no alcanzaba tal firmeza hasta que no se agotaban todos los posibles recursos contra ella, y además no se producía la extinción del régimen matrimonial.

La LEC de 2000 ha modificado dicho régimen. El artículo 774.5 de la Nueva LEC dice que «...los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la sentencia, no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio».

Esto implica que la vigencia del matrimonio y el régimen económico-matrimonial estaba unido, de forma que la sociedad económica no puede continuar una vez que el vínculo matrimonial quedó afectado por el pronunciamiento principal que en este caso es la sentencia, aunque los demás efectos complementarios continúen, es decir, la apelación o/y la posible casación, recursos de que pueden valerse las partes.

La modificación implica también que la liquidación del régimen económico cambie al possibilitarse que el inventario del mismo pueda solicitarse una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, esto es, sin tan siquiera esperar a que se dicte sentencia en primera instancia ni, por ende, a la posible firmeza del pronunciamiento principal.

Esto conlleva, a su vez, que el inventario formado en tal etapa inicial de la litis matrimonial ha de comprender el activo y pasivo existente en dicho momento cronológico, sin poderse incrementar, o disminuir, con bienes o deudas generados con posterioridad.

Cuestión diferente lo constituye el supuesto en el que los cónyuges han convenido su régimen matrimonial de separación de bienes, en dicho caso la doctrina jurisprudencial retrotrae la efectividad de la disolución societaria al momento del cese de la convivencia.

¿Qué ocurría con anterioridad? Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no había especiales problemas en orden a la determinación del tiempo en que se producía la extinción del régimen matrimonial, pues coincidía con la firmeza de la sentencia dictada en la litis matrimonial, de tal modo que si la misma, una vez dictada en la instancia, era recurrida, ninguno de sus pronunciamientos alcanzaba dicho efecto jurídico hasta que se agota-

ban los posibles recursos contra dicha resolución, de conformidad con lo que prevenía el artículo 369 de dicha normativa (1).

La modificación de la LEC implica, a su vez, que tácitamente se modifiquen los artículos 95 y 1.392 del Código Civil, pues se produce una retroacción de la efectividad de la disolución de la sociedad económica-matrimonial en el momento del pleito matrimonial.

II. FECHA DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CONFORME A LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La modificación deriva de los artículos 774.5 (2) y 808 (3) de la LEC, que conlleva una modificación tácita de los artículos 95 (4) y 1.392 (5) del Código

(1) Al final del presente comentario recogemos Jurisprudencia del tema, pero en este momento debemos indicar que últimamente se ha puesto de manifiesto esta cuestión por la sentencia de la AP de Madrid, Sección 22.^a Sentencia de 9 de mayo de 2006. Ponente: HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo, quien resalta las cuestiones señaladas en el texto, pero en la sentencia en cuestión aduce que «es lo cierto que el procedimiento de separación matrimonial que, en el caso examinado, determinó la extinción de la sociedad legal de gananciales existente entre los cónyuges hoy también litigantes, se desarrolló durante la vigencia de la Ley de 1881, siendo apelada la sentencia que dictó, en fecha 27 de octubre de 2000, el Órgano *a quo*, cuyo recurso no fue resuelto por esta Sala hasta el día 11 de enero de 2002. En consecuencia, a tenor de lo establecido en las Disposiciones Transitorias de la Ley 1/2000, no podían ser de aplicación al supuesto que nos ocupa las novedades examinadas, pues ello hubiera supuesto la vulneración del principio de no retroactividad que reproduce el artículo 2.º de dicha nueva normativa.

Por lo cual ha de concluirse en la ganancialidad de los bienes y frutos adquiridos por el señor X. tras dictarse, en la instancia, la sentencia de separación matrimonial, en cuanto el régimen económico existente entre los cónyuges siguió manteniendo su plena vigencia, sin resquicio legal alguno, hasta la sentencia dictada en el trámite de apelación, al contrario de lo que acaece con los pleitos sustanciados bajo la nueva normativa procesal».

(2) Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia, no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio.

(3) Artículo 808. Solicitud de inventario:

1. Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico-matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario.

2. La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil.

A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta.

(4) La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico-matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico-matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

(5) La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho:

1.º Cuando se disuelva el matrimonio.

2.º Cuando sea declarado nulo.

Civil, y supone la consagración de anteriores criterios doctrinales (6), e inclusive judiciales, que consideraban que la sociedad económico-matrimonial debía, al menos, quedar en suspenso desde el momento en que se planteaba la litis matrimonial, tesis que, aun siendo lógica, no encontraba respaldo de precepto legal alguno, lo que necesariamente determinaba la vinculación de todos los efectos de la disolución matrimonial a la firmeza de la sentencia.

Si se entiende que la sociedad mantiene su plena vigencia hasta la firmeza de todos los pronunciamientos de la sentencia de la litis matrimonial, resultaría, en muchos casos, estéril todo el procedimiento liquidatorio, pues fijado el activo y pasivo existente al tiempo de presentarse la demanda de separación, divorcio o nulidad, podría ocurrir que, por la dilación propia de dicho procedimiento, los bienes, derechos y deudas resultantes al momento de la definitiva firmeza de la sentencia fueran total, o parcialmente, distintos de aquellos otros que existían al inicio del pleito, con lo que todo el procedimiento liquidatorio, paralelamente tramitado, y quizá hasta finalizado, tendría que volver a plantearse desde su inicio, en contra de los más elementales principios de economía procesal y de seguridad jurídica.

¿Cuál es la voluntad del legislador? Pues teniendo en cuenta la modificación legal apuntada es la de *retrotraer la efectividad de la disolución societaria al tiempo del planteamiento del pleito matrimonial*, aunque su extinción formal deba conectarse con la firmeza del pronunciamiento de separación, divorcio o nulidad. Lo cual es lógico, pues en el supuesto de que se denegase la pretensión principal deducida, la comunidad económica continuaría rigiendo entre los cónyuges (7).

3.º Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.

4.º Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevista en este Código.

(6) Vid. CARPIO GONZÁLEZ, I. («Sobre la conveniencia de la disolución de sociedad de gananciales desde la admisión de la demanda de separación o divorcio», en *Diario La Ley*, núm. 5.948, Año XXV, 5 de febrero de 2004, Ref.º D-30; *Diario La Ley*, núm. 5.949, Año XXV, 6 de febrero de 2004), quien señala que: «En relación con el artículo 808 ... implicaría justamente la posibilidad de abrir el portillo para la liquidación anticipándose a la disolución. Esto, sin embargo, nos deja perplejos, por no determinarse justamente la disolución, si bien entendemos que en el fondo nadie se supone que solicitará una liquidación, si han de producirse ajustes importantes, para concordar el inventario con la fecha de aquélla. ¿Qué sentido tendría? Sólo en el caso de importante discrepancia y como medida cautelar se podría pedir. Y en el caso de concorde voluntad habrían los cónyuges de ponerse de acuerdo para disolver y liquidar simultáneamente, en convenio regulador o acuerdo fehaciente». «...Pero en su aplicación el artículo 1.396 establece el inventario se formará una vez disuelta la sociedad de gananciales y lo contrario parece el artículo 808 de la nueva LEC, al admitir esa solicitud "anticipada" de inventario. Pero el artículo 810 sigue exigiendo disolución por sentencia firme ("Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico-matrimonial...") para la liquidación. Esto es, hay un paralelismo entre el artículo 808 de la LEC con el artículo 1.394 del Código Civil, contrapuesto al "par" 810 de la LEC y 1.396 del Código Civil».

(7) AP de Barcelona, Sección 1.ª, Auto de 15 de marzo de 2006, rec. 782/2005: «...el procedimiento para la liquidación de ese régimen ya se ha iniciado, procedimiento en el que resultan apreciables dos fases bien diferenciadas, una primera en la que, y en orden a la liquidación, se ha de formar y aprobar el inventario de los bienes, ya que la constancia y determinación de estos es un paso y presupuesto necesario para poder llevar a cabo de forma correcta y adecuada la liquidación del régimen y, otra segunda,

RESUMEN

DISOLUCIÓN GANANCIALES

La nueva LEC produce una retroacción de la efectividad de la disolución de la sociedad económica-matrimonial en el momento del pleito matrimonial, aunque su extinción formal deba conectarse con la firmeza del pronunciamiento de sepa-

ABSTRACT

COMMUNITY PROPERTY
DISSOLUTION

The new Civil Proceeding Act makes the dissolution of a matrimonial economic partnership retroactive to the time of the matrimonial lawsuit, although its formal extinction must be connected to the

la de la liquidación misma de dicho régimen. Al efecto el artículo 809 regula la formación del inventario y el artículo 810, sobre la "liquidación del régimen económico-matrimonial", dispone que: "Concluido el inventario y una vez firme la resolución que declare disuelto el régimen económico-matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la liquidación de éste", solicitud expresa que en este momento no se ha producido porque el actor ha recurrido en apelación la sentencia dictada con relación al inventario, recurso que impide que pueda abrirse la segunda fase y que se presente la correspondiente solicitud de liquidación».

AP de Granada, Sección 3.^a, sentencia de 20 de enero de 2006, rec. 525/2005: «En la liquidación de la sociedad de gananciales hay dos procedimientos distintos, uno para la formación de inventario y otro el relativo a la liquidación de dicho régimen. La desconformidad de las partes en el trámite de formación de inventario dará lugar a un juicio verbal que concluirá mediante sentencia, siendo nula la resolución que omite dicho trámite y pasa las actuaciones al trámite de la liquidación».

AP de Cádiz, Sección 2.^a, Auto de 2 de diciembre de 2005, rec. 139/2005: «La pretensión que se formula en el suplico de la demanda es la de formación judicial de inventario, que es en todo caso previa al ejercicio de la de liquidación judicial de la sociedad ganancial, y que puede ser formulada en cualquier momento desde la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad de matrimonio. No se ejercita la pretensión de liquidación patrimonial, como interpreta erróneamente el auto recurrido».

AP de Madrid, Sección 22.^a, sentencia de 10 de junio de 2003, rec. 62/2003. La masa de la sociedad conyugal se determinará conforme al momento en que se produjo la ruptura del matrimonio, esto es, al momento en que la sentencia de separación es firme.

AP de Barcelona, sentencia de 17 de diciembre de 2004, rec. 685/2004. Ponente: LÓPEZ-CARRASCO MORALES, Antonio: «Insiste la demandada en que hay que acudir a las normas del procedimiento declarativo, pues los preceptos del artículo 806 siguientes y concordantes de la Ley Adjetiva, en su redacción de fecha 1/2000 de 7 de enero, dice están referidas sólo a los regímenes económicos de comunidad matrimonial, como requisitos y presupuestos de procedibilidad. La Sala no lo entiende así, pues, como en otros casos ha tenido ocasión de decir, las nuevas reglas procedimentales aludidas también son de aplicación al régimen de separación de bienes en donde existan bienes adquiridos en copropiedad por los esposos: No hay incompatibilidad alguna entre los preceptos que rigen la acción de división de bienes comunes, artículos 400, 401, 404 del Código Civil y el procedimiento a seguir en la liquidación del régimen matrimonial, cualquiera que sea éste, a la luz de los principios que informan las disposiciones legales en el momento de ser aplicadas (arts. 3.1 y art. 1.4 del Código Civil). Pues junto a los bienes comunes adquiridos conforme al régimen matrimonial de comunidad de gananciales en España, artículo 1.347 del Código Civil, adquisición a comprar y mejoras en Derecho catalán (art. 61 CF); participación en ganancias (art. 48); pacto de "agermanament o pacte de mig per mig" (art. 64 CF); pacto de "mitja guadagneria" (arts. 65 CF), coexisten formas de copropiedad sobre bienes concretos dentro del régimen de separación de bienes. Ambas causas y formas de adquirir la propiedad son compatibles, y así lo ha venido diciendo esta Sala. La interpretación sistemática del artículo 43 del Código de Familia, sobre división cosas comu-

ración, divorcio o nulidad. Lo que implica que tácitamente se modifiquen los artículos 95 y 1.392 del Código Civil. *finality of the separation, divorce or annulment decision. This implies that articles 95 and 1392 C are tacitly amended.*

1.3. Derechos reales

LA ESPECIALIDAD DE LOS DERECHOS REALES COMO REQUISITO CIVIL Y REGISTRAL Y SU EXTENSIÓN A TODAS LAS SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

I. LA ESPECIALIDAD COMO PRINCIPIO CIVIL: REQUISITO DEL DERECHO REAL

Los caracteres de los derechos reales son suficientemente conocidos por todos, su inherencia o inmediatividad y su absolutividad y oponibilidad *erga omnes*, son incuestionados.

nes, junto con los pactos antes aludidos, nos lleva a la realidad de admitir y aplicar el trámite del Capítulo II, Título II, Libro IV de la nueva Ley Procesal, a la liquidación del régimen económico de separaciones de Catalunya. El artículo 806 hace una referencia general a "liquidación de cualquier régimen económico-matrimonial" y exige que "determine la existencia de masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligación". La masa común puede estar constituida por bienes afectados por el régimen de comunidad matrimonial de bienes (*ad exemplum* arts. 1.347 y 1.362 del Código Civil), pero también por la constitución voluntaria de bienes adquiridos en copropiedad (art. 392) o en sociedad civil (arts. 1.670, 1.672 y 1.673 del Código Civil), con la creación de responsabilidad patrimonial (art. 1.911 del Código Civil) y por tanto no es requisito *sine qua non* para la aplicación de las reglas de procedimiento liquidatorio contenidas en los artículos 806 a 811 de la LEC, que se trate de régimen de comunidad matrimonial de bienes. La misma dicción del párrafo segundo del artículo 809, *in fine*, al hablar del "régimen económico-matrimonial de bienes de que se trate" y la expresión que contiene el artículo 43 del Código de Familia, de poder ejercitar la acción de división en matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, para obtener la división de los bienes que tengan en "proindivisión", tanto si se trata de uno o de más de uno (considerados en conjunto), nos da la clave para resolver la cuestión; el procedimiento liquidatorio puede ser el de la LEC actual al que nos referimos, y dentro de la ejecución de sentencias matrimoniales, tal como expresó la sentencia de AP de Barcelona, de 6 de abril de 1989 (y recoge ahora el art. 807 LEC vigente); y ello porque la mayoría de veces los esposos adquieren en forma conjunta y como cotitulares, derechos y obligaciones, bienes concretos en lo que se ha venido denominando comunidad "primaria" de bienes de consumo para la familia (vivienda, vehículos, electrodomésticos, suministros, etc.) obligándose en proindiviso; lo cual ya es suficiente, dentro del espíritu de la ley, para poder acogerse a las reglas de liquidación que comentamos».

¿Podemos añadir la determinación o especialidad como otro de sus requisitos? Según la doctrina y tesis más tradicionales, el derecho real es el derecho subjetivo o poder jurídico directo e inmediato, oponible *erga omnes* que recae sobre una cosa concreta y determinada (1).

Partiendo de esta definición de derecho real, parece que la misma esencia del derecho exige que se determine con claridad, desde luego, el objeto (cosa) sobre el que recae ese poder. Y del mismo modo, por la oponibilidad y el deber de respeto o abstención que genera, es preciso, para poder cumplir esos deberes, conocer exactamente las facultades o contenido de ese derecho. Pues, obviamente, no podré respetar, por ejemplo, una servidumbre de paso por mi finca, si no sé en qué parte recae tal servidumbre; o, mucho menos si no se especifica en qué consisten las facultades que atribuye un derecho, por ejemplo, se constituye un derecho de uso sin determinar qué facultades comprende tal uso (paso, saca de aguas, luces y vistas...).

Creo que no hay duda que la propia configuración del derecho real como oponible *erga omnes*, hace necesaria la determinación del objeto y del contenido del derecho (facultades, limitaciones, etc). Esto alcanza su máximo exponente en la hipoteca, donde el derecho real sólo puede hacerse efectivo sobre los bienes concretos sobre los que recae, y por la cantidad expresamente determinada. Pero, también, es necesario con respecto a otros derechos reales; por ejemplo, para el usufructo puede deducirse de manera indirecta la necesidad de determinar su objeto, del artículo 491 del Código Civil, que exige la formación de inventario y tasación de los bienes sobre los que recae dicho derecho. Por otra parte, en los derechos reales que conlleven un desplazamiento posesorio, su objeto queda determinado siempre, aunque sólo sea por ese efectivo desplazamiento que individualiza el objeto.

En el derecho de crédito o personal, probablemente, no sea tan necesaria la determinación objetiva. Es cierto que el objeto de un derecho de crédito no puede ser absolutamente indeterminado, pero sí que se admite una cierta indeterminación inicial —siempre que más tarde sea determinable—. De esta forma, son perfectamente admisibles las obligaciones genéricas en las que el objeto de la prestación está indeterminado hasta su posterior especificación. El Código Civil recoge esta idea en el artículo 1.273 al decir que: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre las partes». Igualmente el artículo 1.271 admite como objeto del contrato cosas futuras, que pueden no estar perfectamente determinadas.

En este sentido, DIEZ-PICAZO, al hablar sobre la determinación del objeto de la relación jurídico-real añade que «en la relación jurídico-real el requisito de determinación del objeto se traduce en la necesidad de una absoluta indi-

(1) No olvidemos que, hoy, la clara distinción entre derechos personales y crédito no es tan fácil, pues hay derechos que implican un poder inmediato y directo sobre la cosa que, sin embargo, no son oponibles frente a todos (derecho arrendamiento mientras no esté inscrito); y otros derechos que sí son oponibles, pero que carecen de dicha inmediatidad (opción). Luego, es preferible hablar de situaciones jurídicas con oponibilidad frente a terceros y las que no la tienen, más que de derechos reales *versus* derechos de crédito.

En este sentido: DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 31-37.

vidualización objetiva. La naturaleza misma del derecho real, que es un poder directo e inmediato, excluye que un derecho de este tipo pueda nacer si el objeto no está plena e íntegramente determinado. De aquí que el principio de especialidad sea un principio con vigencia no sólo hipotecaria, sino también de todo el ámbito de los derechos reales» (2).

Este autor va más allá, afirmando, a continuación, que si existe un negocio que establece solamente criterios de determinabilidad del objeto de la relación jurídico-real que prevé (vgr., lego el usufructo sobre una de las dos casas que poseo a elección del legatario), nos encontramos con una relación jurídico-real en estado de pendencia o previa a la relación jurídico-real definitiva. No existe, por tanto, derecho real si no está determinado su objeto.

En cuanto al titular del derecho real, de nuevo, creo que su determinación es necesaria, pues ese poder concreto e inmediato debe atribuirse a un sujeto específico que es el único que puede ejercitar el derecho y las facultades que lo componen. Aunque considero que aquí es más factible cierta indeterminación inicial del mismo, siempre y cuando con posterioridad pueda determinarse, o se establezcan los criterios de esa identificación (por ejemplo, aprovechamientos forestales en mano común, montes vecinales).

La doctrina coincide en señalar que la especialidad (en este caso, más bien determinación, en cuanto que se refiere únicamente a la concreción del derecho) es un principio básico del Derecho de cosas, necesario para la formación de los derechos reales. En este sentido, GORDILLO CAÑAS (3), en su artículo «Bases del Derecho de cosas y Principios Inmobiliario-registrales», enumera entre esas bases del Derecho de cosas la «rigurosa especialidad de todos los derechos reales», que consiste en que «los derechos reales recaigan concretamente sobre cosas determinadas atribuyendo sobre ellas poderes igualmente concretos». Igualmente, SANZ FERNÁNDEZ (4) clasifica al principio de especialidad como un principio que gobierna «la fijación de los derechos reales». MANUEL PEÑA (5) sostiene que es «necesario que quede determinada la cosa sobre que recae el derecho real», y, asimismo, la porción material en que la cosa deba quedar afectada por el derecho real si el derecho requiriera de una localización más precisa. Son expresivas las palabras de GÓMEZ GÁLLIGO (6) que afirma que «la necesaria determinación del derecho no es tanto una exigencia del Derecho hipotecario como del Derecho civil en general, hasta el punto de que son muchos los civilistas que reiteran la necesidad de perfiles claros en la configuración del derecho para que éste pueda ser conceptualizado como derecho real».

Por último, conviene traer a colación la abundante doctrina de la DGRN, exigiendo que para que un derecho pueda calificarse como real y por tanto inscribirse en el Registro ha de estar perfectamente determinado en cuanto a su contenido, a su alcance y duración. Estas afirmaciones se encuentran en

(2) Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 133.

(3) GORDILLO CAÑAS, A., «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales», en *ADC*, 1995, abril-junio, pág. 566.

(4) SAN FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Instituto Editorial Reus, 1947, pág. 231.

(5) PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 200, pág. 69.

(6) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «El principio de especialidad», en *RCDI*, 1994, noviembre-diciembre, pág. 2404.

distintas resoluciones que resuelven sobre la posibilidad de un sistema de *numerus clausus o apertus* en los derechos reales.

Pues bien, la DGRN (7), proclive a la admisión del *numerus apertus*, eso sí de forma limitada, establece los siguientes requisitos para la creación de un nuevo derecho real:

- No basta la mera voluntad para la configuración de los derechos, aunque se reconoce su importancia en la misma, sino que la nueva figura debe reunir los requisitos típicos del derecho real (poder inmediato sobre la cosa o semejanza con otros derechos reales).
- Es necesario cumplir unos requisitos de fondo y forma que imponen la especial naturaleza de los derechos reales y las características externas que trascienden los terceros. Sobre todo, en cuanto a la forma necesaria para su acceso al Registro (documento público).
- Es necesaria la determinación del objeto y contenido del derecho (facultades del derecho). Lo que significa la perfecta descripción del objeto gravado y del derecho (principio especialidad).
- Es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socio-económica.

En consecuencia, si para ser considerado verdadero derecho real (nuevo derecho real), es necesaria su determinación, parece que a la vista de todo lo aquí expuesto se puede mantener que la especialidad es un requisito del propio derecho real, y por tanto un principio civil del Derecho de cosas; pues sólo si está determinado, podrá ser considerado como tal (amén del resto de circunstancias descritas).

Ahora bien, cuando esos derechos reales son inmobiliarios y pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad para su plena oponibilidad, ¿es suficiente esa determinación civil, derivada de su propia naturaleza de derecho real?

II. LA ESPECIALIDAD COMO PRINCIPIO REGISTRAL: REQUISITO DE LA INSCRIPCIÓN

Cuando un derecho real inmobiliario accede al Registro debe de estar determinado, pues hemos dicho que su propia naturaleza de derecho real le exige esa cualidad.

Ahora bien, esa especialidad o determinación básica del Derecho se convierte en radical en el Registro.

Muchas veces el derecho real que accede al Registro está perfecta y exhaustivamente determinado en el título formal que se presenta, y el Registrador inscribe el derecho sin necesidad de especificar o concretar nada más, pues la situación jurídico-real inscribible, es decir, aquello que debe ser oponible a terceros, está perfectamente determinada, y la publicidad podrá pro-

(7) Véase, en este sentido: RRDGRN de 11 de abril de 1930, 23 de noviembre de 1934, 13 de mayo de 1936, 1 de marzo de 1939, 25 de febrero de 1943, 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944, 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966.

ducir sus efectos. Luego, si el objeto del documento que recoge el negocio jurídico real coincide con el objeto de la inscripción (situación jurídica oponible), en este caso, sí podríamos decir que la especialidad del derecho, del negocio, coincide o es la misma que la especialidad registral.

Pero esto no siempre es así. Podemos encontrarnos con situaciones en las que la escritura recoja un derecho real determinado, pero que esa especificación no baste para su oponibilidad plena frente a terceros a través de la inscripción. Es decir, que el contenido del documento (del negocio) no coincida con el de la inscripción:

Por ejemplo, supongamos una escritura en la que consta que A vende a B. Está claro que se produce una transmisión de dominio en favor de B, que es el nuevo titular dominical. La determinación del derecho real entre las partes está clarísima; sin embargo, y para terceros, es el dominio de B lo que tiene que ser oponible frente a C, posible primer adquirente de esa misma finca. Es decir, la situación jurídica (objeto del Registro) no es la compraventa, la transmisión del derecho de propiedad, sino el propio dominio a favor de B.

En este sentido, PAU PEDRÓN (8) recoge otros supuestos en que puede no coincidir el documento presentado con la inscripción, por ejemplo:

- Escritura de transmisión del dominio de una finca (vgr., compraventa), pero lo que se inscribe es la nuda propiedad por existir vigente una inscripción de usufructo sobre la misma finca.
- Falta en la escritura de la expresión del carácter con que se adquiere el derecho: por ejemplo, adquisición por retracto de colindantes, siendo el retrayente casado y el inmueble privativo.

Otros supuestos, también serían:

- Escritura en la que se establece un condominio entre varias personas sin asignación de cuotas. El Registrador debe establecer dichas cuotas numéricamente para su inscripción (art. 54 RH).
- En el documento presentado, las partes dan al derecho un nombre que no se corresponde con el contenido de las estipulaciones. En este caso el Registrador debe cambiar el nombre de ese derecho, aunque suponga ir, en principio, en contra del artículo 51.5 RH. Lo contrario sería otorgar publicidad y por tanto oponibilidad a lo que no debe tenerla.

Es decir, el principio de especialidad hipotecario actúa en la inscripción, y más en concreto todavía en el acta de inscripción, que no es sino «la determinación oficial de la efectiva producción de la situación jurídica» (9). El acta de inscripción es el núcleo de la inscripción, y, como añade PAU PEDRÓN (10), determina con precisión los derechos que son objeto de publicidad. Continúa este autor diciendo que el acta revela la función de la publicidad inmobiliaria, y esa función consiste en la constatación de que se ha producido una determinada situación jurídica, para publicarla por el Registro. La situación jurí-

(8) PAU PEDRÓN, A., «El acta de inscripción», en *La publicidad registral*, CER, Madrid, 2001, pág. 796.

(9) PAU PEDRÓN, A., «El acta de inscripción», *ob. cit.*, pág. 791, citando a R. NICOLÒ: *La Trascrizione*, Milán, 1973, pág. 9.

(10) PAU PEDRÓN, A., «El acta de inscripción», *ob. cit.*, págs. 795-796.

dica que el Registrador lleva a los libros (objeto del acta de inscripción) resulta de dos precedentes: la situación previa que consta en el Registro y el nuevo negocio que consta en el documento presentado.

Esa nueva situación jurídica que se inscribe es la que va a gozar de la publicidad registral y va a ser, por tanto, oponible frente a terceros.

La necesidad de determinación de la situación jurídica, como hemos visto, puede no ser la misma que la del derecho real contenido en el documento presentado a su inscripción; puesto que el título justifica la inscripción, pero no la determina. Luego, sí podríamos hablar de un principio de especialidad propiamente hipotecario, como requisito de la inscripción, diferente (a veces) de aquél del derecho real.

Esa especialidad registral es necesaria en toda situación jurídica que se inscribe, o sea, en el objeto de la publicidad. Pues sólo así se hace posible la oponibilidad de la misma y la seguridad del tráfico.

Si, además, tenemos en cuenta que, muchas veces, el contenido de esa relación o situación jurídica inscribible no son derechos reales, ni siquiera a veces, derechos, sino situaciones que son oponibles por que así lo determina la Ley (demandas, declaraciones de incapacidad, prohibiciones de disponer, condiciones suspensivas o resolutorias, modificaciones formales de fincas, derechos reales en formación, derechos personales: crédito hipotecario, pagos garantizados con garantía real, derechos personales simplemente oponibles, como el arrendamiento) (11), hemos de concluir que el principio de especialidad registral no es, o no coincide, con el básico principio de especialidad civil. Cuando hablamos del principio de especialidad hipotecario lo hacemos como requisito de la inscripción y no del documento, porque mal va a ser la especialidad propia de los derechos reales la que se exija en la inscripción, cuando éstos no son el objeto único de la misma (o sea, de la publicidad registral).

Por tanto, el principio de especialidad registral sólo puede consistir en la necesidad de determinar todo aquello que deba tener oponibilidad *erga omnes*; es decir, la necesidad de concretar los elementos de la situación o relación jurídico-registral.

Lo cual no implica que no exista el principio de determinación civil, que sí es necesario para el Derecho de cosas, y para definir un derecho real, pero es que no siempre ese derecho real documentado coincide con la situación jurídica publicada.

La especialidad del derecho real (previa al Registro) es también necesaria; a veces, mínimamente, pero, otras, la determinación del documento debe ser máxima (caso del derecho real de hipoteca). El Registrador puede, como ejercicio de su labor calificadora, adaptar el contenido del documento a la inscripción (como en los casos que hemos dicho antes), pero no puede por sí determinar en su totalidad o en aspectos básicos y fundamentales el derecho que se presenta a inscripción cuando éste esté totalmente indeterminado: por ejemplo, si falta el titular, si falta el objeto. Si lo que se inscribe son meras situaciones jurídicas, el Registrador tampoco podrá suplir determinadas ausencias, por ejemplo, la falta de plazo en condición resolutoria, etc. En estos casos

(11) Véase, en este sentido, sobre la oponibilidad de determinados derechos personales y su inscripción en el Registro a: PÉREZ GARCÍA, M. J., *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

debe calificar negativamente y rechazar o suspender la inscripción por falta de determinación y en contra del principio de especialidad registral.

En resumen y como conclusión, la especialidad es un principio inherente a los derechos reales, y básico o necesario para su perfecta oponibilidad; sin embargo, esa especialidad civil es, a veces, distinta de la especialidad registral, necesaria para poder inscribir el derecho y que éste produzca sus efectos *erga omnes*. Efectos que también se predicarán de toda situación jurídica inscribible (no sólo derechos reales), que necesitará como base aquella especialidad o determinación.

RESUMEN

PRINCIPIO ESPECIALIDAD

Los derechos reales que acceden al Registro deben quedar perfectamente determinados, tal y como exige el principio de especialidad registral. No obstante, se defiende en este trabajo que dicha especialidad es también un requisito o un carácter propio de los derechos reales; es decir, es un carácter esencial de aquellos. Además, se examina cómo la especialidad necesaria para la inscripción, debe exigirse no sólo en la perfecta determinación de los derechos reales, sino en la de toda situación jurídica inscribible, lo que nos lleva a pensar que la especialidad propia de los derechos reales (civil) es distinta de la especialidad hipotecaria (principio de especialidad registral), pues afecta a elementos distintos.

ABSTRACT

PRINCIPLE OF SPECIALITY

Real rights must be thoroughly defined in order to be eligible for registration, as required by the principle of speciality in registration. Nevertheless, this paper defends the thesis that speciality is also a requisite or trait proper of real rights; i.e., it is an essential trait of real rights. In addition, the paper examines how the speciality necessary for registration must be demanded not only in the thorough definition of real rights, but also in the thorough definition of all registrable legal situations. This leads us to regard the speciality characteristic of real rights (civil speciality) as being different from mortgage speciality (principle of speciality in registration), because it affects different elements.

1.4. Sucesiones

INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LOS TESTAMENTOS OTORGADOS EN PELIGRO INMINENTE DE MUERTE.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil, entre las distintas clases de testamento, regula el testamento otorgado en peligro inminente de muerte, pudiendo otorgarse ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario.

Constituye una modalidad de testamento abierto caracterizado porque el otorgamiento se produce sin intervención de Notario como consecuencia de que el testador se encuentra en una situación límite que permite presagiar que su muerte es inminente, circunstancia que impide la presencia de un Notario por la imposibilidad o dificultad extrema de encontrarlo.

Ha de reunir todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, a saber, idoneidad de los testigos, capacidad del testador, ánimo de testar, unidad de acto... Deberá hacerse por escrito, siempre que se pueda. El artículo 702 del Código añade que el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

Son dignos de destacar en este tipo de testamentos los siguientes aspectos:

II. INMINENTE PELIGRO DE MUERTE

El testamento en inminente peligro de muerte se refiere única y exclusivamente a aquellos momentos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar para que pueda acudir al Notario, mas dada su finalidad, que es la de facilitar la expresión de la última voluntad, no debe hacerse con criterio estricto la apreciación de la inminencia del peligro de muerte, ni de la imposibilidad de la intervención del Notario cuando nada obsta para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia. En este sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1983, 6 de julio de 1977, 3 de noviembre de 1962, 19 de diciembre de 1959, 12 de mayo de 1945, 23 de febrero de 1926 y 2 de abril de 1910, entre otras.

III. IMPOSIBILIDAD DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

La imposibilidad de la intervención notarial no viene exigida por el artículo 700 del Código Civil, pero debe entenderse como requisito necesario para el testamento que nos ocupa, pues, como dice el Supremo, no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente

del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir (sentencia de 27 de junio de 2000).

La sentencia del Supremo, de 10 de junio de 2005, dice que es necesario justificar que no se ha prescindido de la presencia del Notario de forma voluntaria y que en este caso no se demuestra que se haya procurado tal intervención, ya que el testador residía en Madrid donde hay un gran número de funcionarios de esta clase, sin que sea un obstáculo el hecho de que ese día fuera viernes, habida cuenta del servicio de guardia establecido en el Colegio Notarial durante los viernes, sábados y domingos para situaciones de urgencia como la del supuesto del debate.

IV. IDONEIDAD DE LOS TESTIGOS

En el testamento abierto hecho en peligro de muerte, los cinco testigos habrán de reunir las condiciones indispensables de idoneidad que la Ley establece, según la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1966.

La sentencia del Supremo, de 10 de junio de 2005, se cuestiona la validez del testamento en inminente peligro de muerte porque se da la particularidad de que los testigos eran empleados de la residencia de ancianos cuya administración recaía en la declarada heredera, a pesar de que la sentencia de la Audiencia ponía de manifiesto que el testamento reunía todos los requisitos legales, ya que el testador había sufrido un infarto de miocardio agudo y una hemorragia digestiva alta, además de ser persona de avanzada edad, ya que contaba con ochenta y ocho años, de hecho falleció seis días después del otorgamiento del testamento. En cuanto a los testigos decía la Audiencia que no podían ser invalidados por el hecho de ser empleados de la residencia, pero el Supremo revocó dicha sentencia.

V. POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DE ESCRIBIR EL TESTAMENTO

Ha de hacerse por escrito, siempre que sea posible. La posibilidad o imposibilidad de escribir el testamento constituye una cuestión de hecho, correspondiendo su apreciación a la Sala sentenciadora (SSTS de 2 de julio de 1977, 31 de mayo de 1929 y 12 de diciembre de 1921).

La imposibilidad puede tener diferentes orígenes:

El primero: cuando debido a la extrema urgencia no se pueda dejar constancia por escrito del mismo o porque no tienen los instrumentos necesarios para hacerlo, si bien los testigos deben escribir la voluntad del testador a la mayor brevedad y estampar su firma en el documento.

El segundo: el recogido en el artículo 702 del Código cuando los testigos no saben escribir, en cuyo caso deberán comunicar al Juez cuál fue la voluntad del testador, deberá elevarse a escritura pública y protocolizarse.

Es doctrina del Supremo que no cabe prescindir de la formalidad de la escritura más que en el caso extremo de verdadera imposibilidad material, ya que debe tratarse de impedir por todos los medios que pueda falsearse la voluntad del testador por medio de confabulaciones ulteriores que pongan en peligro su autenticidad, será nulo el testamento que pudo escribirse y no se escribió (SSTS de 2 de julio de 1977, 4 de octubre de 1957, 19 de mayo de

1947, 30 de septiembre de 1911, 11 de febrero de 1907, 31 de diciembre de 1904 y 11 de febrero de 1902).

VI. DENEGACIÓN DE LA PROTOCOLIZACIÓN

Según la sentencia del Supremo, de 3 de octubre de 1910, las resoluciones concediendo o denegando la protocolización de un testamento hecho de palabra dejan a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

VII. CONCLUSIÓN

La justificación de este tipo de testamento se encuentra en la situación de gravedad extrema en que se encuentra el testador. En base a esta circunstancia se le brinda la posibilidad de testar de esta forma, si bien hay que tener un especial cuidado, ya que puede prestarse al abuso, por este motivo las formalidades establecidas por las leyes para esta forma de testar deben cumplirse de forma muy rigurosa. Hay que tener en cuenta, como dice la sentencia del Supremo, de 10 de junio de 2005, que no hay que analizar un solo dato sino que hay «situaciones encadenadas y hechos que envuelven la maquinación intencionadamente dirigida a mover en su beneficio la voluntad del causante», dado el singular momento de la declaración.

RESUMEN

TESTAMENTO. PELIGRO DE MUERTE

Examen crítico de jurisprudencia sobre la posibilidad de prescindir de la intervención del Notario en los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte, siempre que quede acreditado que resultó imposible o extremadamente difícil conseguir que pudiera intervenir dicho profesional en el otorgamiento del testamento. Es requisito esencial el estado de peligro de muerte. El testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario cuando nada obsta para que este funcionario autorice el testamento.

ABSTRACT

WILL. DANGER OF DEATH

Critical examination of case law on the possibility of making a will without the assistance of a notary when there is imminent danger of death, provided that the impossibility or extreme difficulty of obtaining a notary's professional assistance in the execution of the will is a matter of record. The state of danger of death is an essential requirement. A testator or testatrix cannot choose, at his or her discretion, to make a will without a notary's assistance when there is nothing preventing a notary from authorising the will.

1.5. Obligaciones y Contratos

EL DERECHO DE PRENDA NO SÓLO SE CARACTERIZA POR UNA FACULTAD DE RETENCIÓN SINO TAMBIÉN POR LA FACULTAD DE ENAJENAR LAS COSAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA.

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. NOCIONES GENERALES

El Código Civil con notoria sistemática regula las garantías reales en el Título XV de su Libro IV. Este emplazamiento se explica por haber atendido el legislador al origen contractual de aquéllas, que si bien no es el único modo de hacerlas nacer resulta en la práctica el más frecuente. El título se encuentra dividido en cuatro capítulos dedicados, el primero de ellos, a ciertos aspectos comunes a la prenda y a la hipoteca, y, cada uno de los otros, a la prenda, a la hipoteca y a la anticresis. Ni el primero ni el último de ellos aparecían en el Proyecto de 1851 ni en el Anteproyecto del Código Civil. Es opinión generalizada la que considera un desacierto legal el no haber incluido a la anticresis en el tratamiento común dispensado a las otras dos formas de garantía real que, a través de estas normas del capítulo I contenidas en los artículos 1.857 a 1.862 y se ofrece con cierto carácter unitario, dada la esencia y finalidad de las mismas. Aunque el Código Civil destaca el aspecto contractual de la prenda, hipoteca y de la anticresis no prescinde de su consideración como verdaderos derechos reales y, así, desde la perspectiva estricta de su articulado aparecen sancionados determinados caracteres que contribuyen a considerarlas como tales. No obstante, no faltan opiniones en contra, así nuestra doctrina proclama el carácter o naturaleza real de prenda, hipoteca y anticresis, sin que se haya atribuido valor decisivo, pues ciertos autores observan que la nota de inmediatez propia de los derechos reales no se da en los de garantía.

II. LA PRENDA

En el presente estudio nos vamos a referir a la modalidad de prenda que recae sobre bienes muebles que exige el traspaso de la posesión de la cosa gravada al acreedor o a un tercero. Así, en su reglamentación legal, la situación del acreedor pignoraticio queda configurada por el derecho que se le concede para reembolsarse de los gastos hechos para la conservación de la cosa, por el de compensar, en ocasiones, los intereses que se le deben con los que produzca la cosa y por la facultad de ejercitar las acciones que señala el artículo 1.869, apartado 2.º Frente a estas ventajas, el acreedor pignoraticio viene obligado a no usar la cosa dada en prenda de la que debe cuidar con la diligencia de un buen padre de familia, estando obligado a responder de su pérdida o deterioro, conforme a las disposiciones del Código Civil. Finalmente, la regulación legal en cuanto al deudor pignoraticio se refiere y se limita

a señalar que no puede pedir la restitución de la cosa sino cuando esté pagada la deuda y las expensas y sigue siendo dueño de la cosa ya que sólo transmitió la posesión pignoratícia de la misma conservando, por tanto, las restantes facultades que normalmente integran el contenido dominical. Aunque el Código Civil nada dispone respecto a la extinción de la prenda entiende comúnmente la doctrina que ésta se produce por desaparición del crédito garantizado, consecuencia incuestionable de su naturaleza accesoria, por pérdida de la cosa, por renuncia del acreedor y, en general, por los modos de extinguirse el derecho real, en cuanto no sean incompatibles con la propia naturaleza de la prenda.

III. SU CONSTITUCIÓN

El artículo 1.863 del Código Civil se refiere exclusivamente a la constitución de la prenda mediante contrato, para lo cual necesariamente habrá de contarse con la voluntad del acreedor, que ha de recibir la posesión de cosa para que quede constituido el derecho real. Es constitutivo el desplazamiento posesorio sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.862 del mismo cuerpo legal que regula la mera promesa de constitución preceptuando que sólo se produce una acción personal entre los contratantes. Esta acción personal nacerá con el incumplimiento de la promesa y no se dice en qué consiste y cuál es su objeto. Se plantea el interrogante de si es indemnización de daños y perjuicios o si puede referirse el legislador a la facultad de exigir su cumplimiento específico, y la respuesta la circunscribimos a que no parece haber inconveniente en aceptar la última posición sin que a ello sea óbice la naturaleza de la prestación cuyo cumplimiento se pretende: la de emitir una declaración de voluntad. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 admite y regula dentro de la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer, la condena judicial y extrajudicial a emitir una declaración de voluntad, distinguiendo dos situaciones: que estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio y, por lo tanto, la rebeldía del deudor es suplida por el juez en el sentido de que dictará auto en que resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, o que no lo estuviesen algunos no esenciales completando, en este caso, lo que falte con lo que sea usual en el tráfico jurídico o en el mercado. La ley procesal, por su parte, reserva la acción por daños y perjuicios para cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiera recaer la declaración de voluntad. Dentro de la dogmática que admite la categoría de los contratos reales, el de prenda es uno de los prototipos. El precepto que estudiamos permite que la cosa se ponga en posesión de un tercero de común acuerdo.

El tercero no es parte en el contrato de garantía sino que con él se ha celebrado un contrato de depósito. Y además, la exigencia de la desposesión para que se constituya un derecho de prenda no impide la posibilidad de que sobre una misma cosa recaiga más de un derecho de prenda, no hay inconveniente a que el nuevo acreedor pignoraticio admita cumplido el requisito legal con la detentación que tiene otro acreedor que sería un depositario respecto a su prenda o de un tercero, el cual sería también depositario frente al mismo, y para ello se necesita su consentimiento, pues se obliga con otro depositante distinto.

IV. PRENDA DE CRÉDITOS

Recogiendo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria de 1861 al tratar de la extensión objetiva de la hipoteca dice que la misma abarca al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas por los aseguradores de los bienes hipotecados o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, preguntándonos qué hipoteca es ésta que tiene por objeto una suma de dinero o el crédito para obligar al asegurado a su pago. Ni una cosa ni otra es bien inmueble y derecho real inmobiliario. Será un derecho real de garantía distinto, como la prenda. La hipoteca, por la desaparición de su objeto, quedará transformada en prenda necesariamente y de esta manera se evita el vencimiento del crédito y su inmediata exigibilidad. La garantía perdida es inmediatamente sustituida por otra nueva e igualmente segura sobre la indemnización o precio de la expropiación para evitar la pérdida del plazo. No hay obstáculos para entender cumplido el requisito de la desposesión material de la cosa para la constitución de la garantía mediante la cesión de los créditos en que la notificación de la misma al deudor cedida evita que pague válidamente a otra persona distinta del cesionario. La notificación equivale a desposesión material porque el acreedor-deudor pignorante no puede realizar válidamente ningún acto que perjudique al acreedor pignoraticio, cesionario del crédito dado en garantía. En este sentido, la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, ha dado el espaldarazo legislativo a la admisión de los créditos como bienes susceptibles de prenda, recogiendo así la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo que antes la había reconocido, como lo disponen las SSTS de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 25 de junio de 2001 y 26 de septiembre de 2001. El artículo 90.1.6.º otorga un privilegio especial a los créditos garantizados con prenda constituida en documento público sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero y dispone: «Si se tratare de prenda de créditos bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados», por lo tanto, la prenda de créditos en realidad persigue que la garantía recaiga sobre lo que se consiga con su efectividad.

V. PRENDA IRREGULAR

Es la prenda que recae sobre dinero o sobre cosas fungibles que se entregan y reciben sin ninguna especificación que las individualice e impida su confusión en el patrimonio de quien las recibe. La modalidad más importante es la que recae sobre dinero. Se niega por parte de la doctrina que pueda constituirse un derecho real de prenda sin dinero, lo cual es cierto si el mismo se entrega sin especificación porque se confunde en el patrimonio del que lo recibe. Pero si el dinero entregado en aquellas condiciones no puede ser objeto de un derecho de prenda sí tiene aptitud el crédito para su devolución o restitución según lo pactado, ese crédito tiene un valor patrimonial tanto mayor cuanto mayores sean las posibilidades de su restitución que es lo que sucede con las imposiciones a plazo fijo en la banca o Cajas de Ahorro en las que el impositor pierde la propiedad sobre el dinero entregado pero posee un crédito contra aquéllas para exigir la devolución en las condiciones pactadas, por eso el dar en garantía del cumplimiento de una obligación una suma de dinero no sea más que afectar con dicha garantía el derecho a la restitución.

Por su parte, el *artículo 1.865 del Código Civil* supone una novedad en relación al Derecho anterior al Código Civil en el que era preciso que la prenda constara en documento ante Notario, con expresión de la suma adeudada y la designación de la cosa dada en garantía. En el Anteproyecto del Código Civil se recoge también la formalidad sancionada en tal artículo, si bien con una diferencia de matiz en la redacción que acaso y, no obstante, su levedad aparente, revista cierta significación al interpretar algunos aspectos de su precepto actual. En cualquier caso está fuera de toda duda que la finalidad perseguida por la norma es proteger a los terceros de posibles perjuicios injustos que derivarían de una simulación de unas garantías prendarias inexistentes con la consiguiente alteración de los principios que presiden la materia de la responsabilidad patrimonial universal. Pero el fin del precepto no justifica su redacción y da lugar a ciertas dudas de interpretación y ello porque la prenda, en su constitución por contrato, no está sometida a la observancia de formalidad especial alguna fuera de las disposiciones establecidas en los artículos 1.278 y 1.280 del Código Civil, y consecuentemente, como tal precepto determina, sus efectos se proyectan exclusivamente en relación con los terceros pero, cabe anticipar, siguiendo la opinión general de nuestra doctrina que, cualquiera que sea su forma, la prenda existe y adquiere validez entre las partes que celebran el contrato una vez producida la transmisión posesoria de la cosa gravada al acreedor o a un tercero, con el ánimo o acuerdo previo de constituir la garantía que nace como derecho real pero para que pueda tener virtualidad de tal frente a los terceros se exige, además, el requisito que establece el presente artículo, es decir, que conste «por instrumento público la certeza de la fecha» de la prenda no es un requisito de constitución válida o de existencia de la misma sino de eficacia frente a terceros, lo que significa una desviación al principio de la adquisición de los derechos reales en nuestro sistema, pues en este caso su eficacia frente a terceros no deriva de su adquisición en virtud de título y tradición, sino, además, de que la fecha conste en documento público. Por otra parte, la exigencia del requisito pone de manifiesto que el legislador, con acierto y en base a la realidad ofrecida por muchas situaciones de hecho, confía en la circunstancia de la transmisión posesoria de la cosa pignorada a la hora de proteger a los terceros y siente la necesidad de arbitrar un procedimiento complementario, lo que ocurre es el que el mecanismo utilizado hace dudar de sí, no obstante lo afirmado anteriormente, la prenda nace como derecho real exclusivamente en el caso de observarse el requisito. La finalidad de la presente norma, su necesidad y limitación de sus efectos al ámbito de las relaciones del acreedor pignoraticio con los terceros, son claras, sin embargo, el acierto de la fórmula empleada parece discutible y su interpretación suscita algunas cuestiones que a continuación se detallan:

- Como parece derivarse de la propia literalidad de la dicción legal, lo que debe sólo constar en documento auténtico es la certeza de la fecha de la prenda, es necesario que en el documento se expresen algunas otras circunstancias.
- La determinación de quienes son terceros a efectos del mismo. Cumplidos los requisitos del artículo 1.865, la prenda es oponible como principio general, pero el tercero puede impugnar por falsedad o inexistencia la constitución de la prenda.

El *artículo 1.866 del Código Civil*, por otra parte, contiene un primer párrafo que se explica por la naturaleza de derecho real de la prenda de la cual

deriva su carácter absoluto, su oponibilidad *erga omnes*. El acreedor pignoraticio detenta la cosa hasta que no se le satisfaga su crédito, cualquier que fuese el titular de la misma. La norma no es una repetición del artículo 1.863, en el que se dice que para constituir un derecho de prenda se necesita poner la cosa en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo. Esta retención propia del derecho real nada tiene que ver con el derecho de retención, que se agota en la mera detentación de la cosa, el retentor ni puede hacer suyos los frutos para imputarlos a lo debido, ni puede ejercitar sobre ella ningún *ius distrahendi*, ni goza de ninguna preferencia para el cobro por el hecho de la retención. Si la cosa se ha puesto en posesión de un tercero, el acreedor es poseedor mediato de la misma, protegido con las acciones posesorias. Posee la cosa en virtud de su derecho de prenda, no en nombre del constituyente, y el tercero es poseedor en nombre de aquél. La retención de la cosa permite al acreedor pignoraticio el ejercicio inmediato del *ius distrahendi* recogido en su variedad extrajudicial en el artículo 1.872. La retención de la cosa no impide al deudor ejercitar las facultades dominicales, pues sigue siendo dueño de ella, pero ha de hacerlo con respecto al derecho de prenda que ha constituido y a las facultades que en consecuencia tiene el acreedor pignoraticio; y el párrafo segundo de este precepto no otorga al acreedor ningún derecho de prenda, sino su retención, limitado y circunscrito a las relaciones entre acreedor y deudor, tal y como dispone la STS de 24 de junio de 1941, y permite a este último la retención para el supuesto que prevé, lo que ha motivado dudas sobre la naturaleza de la misma, pues la prenda que garantizaba la primera deuda sigue existiendo como tal si se contrae otra deuda mientras existe la retención que es exigible antes de haberse pagado la primera, siendo dudoso si la prolongación de la retención significa afección de la garantía a la segunda deuda, que sería una prenda legal creada por la Ley en base a la presente voluntad de las partes. La nueva deuda ha de ser contraída por las mismas personas que la primera, mientras se retiene la cosa en virtud de la garantía y ha de ser exigible antes de haberse pagado la primera, es decir, a lo que se ha de atender es a ese último momento y no a su vencimiento o exigibilidad. La retención ha de ser negada si la segunda deuda ha sido garantizada, es señal de que las partes han querido que la prenda anterior no asegure de ninguna manera la nueva obligación. En conclusión, lo que pretende el artículo 1.866 es otorgar la facultad de prorrogar la retención de cosa dada en prenda a otras deudas, en principio no garantizadas con ella, pero sin que ésta pueda ser realizada en caso de incumplimiento de «esas otras deudas» para su satisfacción, y ni mucho menos que con ello pueda perjudicarse a terceros afectados por la deuda principalmente garantizada, así lo dispone la STS de 21 de febrero de 1997. El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia, lo cual no es sino una consecuencia natural de la obligación de restituirla si el crédito se extingue por su satisfacción, de esta manera el artículo 1.867 del Código Civil al decir que tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación plantea si el acreedor pignoraticio está obligado a realizarlos o bien se limita a concederle una acción de reclamación el supuesto de que los haga. La cuestión es discutible dados los términos en que se expresa el precepto, pero si está obligado a conservar no vemos cómo se le puede eximir el pago de los gastos que ocasione y trasladarlos al deudor propietario de la cosa, sería tanto como imponerle a éste la obligación de conservar. Los gastos de conservación son los que necesite la cosa desde que se entrega en prenda. El crédito por

gastos de conservación es singularmente privilegiado. El sujeto pasivo de la obligación de abonar los gastos de conservación es el pignorante, pues en interés de éste se hacen aunque esté en posesión de la cosa no el acreedor sino un tercero. Por otro lado, el *artículo 1.868 del Código Civil* tiene como supuesto de hecho una prenda que produce intereses que son frutos civiles que originan los derechos de crédito y es arbitrario negar que el precepto acoge también los mismos para mantener que no pueden ser objeto de prenda, ya que no son cosas; tal artículo no otorga al acreedor pignoraticio la plena propiedad de los intereses, los ha de compensar con los que se le deban, sin que el precepto exija una afección expresa de la prenda a los mismos, y es que en realidad, el precepto establece una anticresis en el contenido del derecho de prenda, lo que quiere decir que el derecho a los frutos en última instancia es del deudor pero él no puede percibirlo sino su acreedor.

Por lo que al *artículo 1.869 del Código Civil* se refiere la primera regla es necesaria. La constitución de la prenda no traslada más que la posesión de la cosa al acreedor, por lo que si el deudor pignorante era propietario seguirá siéndolo, las facultades que integran su propiedad estarán limitadas por las propias del derecho real de prenda que ha constituido, por eso, no podrán constituir ningún otro derecho real que lleve consigo el uso y disfrute de la cosa con su correspondiente posesión, pues ésta es del acreedor pignoraticio. En cambio, la segunda regla es susceptible de duda y ello porque trata de acciones que competen al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero y dentro de la misma se comprenden la acción reivindicatoria y las acciones posesorias y faculta al acreedor pignoraticio para ejercitarlas teniendo en cuenta que es titular de un derecho real que le otorga la posesión inmediata de la cosa, además no es lógico que tenga que utilizar las acciones posesorias de su deudor para defenderla o reclamarla frente a terceros y debe considerarse legitimado por su misma titularidad.

En cuanto al *artículo 1.870 del Código Civil* dispone que el acreedor pignoraticio no tiene poderes sobre el objeto dado en prenda que sobrepasen el objeto de su constitución: servir de garantía, no puede usar la misma salvo que el dueño lo consienta y este consentimiento da lugar al otorgamiento de una facultad de uso que inserta en el contenido del derecho de garantía, por eso, a la extinción del mismo, el acreedor no puede seguir en posesión de la cosa para usarla salvo que otra cosa se haya pactado. En este orden de cosas, si se produce un uso ilegal de la cosa, por ejemplo, en caso de tener el acreedor autorización, o el abuso de ella en otro concepto, cuando dicha autorización existe, es sancionado con el otorgamiento al dueño de la facultad de pedir la constitución de depósito. Son abuso los actos o negocios realizados por el acreedor pignoraticio que desbordan la autorización que para el uso pudo recibir, también lo es el ejercicio anormal o perjudicial para la cosa por el mismo uso consentido. Pero lo que no exige el precepto que estudiamos es que la cosa en garantía haya sufrido daños aunque su aparición será seguramente en la mayor parte de las veces indicios del abuso, el mismo se refiere al acreedor que es poseedor de la cosa pignorada y al deudor pignorante que es dueño de aquélla, y es que si el uso o abuso proviene del tercero al que se ha dejado la posesión de común acuerdo pueden pedirle a ese tercero la restitución de la cosa y en caso de desacuerdo a cualquiera de ellos deberá considerarse facultado para hacer uso de dicho artículo, al deudor pignorante como dueño de la cosa y al acreedor pignoraticio como titular de un derecho real sobre ella.

El artículo 1.871 se encarga de regular las relaciones entre el deudor y el acreedor y no hay obstáculo para que abarque el supuesto de prenda constituida por un tercero, además se niega al deudor el poder pedir la restitución de la prenda queriendo decir que el deudor no tiene derecho a que se le restituya la prenda aunque haya vencido la obligación asegurada necesitando el consentimiento del acreedor y sólo cuando se hayan pagado principal, intereses y expensas —estas últimas nacen como consecuencia de conservación de la cosa—, el deudor tendrá derecho a exigirle la restitución de la cosa.

El artículo 1.872 regula un procedimiento extrajudicial para la satisfacción forzosa del acreedor, pero se ha de precisar cuál es el crédito que ostenta y que está garantizado con la prenda y con los pactos sobre el momento, forma y lugar de pago. Dicho procedimiento consiste en una subasta pública notarial para cuya celebración ha de citarse al deudor y al dueño de la prenda, es decir, al que pignora cosa de su propiedad para garantizar deuda ajena y si en la primera subasta no hubiese sido enajenada podrá celebrarse una segunda que tiene carácter especial y es que establecido en el artículo 1.872 la subasta pública, tal y como acabamos de plantear, «precisamente» dice el texto legal excluye cualquier otro medio para llevar a cabo la enajenación de los bienes dados en prenda ante el impago por el deudor de la obligación asegurada con ella, ni este texto legal ni ningún otro establece los requisitos a que ha de ajustarse la subasta pública a celebrar ante el Notario, por lo que es indudable que nos encontramos ante un vacío legal para llenar el cual habrá de acudir a aquellas normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos ejecutivos judiciales o extrajudiciales que permitan establecer unos criterios objetivos aplicables al caso no regulado de dicho artículo 1.872 contemplado. Finalmente tal precepto que se comenta alude al Código de Comercio en cuanto a la ejecución de prenda de valores cotizables, otorgando al acreedor una facultad por lo que puede instar lo necesario para proceder a la realización del crédito por la vía judicial, así lo dispone la STS de 5 de octubre de 1926. Además el derecho de hacerse dueño de la prenda agotado por los procedimientos del tan citado artículo 1.872 lo tiene el acreedor en los supuestos de su párrafo segundo, tal y como mantiene la STS de 27 de abril de 1918.

Por último, el artículo 1.873 no hace más que seguir la tradición histórica de protección del carácter de los préstamos sobre prendas que practicaban los Montes de Piedad para erradicar la usura, en condiciones benéficas en cuanto al plazo y tipo de interés, por eso respeta las leyes y reglamentos que conciernen a estos establecimientos y declara subsidiaria de esa normativa la del Código Civil sobre el derecho de prenda, pero tal precepto no sólo comprende exclusivamente a los Montes de Piedad sino también a los demás «establecimientos públicos que por instituto o profesión prestan sobre prendas» y ello porque quiso abarcar a las Cajas de Ahorro que empezaron a fundarse en el siglo XIX y que en su origen suministraban los fondos al Monte para sus créditos pignoratícios.

VI. CONCLUSIONES

Después del análisis efectuado deducimos que como consecuencia de la pignoración del crédito le corresponde al acreedor pignoratício las acciones para exigir del deudor su pago aunque pueda pactarse que la exigencia sea

conjunta con la debida notificación para su eficacia al deudor, por lo que admitida la prenda sobre créditos y la prenda de dinero, nos podemos preguntar qué mecanismos de satisfacción forzosa pueden ser utilizados por el acreedor pignoraticio, la respuesta la podemos circunscribir a que en la prenda de créditos, si el crédito garantizado vence antes que el pignorado, aunque lo más práctico y menos perjudicial es no ejecutar al vencimiento del primero sino esperar al del segundo y así obtener una suma de dinero que por subrogación real será la afectada a la garantía, mientras el acreedor pignoraticio se halle en posesión del crédito tiene facultad para exigirlo habida cuenta de que ningún precepto le obliga a pedir inmediatamente al vencimiento la ejecución de la prenda, pero la prenda de dinero faculta al acreedor pignoraticio a compensar lo que debe restituir con su crédito llegado el vencimiento del mismo y no satisfecho por el deudor, pues la compensación deriva de suyo de la naturaleza especial de garantía. En ningún caso se produce una infracción de la prohibición del pacto comisorio, pues el acreedor pignoraticio se hace pago a sí mismo de lo que se le debe empleando un lenguaje gráfico, no hay riesgo de que el deudor o sus acreedores se perjudiquen porque el acreedor pignoraticio no recibe más que lo que se le debe. Además, en relación con la prenda puede contemplarse la nota de indivisibilidad según que la garantía, en seguridad de un solo crédito, tenga por objeto una o varias cosas. En el primer caso, pasando la cosa a la posesión del acreedor parece difícil que pueda ser objeto de división física con independencia de la voluntad de éste, por el contrario, está dentro de lo normal la posibilidad de que el crédito, la deuda garantizada o la cosa misma cuando sea susceptible de ello y se dividan jurídicamente por varias causas como, por ejemplo, por muerte del acreedor o del deudor, pues falleciendo aquél, el crédito puede dividirse entre sus herederos a quienes corresponderá la posesión pignoratícia de la cosa gravada que, normalmente, estará en poder de uno de ellos pudiendo, en este caso, hacerse realidad la hipótesis prevista cobrando la parte del crédito que le corresponde y sin tener en cuenta lo previsto en el Código Civil devuelva la cosa pignorada al deudor, pareciendo que, en tal caso, los restantes acreedores están facultados para exigir de éste, mediante el ejercicio de la oportuna acción real, que les reintegre la posesión de la cosa injustificadamente perdida. Si no lo logran por no estar ya la cosa en el patrimonio del deudor, podrán ejercitar las correspondientes acciones de resarcimiento contra éste y contra el coheredero que quebrantó lo dispuesto en la norma, solución que deberá funcionar si la cosa no se constituyó en posesión del causante sino de un tercero y éste la devuelve al deudor sin estar totalmente satisfechos los coherederos, o si, siendo divisible, la devuelve parcialmente sin haberse extinguido la obligación en su integridad. Si la prenda se constituyó afectando en garantía de la obligación distintas cosas, en principio y en defecto de pacto, en otro sentido, todas y cada una de ellas responden de la totalidad de la obligación y, por lo mismo, carece de facultad el deudor o constituyente de la garantía para solicitar la devolución de alguna de ellas aunque se haya pagado parte de la deuda y se presuma fundadamente que las restantes cosas que soportan el gravamen cubren sobradamente la parte del crédito no satisfecha.

RESUMEN

LA PRENDA

A lo largo del presente estudio vemos que la pignoración de dinero, si se confunde en el patrimonio del acreedor no es jurídicamente posible, pero sí lo es la del crédito que se ostenta para la restitución del tantumdem, además si el deudor a su vez es acreedor pignoraticio de aquél recayendo su garantía sobre el crédito a la restitución, cabe la compensación sin que el pacto que la establezca incida en la prohibición del artículo 1.859 del Código Civil.

ABSTRACT

THE PLEDGE

In this study we see that the pledging of money is not legally possible if the money is mixed into the creditor's body of assets, but the pledging of credit held against the return of a «tantumdem» is legally possible. In addition, if the borrower is in turn the secured creditor of the first creditor and the credit held against return is what secures his credit, offsetting is a possibility, and the offsetting agreement will not be prohibited under article 1859 of the Civil Code.

ESTUDIO DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS 49/2003, DE 26 DE NOVIEMBRE, Y SU MODIFICACIÓN POR LEY 26/2005, DE 30 DE NOVIEMBRE.

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La regulación que hace el Código Civil de esta materia, así como su insuficiencia para resolver los problemas planteados en la práctica, dieron lugar a la aparición de una legislación especial en la materia. Se inicia así una legislación intervencionista que culminaría con la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, según la cual, el propietario tenía libertad para arrendar o no, pero si lo hacía el contrato se regía por normas imperativas, idea reiteradamente declarada por la jurisprudencia en sentencias de 29 de octubre de 1945 y 5 de abril de 1949, entre otras. Esta concepción social e institucional del arrendamiento rústico se distancia bastante de los principios reguladores de esta figura jurídica en el Código Civil. Posteriormente se dictó un Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos, aprobado por Decreto de 29-4-1959, que en realidad más que una norma de carácter reglamentario era un texto refundido, ya que no se limitó a desarrollar la ley, sino que sistematizó las disposiciones legislativas existentes hasta ese momento en la materia.

La reforma de esta legislación tiene lugar por Ley de 31-12-1980, la cual se caracterizaba por su tendencia social manifestada en la protección al arrendatario, concediéndole derechos tan importantes como el de tanteo y retracto, contempla el derecho de adquisición forzosa, el carácter restrictivo de la re-

nunciabilidad de derechos, establece para el arrendatario el requisito de profesionalidad, regula la intervención administrativa en defensa de los pequeños agricultores y la creación de Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos.

La necesidad de su reforma vino motivada por su excesiva rigidez y la deficiencia estructural de la agricultura española, que aconsejaban un cambio liberalizador en la legislación especial arrendaticia.

El primer paso en esta línea liberalizadora viene representado por la Ley 19/95, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, la cual establece una duración mínima de los arrendamientos de cinco años frente a los veintiuno de la anterior regulación y suprime las prórrogas forzosas, abriéndose una etapa en la legislación arrendaticia rústica, conducente a una mayor movilidad de la tierra y a la modernización de nuestras explotaciones agrarias. Como señala DE LOS MOZOS (1), esta Ley «representa una nueva desamortización de los arrendamientos rústicos».

El establecimiento de una adecuada regulación de los arrendamientos rústicos se convierte, no ya en un instrumento de política económica y social, sino también en un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos ex artículo 130 CE.

Fruto de todo ello es la nueva LAR 49/2003, de 26 de noviembre (que entró en vigor el 27 de mayo de 2004), que tiene como finalidad lograr una flexibilización del régimen de arrendamientos rústicos, siguiendo la línea iniciada por Ley de 4 de julio de 1995. En su artículo 1 otorga primacía a la autonomía de la voluntad de las partes en todo aquello que no sea contrario al muy limitado contenido imperativo de la Ley. La mencionada Ley trata de lograr un aumento de eficiencia de las explotaciones que compense posibles pérdidas de renta a agricultores y ganaderos, sigue así las directrices implantadas por la Política Agraria Común de la UE (PAC) que para ello exige explotaciones de dimensiones superiores a las anteriores y una correlativa dinamización del mercado de la tierra.

Esta Ley ha sido modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, cuyo objeto principal, como señala su exposición de motivos, es «servir de instrumento de movilización de tierras y recursos agrarios para posibilitar el aumento de las explotaciones agrarias viables y hacerlo en el marco de un agricultura fuertemente tecnificada y para unos activos agrarios que sean profesionales de la agricultura».

Vamos a exponer los aspectos más novedosos de esta regulación, poniendo también de relieve la simplificación que se efectúa en la legislación arrendaticia.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

ÁMBITO TEMPORAL. La Ley 49/2003 se aplica solamente a los contratos celebrados después de su entrada en vigor. La Disposición Transitoria 1.^a dice: «Los contratos de arrendamiento y aparcería, vigentes a la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración». La Disposición Transitoria 2.^a establece que los procesos judiciales pendientes

(1) DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 21.

continuarán tramitándose por la legislación sustantiva sobre arrendamientos rústicos que en su día les fuera aplicable.

ÁMBITO TERRITORIAL. La Disposición Final 2.^a señala que «esta Ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la normativa de aplicación preferente que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial».

III. CONCEPTO

1. CONTRATOS INCLUIDOS

La Ley se aplica a los arrendamientos rústicos, entendiéndose por tales «aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero, forestal, a cambio de un precio o renta». La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, introduce como novedad la posibilidad de ser aplicada en defecto de lo que las partes hayan expresamente acordado a los arrendamientos de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales. En base al artículo 2 se considera como tal el que tiene por objeto una explotación considerada como una unidad orgánica y siempre que las partes lo hagan constar expresamente acompañando el correspondiente inventario.

Ello implica el reconocimiento en el ámbito agrario de una modalidad de arrendamiento de empresa.

Los derechos de producción agraria (2) y otros derechos inherentes a las fincas o a las explotaciones integran el contenido del contrato, tanto en los arrendamientos de fincas como en los de explotaciones, desapareciendo por Ley 26/2005, de 30 de noviembre, la posibilidad de que las partes pacten expresamente lo contrario.

2. CONTRATOS EXCLUIDOS

No se consideran arrendamientos rústicos:

- los contratos de recolección de cosechas a cambio de una parte de los productos,
- ni en general, los de realización de alguna faena agrícola claramente individualizada aunque sea retribuida.

Quedan exceptuados:

- los arrendamientos de temporada, de duración inferior al año agrícola;
- los de tierras labradas y preparadas por cuenta del propietario para la siembra o plantación a que específicamente se refiere el contrato;
- los que tengan por objeto fincas adquiridas por causa de utilidad pública o interés social,
- los que tengan por objeto principal:

(2) DE LA CUESTA SÁENZ recoge los principales aspectos de los derechos de producción agraria: *Comentario al artículo 3*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 16.

- aprovechamientos de rastrojeras, y en general otros de carácter secundario;
 - aprovechamientos destinados a semillar o mejorar barbechos;
 - la caza;
 - explotaciones ganaderas de tipo industrial o destinadas a la estabulación de ganado;
 - cualquier otra actividad distinta de la agrícola, ganadera o forestal,
- los arrendamientos que afecten a bienes comunales, bienes propios de las corporaciones locales y montes vecinales en mano común, que se regirán por sus normas específicas.

Tampoco será de aplicación esta Ley a los arrendamientos incluidos en el ámbito de aplicación de la LAU, ni tampoco a aquellos que tengan por objeto fincas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- constituir suelo urbano o urbanizable;
- ser accesorias de edificios o de explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el rendimiento distinto del rústico sea superior en más del doble a éste.

3. DESENVOLVIMIENTO DEL CONTRATO

De la misma forma que en la LAR anterior, en la nueva, el arrendatario tiene derecho a determinar el tipo de cultivo (art. 8.1), por ello serán nulos los pactos que impongan al arrendatario cualquier restricción sobre los cultivos o sobre el destino de los productos, salvo los que tengan por finalidad evitar que la tierra sea esquilmada o sean consecuencia de la normativa comunitaria y de disposiciones legales o reglamentarias.

Como dice KARRERA EGUALDE (3): «la propiedad queda al servicio de la empresa como elemento instrumental y el enfoque se traslada del derecho de propiedad al derecho de comunidad».

IV. PARTES CONTRATANTES

La Ley 49/2003 suprime el requisito de profesionalidad y los topes cuantitativos que sentaba la LAR de 1980, dando paso a un régimen de amplia libertad.

El artículo 9.1, tras la modificación introducida por Ley 26/2005, dice que pueden celebrarse arrendamientos rústicos entre personas físicas y jurídicas.

Define el concepto de agricultor profesional, considerando como tal, a los efectos de esta Ley, a quien obtenga unos ingresos brutos anuales procedentes de la actividad agraria superiores al duplo del IPREM y cuya dedicación directa y personal a estas actividades, suponga, al menos, el 25 por 100 de su tiempo de trabajo.

El artículo 9.4 de la LAR dice que el menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su padre, madre o tutor, podrá poner fin al contrato una vez emancipado, siempre que haya transcurrido la duración mínima

(3) KARRERA EGUALDE: *Comentario al artículo 8 en LAR*, Pamplona, 2004, pág. 231.

de cinco años, comunicándolo al arrendatario en el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado.

Plantea discusión la cuestión de la capacidad cuando el contrato se otorga por padres o tutores como representantes legales de los menores o incapacitados. La solución es distinta según lo consideremos acto de administración o de disposición; destaca en este punto el artículo 1.548 del Código Civil. Si consideramos que el arrendamiento es un acto de gravamen, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil, tanto respecto de los hijos menores no emancipados, como respecto de los mayores sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Con relación a los tutores, el artículo 271.7 del Código Civil exige que el tutor tenga autorización judicial para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años, norma que deriva del anterior artículo 2.5 LH, que permitía la inscripción de los arrendamientos por tiempo superior a dicho plazo, por entenderse que la inscripción le daba una especial trascendencia al hacerlo oponible frente a terceros. El actual artículo 2.5 LH, tras su modificación por LAU del 94, permite la inscripción de todos los arrendamientos de bienes inmuebles, cualquiera que sea su duración, y durante los cinco primeros años, inscritos o no, son oponibles a terceros.

El artículo 9 especifica quiénes pueden ser arrendatarios:

Pueden serlo las cooperativas agrarias, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, las sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes.

LOMBART BOSCH (4) considera que la atribución de la cualidad de parte contratante a una comunidad, sin establecer nada más acerca de su regulación, presenta el inconveniente de la falta de personalidad jurídica. Hubiera sido mejor resucitar la figura de los arrendamientos colectivos.

También pueden ser arrendatarias las personas jurídicas que tengan incluido en su objeto social, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria y en su caso de las actividades complementarias.

También pueden serlo las entidades u organismos de las Administraciones Públicas que estén facultadas conforme a sus normas reguladoras para la explotación de una finca rústica.

No podrán ser arrendatarios de fincas rústicas:

- Las personas físicas que por sí o por persona física o jurídica interpuesta sean ya titulares de una explotación agraria superior a determinados límites.
- Las personas y entidades extranjeras, salvo que exista convenio internacional, se trate de personas físicas que carezcan de la nacionalidad española y no estén excluidas del ámbito de aplicación de la LO 4/2000, de 11 de enero, y se encuentran autorizadas a permanecer en España en situación de residencia permanente (novedad introducida por Ley 26/2005) o se aplique el principio de reciprocidad.

Por lo demás, resuelto el derecho del concedente, se produce la resolución del contrato con las modalidades reguladas en el artículo 10 LAR.

(4) LLOMBART BOSCH: «Algunas consideraciones críticas a la nueva LAR», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, mayo-agosto de 2004, pág. 16.

V. FORMA

Frente al principio de libertad de forma que recogía la Ley de 1980, que sólo exigía la forma escrita para los contratos de larga duración, ahora el artículo 11 exige que los contratos de arrendamiento consten por escrito, pudiendo compelerse las partes recíprocamente a formalizarlos en documento público, en cuyo caso los gastos son de cuenta del solicitante. También las partes podrán compelerse a realizar inventario de los bienes arrendados.

Con carácter *ex novo* la Ley 26/2005 establece que a falta de pacto entre las partes y salvo prueba en contrario, se presumirá la existencia de arrendamiento, siempre que el arrendatario esté en posesión de la finca y si no constase el importe de la renta, ésta será equivalente a las de mercado en esa zona.

Los contratos serán comunicados a las Comunidades Autónomas para su inscripción en el Registro General de Arrendamientos Rústicos, que se establecerá reglamentariamente y que tendrá carácter público e informativo.

VI. DURACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS

Al amparo de la Ley de 1980, los contratos tenían una duración mínima de seis años, por Ley de 4 de julio de 1995 se reduce a cinco y se suprimen las prórrogas legales.

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, establece un plazo de duración mínima de tres años y la Ley 26/2005 lo vuelve a elevar a cinco, ya que el tiempo de duración de tres años se consideraba que era demasiado corto e insuficiente para amortizar las inversiones que requiere la actividad agraria.

Su regulación se encuentra tipificada en el artículo 12: Salvo estipulación de las partes, estableciendo una duración mayor, el arrendamiento de fincas y explotaciones se entiende concertado por un plazo mínimo de cinco años; cumplido este tiempo, el arrendatario pondrá a disposición del arrendador la posesión de las fincas arrendadas, si hubiere mediado notificación. El arrendador, para recuperar la posesión de las fincas, deberá notificárselo fehacientemente al arrendatario con un año de antelación, de lo contrario el contrato se entenderá prorrogado por un período de cinco años. Las prórrogas se sucederán indefinidamente en tanto no se produzca la denuncia del contrato.

VII. LA RENTA

La Ley regula esta materia en los artículos 13 a 16 con un criterio claramente permisivo, estableciendo que su cuantía y actualización será la libremente pactada por las partes. Se permite fijar la renta en una cantidad alzada para todo el tiempo del arrendamiento. Incluso puede consistir en la mejora o transformación de la finca, ya que la Disposición Adicional 1.^a dice que en las mejoras de modernización de explotaciones o de transformación de fincas, las partes pueden convenir que la renta consista en todo o en parte en la mejora o transformación a realizar. LETE DEL RÍO (5) opina que se trata de un arrendamiento *ad meliorandum*, que ya desde la Ley de 1980 dejó de ser una modalidad atípica

(5) LETE DEL RÍO, J. M., *Los arrendamientos rústicos, según la Ley de 26 de noviembre de 2003*, ed. Colex, 2005, pág. 87.

y cuyo concepto y contenido debe interpretarse en un sentido amplio. El pago de la renta se verificará en la forma y lugar pactados y en defecto de pacto o costumbre aplicable, se abonará en metálico por años vencidos en el domicilio del arrendatario. El arrendador deberá entregar recibo del pago. Todas las cantidades que pague el arrendador y sean repercutibles al arrendatario por disposición legal podrán ser exigidas por aquel desde el momento en que las haya satisfecho, prescribiendo el derecho a repercutir en el plazo de un año.

VIII. GASTOS Y MEJORAS

Regulado en los artículos 17 a 21.

El principio general es que tanto el arrendador como el arrendatario están obligados a permitir la realización de las obras, reparaciones y mejoras que deba o pueda realizar la otra parte contratante:

1. Gastos de conservación: son de cargo del arrendador, que habrá de realizar las obras y reparaciones necesarias con el fin de conservar la finca en estado de poder servir para el aprovechamiento o explotación a que fue destinada.
2. Corresponde al arrendatario efectuar las reparaciones, mejoras e inversiones que sean propias del empresario agrario en el desempeño normal de su actividad y las que le vengan impuestas por disposición legal o por resolución judicial o administrativa firme o por acuerdo firme de la comunidad de regantes.
3. Mejoras útiles y voluntarias de cualquier naturaleza que sean realizadas por el arrendatario en las fincas arrendadas: se estará, en primer lugar, a lo pactado y en defecto de pacto se aplica el régimen establecido en el Código Civil para el poseedor de buena fe.

Como novedad, la Ley 26/2005 permite al arrendatario, previa notificación al arrendador, realizar obras de accesibilidad en los edificios sitos en la finca que sirvan de vivienda, siempre que no disminuyan la estabilidad o seguridad del edificio y sirvan para atender las necesidades de personas con discapacidad y mayores de setenta años.

Las mejoras hechas durante el arrendamiento se presume que han sido efectuadas a cargo del arrendatario, por eso, a la conclusión del arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a una indemnización por el aumento de valor que haya experimentado la finca por tales mejoras, siempre que se hayan realizado con el consentimiento del arrendador (introducido por Ley 26/2005).

IX. ENAJENACIÓN DE LA FINCA ARRENDADA

El artículo 22 dice: «El adquirente de finca, aún cuando estuviese amparado por el artículo 34 LH quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador, debiendo respetar el plazo que reste de la duración mínima del contrato o de la prórroga tácita que esté en curso si se trata del tercero hipotecario, mientras que en los demás casos deberá respetar la total duración pactada». Redacción dada por Ley 26/2005, alejándose del principio romano *emptur non tenetur stare colono* recogido en el artículo 1.571 del Código Civil.

Este artículo no regula un supuesto de publicidad registral, sino que sólo establece la subrogación legal del adquirente en la posición jurídica del transmitente. Se exige la existencia de una enajenación válida y eficaz, estableciendo la oponibilidad del arrendamiento tanto en el ámbito registral como el extrarregistral. Destacamos las palabras de VATTIER FUENZALIDA (6) que considera «que se trata de una subrogación legal en sentido técnico, ya que el adquirente, mientras ejerce los derechos y obligaciones del primitivo arrendador está muy próximo al tercero interesado que cumple una obligación ajena y *mutatis mutandi* ejercita los derechos de otro, aún sin el consentimiento expreso o tácito del arrendador».

X. REAPARICIÓN DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, suprimió los derechos de tanteo y retracto en aras de la libre circulación de la tierra, ya que implicaban una notable limitación de la propiedad y no propiciaba que los propietarios arrendasen sus tierras.

La Ley 26/2005 reintroduce estos derechos regulándolos en el artículo 22:

1. Los derechos de tanteo y retracto proceden en toda transmisión *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, incluida la donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualquier otra distinta de la compraventa, de su nuda propiedad, de porción determinada o de una participación indivisa de aquéllas.
2. Los derechos de tanteo y retracto corresponden al arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2 ya citado. Esta condición debe tenerse en el momento en que se produce el acto traslativo, no en el momento de ejercicio del derecho (SSTS de 31-7-96, 28-6-2003, entre otras).
3. Ejercicio de estos derechos. El transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar, indicándole los elementos esenciales del contrato y a falta del precio, una estimación del que se considere justo.

Plazo de ejercicio del tanteo: El arrendatario tendrá un plazo de 60 días hábiles contados desde que recibe la notificación para ejercer su derecho de adquirir la finca en el mismo precio y condiciones y lo notificará al enajenante de modo fehaciente. Se trata de un plazo de caducidad que como tal no admite interrupción. Así la STS de 21-12-2004.

Plazo de ejercicio del retracto: Cuando falta la notificación del arrendador, el arrendatario tendrá derecho de retracto durante 60 días hábiles, a partir de la fecha en que por cualquier medio haya tenido conocimiento de la transmisión, no bastando cualquier tipo de conocimiento, sino que tiene que ser un conocimiento claro, cierto e indubitado como reiteradamente ha señalado el TS, entre otras en sentencia de 14-11-2002.

Otra de las novedades de la Ley 26/2005 es la posibilidad de designar un perito para el caso de que el contrato no tuviera precio y el arrendatario no estuviese conforme con la estimación hecha por el arrendador; el perito inde-

(6) VATTIER FUENZALIDA: «Comentario al artículo 22», en *ob. cit.*, pág. 250.

pendiente se nombrará de común acuerdo entre las partes y en su defecto por la jurisdicción civil conforme a las normas de valoración que establece la legislación forzosa.

En todo caso, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario para que pueda ejercitar el derecho de retracto o en su caso el de adquisición:

- cuando las condiciones de la enajenación, el precio o la persona del adquirente no correspondan de un modo exacto con las contenidas en la notificación previa;
- cuando no se hubiese cumplido en forma el requisito de la notificación previa.

En estos casos, el retracto o el derecho de adquisición preferente podrán ser ejercitados durante el plazo de 60 días hábiles contados desde la notificación.

La DGRN, en Resolución de 20-10-2005, considera que el derecho del arrendatario a retraer la finca es aplicable a las enajenaciones forzosas (aplicándose así la doctrina de la Resolución de 5-11-1993, dictada en materia de arrendamientos urbanos).

Aspectos registrales:

Al amparo de la Ley de 1980, el artículo 91 establecía que en toda escritura de enajenación, el transmitente deberá declarar bajo pena de falsedad, si la misma se halla o no arrendada y en este último caso si se ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho a recuperar la finca mediante compromiso de cultivarla directa y personalmente durante seis años. Si la finca está arrendada, el fedatario no autorizará la escritura sin que se le acredite de forma fehaciente la notificación. Desde el punto de vista registral, no se podía inscribir la transmisión en el RP sin que conste la declaración antes mencionada y sin justificar la práctica de la notificación.

Después cuando ya estaba vigente la Ley 49/2003, la RDGRN de 16-12-2004 establece que en las escrituras de enajenación de fincas rústicas no arrendadas que se otorguen bajo la vigencia de la nueva ley basta con que se declare que están libres de arrendamiento. No es preciso ya hacer expresamente la declaración que prescribía el artículo 91 de una ley que ya no está vigente. En igual sentido se pronuncian las Resoluciones de 10-3-2005 y de 30-6-2005.

La Ley 26/2005 en su artículo 11.1 dice: «La escritura pública de enajenación de finca rústica deberá expresar la circunstancia de si ésta se encuentra o no arrendada, como condición para su inscripción en el RP».

El artículo 22.4 dice: «Para inscribir en el RP los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas deberá justificarse la práctica de la notificación aludida».

El artículo 22.6 dice: «Los derechos establecidos en este artículo serán preferentes con respecto a cualquier otro de adquisición, salvo el retracto de colindantes establecido por el artículo 1.523 del Código Civil, que prevalecerá sobre éstos cuando no exceda de una hectárea tanto la finca objeto de retracto como la colindante que lo fundamente».

En relación con los derechos de adquisición preferente hay que tener en cuenta la posible incidencia del derecho de retracto regulado en el artículo 27 de la Ley de 4 de julio de 1995 para los propietarios de fincas colindantes que

sean titulares de explotaciones agrarias prioritarias cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo.

XI. CESIÓN Y SUBARRIENDO

La nueva ley, en contra de la línea seguida en la Ley de 1980, que declaraba nulos los subarriendos o cesiones de fincas arrendadas, permite los subarriendos con los requisitos establecidos en el artículo 23: Se estará a lo pactado por las partes, en todo caso deberá referirse a la totalidad de la finca o explotación y deberá otorgarse por todo el tiempo que reste del plazo del arrendamiento por una renta (7) que no podrá ser superior a la pactada entre arrendador y arrendatario. Para que tenga lugar la cesión o subarriendo, el arrendatario deberá contar con el consentimiento expreso del arrendador.

Dicho consentimiento no será necesario cuando se efectúe a favor del cónyuge o de uno de los descendientes del arrendatario. No obstante, el subrogante y el subrogado notificarán fehacientemente al arrendador la cesión en el plazo de 60 días hábiles a partir de su celebración (redacción dada por Ley 26/2005).

XII. TERMINACIÓN DEL ARRENDAMIENTO

La Ley distingue en los artículos 24, 25 y 26 entre terminación, resolución o rescisión del arrendamiento. Mientras que las causas de terminación suponen la cesación de la relación jurídica arrendaticia por consumación de sus efectos, las de resolución y rescisión implican la terminación de los efectos de un contrato en curso por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes.

Únicamente vamos a referirnos aquí a las novedades introducidas en esta materia por la Ley 26/2005:

- en los casos de terminación del arrendamiento por muerte del arrendatario, ahora tiene preferencia para suceder en el contrato, a falta de designación expresa efectuada por el testador, el que tenga la condición de agricultor joven y si hubiera varios el más antiguo. Si ninguno la tuviera, los sucesores escogerán por mayoría al que se subrogará en la posición jurídica del arrendatario fallecido. En este último caso es necesaria una notificación escrita al arrendador dentro del año siguiente al fallecimiento, requisito sin el cual parece que no le sería oponible la subrogación *mortis causa*;
- en los supuestos de resolución del arrendamiento a instancia del arrendador por falta de pago de renta, se añade la posibilidad de enervar la acción de desahucio en los términos previstos en las leyes procesales para los desahucios de fincas urbanas.

(7) Se limita el importe de la renta del subarriendo para evitar que se comercie con las tierras por intermediarios especulativos.

XIII. APARCERÍA

La nueva LAR regula la aparcería (8) en los artículos 28 a 32, introduciendo dos modificaciones esenciales:

1. Suprimiendo el requisito de que el dueño de la finca aporte, por lo menos un 25 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante, suprimiendo por tanto la diferencia entre aparcería y arrendamiento parciario.
2. Regulando la aparcería asociativa en el artículo 32. Como señala DE LOS MOZOS: «esta aparcería ofrece la ventaja de que no hay necesidad de hacer las aportaciones a la explotación en propiedad, como sucede en el contrato de sociedad, basta con hacerlas en posesión. Por ello es inexplicable que no se haya acudido a esta figura jurídica cuando durante tantos años no se hablaba más que de la agricultura de grupo, de concentración, de agrupación, etc., para aumentar el tamaño de las explotaciones».

Se le aplican ahora (9) también las normas del capítulo VIII relativo a la terminación del arrendamiento, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza esencial de este contrato.

Se aclara su duración: si se hubiera concertado para la realización de un cultivo determinado, con la excepción de los leñosos permanentes y siempre que dicho cultivo tenga una duración superior a un año, el plazo mínimo de duración será el tiempo necesario para completar una rotación o ciclo de cultivo. Se concede al aparcerero un derecho preferente, si a la finalización del contrato de arrendamiento, el titular de la finca pretende realizar un contrato de arrendamiento.

RESUMEN

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

Se pretende analizar las principales novedades introducidas en la regulación de los arrendamientos rústicos por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la LAR de 2003, siguiendo la línea ya iniciada por leyes anteriores tendentes a la flexibilización del régimen de los mismos, destacando los aspectos registrales y sus principales innovaciones.

ABSTRACT

RURAL LEASES

This article seeks to analyse the primary new features in the regulation of rural leases as introduced by Act 26/2005 of 30 November amending the Urban Leasing Act of 2003. The new law follows the fresh line set by previous laws, which tend to give the procedure greater flexibility. The registration-related aspects and main innovations of the new law are highlighted.

(8) Materia también regulada en el artículo 1.579 del Código Civil, de escasa aplicación práctica.

(9) Me limito a exponer las modificaciones introducidas en esta materia por la Ley 26/2005, ya que el resto de la regulación es semejante al régimen anterior.

1.6. Responsabilidad Civil

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A LOS EQUIPAJES EN EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la información proporcionada por la Asociación de Aerolíneas Europeas, sus empresas afiliadas transportaron 290,8 millones de pasajeros hasta el mes de octubre, equivalente a un 4,5 más que en el mismo período del año anterior (1). El hecho de que cada vez utilicemos más el transporte aéreo (2) para realizar nuestros desplazamientos, pone de relieve la importancia del tema.

Sin perjuicio de la intensa problemática que se produce en relación con la responsabilidad en el transporte aéreo, voy a centrarme exclusivamente en uno de los supuestos, que con más frecuencia se dan cuando emprendemos un viaje en avión, y que generan más conflictividad práctica, me refiero, como ya he anunciado, a los derechos de los pasajeros ante la pérdida y los daños materiales causados en el equipaje.

Parte del problema, como ha puesto de manifiesto la Comisión del Parlamento Europeo, reside en que «los pasajeros no conocen sus derechos, por lo que no pueden exigir su cumplimiento» (3).

Es preciso, antes de entrar en el fondo del asunto, señalar qué debe entenderse por transporte internacional según los Convenios Internacionales: «es todo aquel transporte en el que el punto de partida y el punto de destino (haya o no interrupción en el transporte o trasbordo), estén situados en el territorio de dos Estados Partes o en el territorio de un Estado Parte, con tal de que se prevea una escala intermedia en el territorio de cualquier otro Estado sea o no Parte» (4).

En el ámbito de la responsabilidad en el transporte aéreo es preciso establecer ante todo una distinción esencial. Equipaje facturado y equipaje de mano.

(1) Noticia publicada el 16 de diciembre de 2006 en www.avioglobal.com.

(2) Por ejemplo, el pasado mes de noviembre, Iberia transportó un 17 por 100 más de pasajeros en las rutas de largo radio, crecimiento que también se intensificó en el sector doméstico, donde el coeficiente de ocupación siguió su trayectoria ascendente y se situó en un 73,1 por 100, 3,1 puntos más que en noviembre de 2005. Noticia publicada en 15 de diciembre de 2006 en www.avioglobal.com.

(3) Comunicación de la Comisión y el Consejo de los pasajeros aéreos en la Unión Europea. COM/2000/035 final. Por lo que la Comisión, según se refleja en la propia comunicación, se anuncia una campaña para que los pasajeros tengan conocimiento de los derechos creados por la normativa comunitaria, y que empieza y tiene como elemento central con la publicación y exposición de una carta de derechos en los aeropuertos comunitarios.

(4) Artículo 1 del Convenio de Varsovia y Convenio de Montreal.

El equipaje facturado es el que viaja en la bodega del avión. Existe una limitación en cuanto al peso permitido, según se trate de vuelos nacionales e internacionales. Normalmente, en vuelos nacionales (5): 20 kilos en clase turística o económica y 30 kilos en clase preferente o primera clase, y en vuelos internacionales es igual excepto en Estados Unidos, Canadá y otros países americanos, que el límite está en el número de bultos o piezas. Generalmente, se puede pagar por exceso de equipaje.

El equipaje de mano es el que está permitido llevar a bordo de la cabina del avión por las compañías. Actualmente, con el objeto de reforzar las medidas de seguridad de los aeropuertos europeos, se ha establecido una nueva normativa, por la que se ha restringido, ante el riesgo creciente de la utilización de explosivos, la cantidad de líquidos que los pasajeros pueden llevar en los controles del aeropuerto Reglamento (CE) número 1546/2006 de la Comisión de 4 de octubre de 2006 (6), que modifica el Reglamento (CE) número 622/2003 de la Comisión de 4 de abril de 2003 (7), por el que se establecen las medidas para la aplicación de las normas comunes de seguridad aérea.

II. DAÑOS QUE SE PUEDEN RECLAMAR

En los vuelos internacionales hay que tener en cuenta si rige el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, ultimado el 12 de octubre de 1929 y ratificado por España el 31 de enero (8). Vigente para los países que no han suscrito el Convenio de Montreal (9). O si rige el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, que entró en vigor para la Comunidad Europea el 28 de junio de 2004 (10).

Si rige el Convenio de Varsovia la cuestión está contemplada en su artículo 18.1: «El porteador es responsable del daño ocasionado en caso de destrucción, pérdida o avería de equipajes facturados, cuando el hecho se produzca durante el transporte aéreo», y en el artículo 19 del mismo que establece que: «El porteador es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de ...equipajes».

(5) Puede variar este límite de unas compañías a otras.

(6) DO L 288/6, de 17 de octubre de 2006. Que ha entrado en vigor el 6 de noviembre del presente año, veinte días después de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Amplía la lista de artículos prohibidos y establece unas nuevas normas sobre determinados productos que se pueden llevar en el equipaje de mano. A partir del 6 de mayo del 2007 se reducirá el tamaño de los bultos individuales que no pueden exceder de unas determinadas medidas (56 cm por 45 cm por 25 cm, incluyendo cualquier elemento del mismo).

(7) DO L 89 de 5 de abril de 2003. Reglamento modificado en último lugar por el Reglamento (CE) número 240/2006 (DO L 40 de 11 de febrero de 2006). Establece la obligación de poner a disposición de los pasajeros u usuarios la lista de artículos prohibidos.

(8) Publicado en la Gaceta de Madrid, número 233, de 21 de agosto de 1931.

(9) También deviene aplicable el Convenio de Varsovia para los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Convenio de Montreal.

(10) La Comunidad Europea firmó dicho Convenio el 9 de diciembre de 1999 y por Decisión del Consejo, 2001/539 de 5 de abril de 2001, se aprobó y fue publicado en el DOCE número 194/39, de 18 de julio de 2001. *BOE* número 122 de 20 de mayo de 2004.

Se trata de una responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la que sólo puede exonerarse si demuestra que tanto él como sus dependientes tomaron las medidas necesarias para impedir el daño o les fue imposible tomarlas. El daño podrá ser patrimonial o moral, nosotros sólo nos vamos a detener en la categoría de daño material.

Es necesario advertir, como decíamos, que la compañía aérea queda liberada de indemnizar si prueba que ella y sus representantes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el daño provocado por el retraso o que les fue imposible adoptarlas. Además, el porteador en el transporte de equipaje no es responsable (11) si prueba que el daño proviene de falta de pilotaje, de conducción de la aeronave o de navegación, y que en todos los demás aspectos él y sus agentes han tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño (art. 20 del CV).

A la hora de cuantificar los daños no pueden desconocerse los límites establecidos en el citado Convenio, siendo necesario distinguir:

1. Si el equipaje está facturado. El porteador es responsable del daño producido cuando el hecho que ha causado el daño se produzca durante el transporte aéreo. Debemos entender que este último comprenderá el período durante el cual los equipajes se hallen bajo la custodia del porteador, bien sea en un aeródromo o en un lugar cualquiera en caso de aterrizaje fuera del aeródromo. Se establece un límite en la cuantía de la indemnización. Dicho límite puede ser superior si se hace una declaración especial de valor mediante el pago de una tasa complementaria, lo que nos obliga a diferenciar, según que haya o no previa declaración de valor.

Sin previa declaración del valor: El transportador es el responsable de la pérdida, daño o retraso de equipajes, hasta un límite en la cuantía de la indemnización (12). Límite que está fijado en la suma de 17 DEG por kilogramo, artículo 22 del CV.

(11) Es necesario resaltar que el porteador no puede quedar exonerado ni atenuada su responsabilidad si el daño proviene de su dolo o falta (art. 25 CV).

(12) Límites indemnizatorios:

En el caso de equipajes facturados, el límite de la responsabilidad del porteador se establece en 250 francos por kilogramo. Cada franco equivale al valor de 65,5 miligramos de oro con ley de novecientas milésimas de fino, conforme al artículo 22.2 CV.

Modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955, que establece que en caso de pérdidas, averías o retrasos de una parte del equipaje facturado o de cualquier objeto en ellos contenido, solamente se tendrá en cuenta el peso total del bulto afectado para determinar el límite de responsabilidad del transportista. Sin embargo, cuando sea de una parte del equipaje facturado o de un objeto en ellos contenido, afecte el valor de los otros bultos comprendidos en el mismo talón de equipaje o carta de porte aéreo, se tendrá en cuenta el peso total de tales bultos para determinar el límite de responsabilidad (art. 221.b).

En el caso de equipajes facturados, el Protocolo de Montreal de 1975, número 1, establece el límite en la suma de 17 DEG por kilogramo. Dicho límite puede ser superior si se hace una declaración especial de valor mediante el pago de una tasa complementaria. En estos casos, si se produce el daño o la pérdida, el porteador tendrá que pagar el importe de la suma declarada, salvo que se pruebe que es superior al real (art. 22.2).

En el caso de los objetos cuya custodia conserve el viajero, la responsabilidad del porteador se limitará a 5.000 francos por viajero. El Protocolo de Montreal de 1975, número 1, establece el límite en la suma de 332 DEG por kilogramo.

Declara aplicable la limitación prevista en el artículo 22 del Convenio de Varsovia, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, recurso número 2/2004, de 3 de enero de 2005 (AC 2005/5), aunque el caso concreto de la falta de determinación del peso del equipaje hizo que se señalara como indemnización la cantidad reconocida como debida por la parte demandada. Y la sentencia de 25 de julio de 2005, de la Audiencia Provincial de Asturias, número 309/2005 (00272/2005), que fija los límites establecidos en el CV para los daños materiales, al no haber previa declaración del valor de su contenido ni concurrir dolo o culpa del transportista.

Con previa declaración de valor, en estos casos si se produce daño o la pérdida del equipaje, el porteador tendrá que pagar el importe de la suma declarada, salvo que se pruebe que es superior al real.

Si el equipaje no está facturado. En el caso del llamado equipaje de mano, es decir, aquellos objetos cuya custodia conserve el viajero, la responsabilidad del porteador se limitará a 332 DEG por pasajero (13), conforme establece el artículo 22.3 modificado por el Protocolo de Montreal.

Si rige el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999, que entró en vigor para la Comunidad Europea el 28 de junio de 2004, podemos distinguir:

A) En cuanto a los daños ocasionados por retraso del equipaje:

Se establece que el transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte de equipajes (art. 19 CM). Pero inmediatamente se aclara que el transportista no será responsable del daño ocasionado: si prueba que él o sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptarlas.

En suma, no serían responsables si pudieran demostrar que han hecho todo lo posible para evitar los daños, parece por tanto que sólo es responsable si actuó negligentemente (art. 19 CM).

B) En cuanto a los daños del equipaje por destrucción, pérdida o avería:

En primer lugar, conviene distinguir entre daños (por destrucción, pérdida o avería o por retraso), según se trate de equipaje (14) facturado y no facturado, ya que la responsabilidad es diferente:

1. En cuanto al equipaje facturado, el transportista es responsable del daño, cuando el hecho que ha causado el daño se produzca a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase bajo la custodia del transportista. Por tanto, se establece una responsabilidad objetiva.

Ahora bien, esta regla tiene excepciones, pues no es responsable: A) Cuando el daño se deba a la naturaleza, defecto o vicio del equipaje. B) Cuando el daño en su totalidad haya sido causado por culpa del pasajero.

En los supuestos en que el transportista admita la pérdida del equipaje o el equipaje perdido llegue pasado los 21 días siguientes a la fecha en la que debería haber llegado, el pasajero podrá hacer valer contra el transportista los derechos que surgen del contrato de transporte.

(13) La redacción originaria establecía el límite en 5.000 francos (franco francés) por viajero (art. 22.3).

(14) En el presente Convenio, a menos que se indique otra cosa, el término *equipaje* significa tanto facturado como no facturado (art. 17.4 CM).

2. En cuanto al equipaje no facturado, y objetos personales, sólo responde si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes (15). Estamos ante una responsabilidad subjetiva.

La responsabilidad del transportista se traduce en una indemnización que se limita (16) a una cantidad determinada.

En cuanto a la responsabilidad en caso de daños por destrucción, avería, retraso y pérdida de equipajes facturados, la responsabilidad del transportista se limita (límite universal) a 1.000 DEG por pasajero.

Dado que el límite de responsabilidad de 1.000 DEG es relativamente bajo, se permite que los pasajeros puedan acogerse a un límite más elevado, realizando una declaración especial de valor en el momento de facturar el equipaje (una declaración del valor de la entrega de éste en el lugar de destino), pagando una suma suplementaria. (Es decir, se podrá pedir que se efectúe un pago suplementario a la compañía aérea para cubrir el riesgo suplementario.) En cuyo caso el transportista está obligado a pagar una suma que no exceda del importe de la suma declarada, a menos que pruebe que este importe es superior al valor real de la entrega en el lugar de destino para el pasajero.

En este sentido, la sentencia de 9 de enero de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, recurso número 551/2005 (AC 2006/550), establece que: «Acreditada la pérdida de una maleta, el importe de la indemnización se encuentra señalada en el artículo 22 CM, que la limita a 1.000 derechos especiales de giro (DEG), a menos que el pasajero haya hecho una declaración especial del valor de la entrega del equipaje, que en este caso no se produjo, considerando el artículo 23 del mismo Convenio que las sumas expresadas en derechos especiales de giro se refieren a este derecho definido por el Fondo Monetario Internacional, cuya conversión en las monedas nacionales se hará conforme al valor de dichas monedas especiales en derechos especiales de giro en la fecha de la sentencia; el valor unitario del DEG en 2005 es de 1 DEG = 1,2042 €, de manera que la indemnización debe alcanzar la cantidad de 1.204,20 € (más los intereses legales desde la reclamación judicial en virtud de lo dispuesto en los arts. 1.100 y 1.108 del Código Civil), cantidad que por lo demás se considera proporcionada en función de las facturas aportadas por el actor sobre el importe del contenido del equipaje (incluyendo el de la maleta perdida) que se corresponde con el que usualmente se utiliza en función de las características del trayecto realizado».

Conviene señalar que los límites no se aplicarán si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño, o con temeridad, y sabiendo que probablemente causaría daño. O en el caso de que se hayan pactado, como veremos, límites más altos o se hayan suprimido. Existe la posibilidad de modificar estos límites, estableciendo una cobertura superior o ilimitada (17).

(15) Conforme a los artículos 17.2 y 3 del CM.

(16) Los límites no se aplicarán si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño o con temeridad, y sabiendo que probablemente causaría daño. Ahora bien, estos límites no son obstáculo para que el tribunal acuerde además de conformidad con la propia ley, una suma que corresponda a todo o parte de las costas y otros gastos en los que haya podido incurrir el demandante.

(17) Artículo 25 CM.

III. FORMA DE EJERCITAR LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS SOBRE EQUIPAJES

1. RECLAMACIONES EXTRAJUDICIALES

En los supuestos en que se quiera reclamar daños por equipajes es necesario saber que es imprescindible hacer lo que el Convenio llama el aviso de protesta oportuno (18). Consiste en que el pasajero perjudicado por considerar que se han producido daños o retraso en el equipaje, proteste dentro de los plazos señalados.

Por otro lado, es preciso señalar que se presume, *iuris tantum*, es decir, salvo prueba en contrario, que si al recibir el equipaje facturado no protesta el destinatario es que ha sido entregado en buen estado.

Es necesario destacar que las compañías aéreas comunitarias o sus agentes de asistencia en tierra disponen de un impreso denominado parte de irregularidades de equipajes (PIR), que debe cumplimentarse para hacer constar las incidencias y para la tramitación por la compañía aérea.

Su importancia es tal que si no se protesta (por escrito) (19) dentro de los plazos señalados, no se podrá ejercer acciones judiciales contra el transportista, salvo que haya habido fraude por parte del transportista.

En el CV no se exigía una forma específica de canalización de tal protesta, de ahí que según la sentencia de 25 de julio de 2005, de la Audiencia Provincial de Asturias, número 309/2005 (00272/2005) haya de reputarse cumplida la misma con el parte de irregularidad de equipaje prestado por la compañía, sin que la falta de cumplimentación del cuestionario facilitado por la Compañía demandada pueda oponerse.

En el mismo sentido, y aplicando el Convenio de Montreal, la sentencia de 9 de enero 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, recurso número 551/2005 (AC 2006/550), que contempla el supuesto de pérdida de una maleta, considerada que es suficiente la reclamación que se hizo el mismo día del vuelo en el aeropuerto de destino, con el impreso correspondiente que se le suministró por la demandada, siendo indiferente que se rellenara por el propio actor o por un empleado de la demandada. Esta sentencia, para dar cumplimiento al aviso de protesta oportuno, considera en su fundamento tercero que: «Se ha producido la pérdida del equipaje facturado (tanto por el hecho de que el transportista ha admitido su pérdida como por la circunstancia del transcurso de veintiún días computados desde que el equipaje debió de haber llegado), y el actor formuló la correspondiente reclamación por la falta de recepción en el momento en que la advirtió, reclamación que se extendió por escrito en el impreso que fue suministrado por la misma compañía; ante la realidad incuestionada de esta reclamación, es indiferente que se rellenara por el propio actor o por un empleado de la demandada, que la suscribiera o no con su firma y que rellenara el cuestionario adjunto al mismo con los artículos más significativos del equipaje, pues aunque éste fuera requerido por

(18) Vid., artículo 26 del CV. Contempla la presentación de la protesta inmediata para los equipajes averiados en el plazo de siete días, y de 21 en caso de retraso de los mismos para poder proceder a la posterior reclamación de daños en el equipaje. Y artículo 31 del CM.

(19) La forma establecida para realizar la protesta deberá hacerse por escrito, según el artículo 31 CM.

la compañía, no puede erigirse en un presupuesto unilateralmente impuesto de la procedencia de la reclamación. Por lo demás, habría que precisar que las comunicaciones posteriores remitidas por la vía de correo electrónico, más allá de su contenido literal y que aludían al número de referencia de la reclamación formulada, son expresivas de una actitud inequívoca del actor de insistir en su reclamación y protesta ante la compañía demandada, siendo por lo demás lógico y razonable que el pasajero, que no tiene que tener un conocimiento exacto de sus derechos en tal supuesto, pretendiera saber los criterios de la compañía para establecer la indemnización correspondiente; la compañía se desentendió de esa petición y no atendió a la reclamación ni ofreció ninguna cantidad por la pérdida producida».

Plazos para ejercitar las acciones extrajudiciales:

En el caso que se produzcan daños, retrasos o pérdida del equipaje, deben sujetarse las reclamaciones a unos plazos concretos (20), que son los siguientes:

En caso de avería, el destinatario deberá presentar al transportista una protesta inmediatamente después de haber sido notada la avería, y como máximo en el plazo de siete días si el equipaje es facturado a partir de la fecha de su recibo.

En caso de retraso, la protesta deberá hacerse dentro de los 21 días a partir de la fecha en que el equipaje se haya puesto a su disposición.

Debe observarse que no está contemplado el supuesto de pérdida total del equipaje.

2. RECLAMACIONES JUDICIALES

En los casos de reclamaciones sobre equipajes es necesario, como hemos puesto de manifiesto, que el pasajero haya reclamado previamente de forma extrajudicial.

Plazos para ejercitar las acciones por reclamación de daños:

El plazo es de dos años contados a partir de la llegada a la aeronave a su destino o la del día en que la aeronave debería haber llegado o la de la detención del transporte (21). La forma de calcular el plazo se determina por la Ley del Tribunal que conoce el caso (22).

Varias son las cuestiones que se discuten en torno al plazo: una la propia naturaleza del plazo y otra el momento del inicio del cómputo del mismo.

En cuanto a si se trata de un plazo de caducidad, como establece el CV (23), o de prescripción, como dice el CM. Se trata de un plazo de caducidad (24), pasado el cual se pierde el derecho a pedir indemnización.

Nuestra jurisprudencia se ha mostrado vacilante. Lo califica de plazo de prescripción, pese a denominarse en el CV de caducidad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 10 de junio de 1999 (AC 1999/7353). Lo

(20) Los plazos señalados en el CM (art. 31) coinciden con los señalados en el CV (art. 26), modificado por el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955.

(21) Para el ejercicio de las acciones de responsabilidad se establece el mismo plazo en el CV que en el CM, siendo igual también la forma de calcular el plazo.

(22) Artículo 35.2 CM y artículo 29.2 CV.

(23) Artículo 29.1 CV.

(24) Pese a que en el convenio se utilice el término de prescripción (art. 35.1 CM).

califica de plazo de caducidad la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, número 648/2004, de 20 de octubre (*JUR* 2005/31372); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, número 404/2005, de 1 de septiembre (*AC* 2005/2269).

En cuanto al inicio del cómputo, algunas sentencias reconocen que el artículo 29 del CV se remite a la Ley del Tribunal que debe conocer el asunto, y que en el caso de España el inicio del cómputo sería en el momento que el perjudicado pudo iniciar la acción, artículo 1.969 del Código Civil, tal y como hace la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1990 (25) (*RJ* 1990/10282). Otras, consideran que el artículo 29 del CV se ocupa de regular el modo de computar el plazo de dos años y no de fijar el momento en que debe iniciarse el cómputo del mismo, caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, número 35/2004, de 10 de diciembre.

IV. JURISDICCIÓN COMPETENTE. ELECCIÓN DEL FUERO POR PARTE DEL PASAJERO

Una de las cuestiones que revisten más interés es, sin duda, la determinación de la jurisdicción competente para que el demandante pueda interponer las acciones (26) en reclamación de sus derechos. Se establece la posibilidad de que el demandante elija el órgano jurisdiccional en el territorio de uno de los Estados partes entre el lugar del:

- Domicilio del transportista.
- Domicilio de la oficina principal del transportista.
- Domicilio de la oficina donde se haya celebrado el contrato.
- Del destino del transporte aéreo internacional efectuado (art. 33.1 CM).

En definitiva, se establece una prelación sin orden para la elección del fuero. Por otro lado, se entiende que toda cláusula o acuerdo particular que modifique las reglas relativas a la jurisdicción serán nula (art. 50 CM).

RESUMEN

DAMÑOS A LOS EQUIPAJES

El presente comentario consiste en analizar el régimen de responsabilidad

ABSTRACT

BAGGAGE DAMAGE

This commentary analyses the liability procedure applied to baggage inci-

(25) Establece que «el inicio de la acción debe fijarse desde el momento en que se pudo ejercitar la acción, momento en que se finalizan las conversaciones extrajudiciales que por vía amistosa pretenden resolver el conflicto surgido con ocasión de la pérdida del equipaje, reservándose el derecho a reclamar ante los tribunales».

(26) Según el artículo 28 del Convenio de Varsovia: «la acción deberá suscitarse a elección del demandante en el territorio de una de las Altas partes Contratantes, en el domicilio del porteador, en el domicilio principal de su explotación, o del lugar donde posea un establecimiento por cuyo conducto haya sido ultimado el contrato, ya ante el Tribunal del lugar de destino. El procedimiento se regulará por la Ley del Tribunal que entiende del asunto».

que rige en los supuestos en que se produzcan incidencias en el equipaje en el transporte aéreo internacional. Para alcanzar este objetivo, se parte de la diferencia entre equipaje facturado y de mano, señalando ¿cuáles son los daños indemnizables?, para después analizar ¿cuánto se puede reclamar?, y por último nos detenemos en saber ¿cómo se debe reclamar y ante quién? Para ello se realiza un análisis de la jurisprudencia más reciente.

in international air transport. To reach this objective, we begin with the difference between checked baggage and carry-ons, specifying what kinds of damage are indemnifiable. We then go on to analyse the question of how much can be claimed in damages, and lastly how and where to file claims. In the process, we conduct an analysis of the most recent jurisprudence.

LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA LEX ARTIS AD HOC BASE DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del amplio abanico de supuestos de responsabilidad civil, la responsabilidad médica adquiere una especial fuerza y relevancia por el objeto de la prestación «el paciente». El panorama jurídico ha cambiado y aunque no es el óptimo, la tendencia camina hacia una mayor protección del enfermo en todos los ámbitos, prueba de ello es la inclusión de la actividad sanitaria en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del año 1984, la más reciente, la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (1).

Se ha observado un aumento de demandas en el ámbito sanitario, efecto posible, en primer lugar, de un mayor conocimiento por la sociedad en general y por el ciudadano en particular, de los derechos que le asisten. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, las vías o caminos que se le ofrecen al paciente en nuestro derecho positivo (2). De tal forma que si el

(1) BOE núm. 274 de 15 de noviembre.

(2) Muestra de ello, entre otros, son los artículos 9 y 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad (Modificada por Ley 25/1990 del Medicamento, por Ley 55/99 y por Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Parcialmente derogada por Ley 41/2002, por Ley 16/2003, por la Ley 55/2003 y por la Ley 62/2003).

El artículo 9 establece que *Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes.*

Y, el artículo 10 especifica una serie de derechos del paciente. *Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical. 2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los*

paciente considera que no se le ha atendido correctamente con los medios que actualmente se tienen, no se le ha informado de una manera veraz y ha tenido un resultado que no esperaba, no se resigna al resultado obtenido, al menos intenta obtener una compensación económica por los daños causados y una mayor diligencia por los profesionales sanitarios.

Con carácter previo y asumiendo algunos puntos de la sentencia (3) que sirve de base para nuestro análisis sobre responsabilidad médica, se ha de analizar y clarificar el tema de la competencia jurisdiccional en los supuestos de reclamación de responsabilidad de las entidades públicas que gestionan el ámbito sanitario. Además, antes de pasar al análisis del aspecto principal, que es la delimitación del contenido de la *lex artis*, haremos un recorrido por los criterios de imputación de responsabilidad en dicho ámbito.

II. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Uno de los motivos del recurso de casación que se contemplan en la sentencia es la falta de reclamación previa en la vía administrativa. No es novedoso el tema, pues como afirma ASÚA GONZÁLEZ (4), junto con la jurisdicción contencioso-administrativa, la social y sobre todo la civil, se han considerado competentes para conocer los supuestos de referencia.

Es preciso recordar que la sanidad puede ser pública y privada. La privada no ha planteado ningún problema respecto de la jurisdicción, siendo competente la civil. En cambio la pública sí ha suscitado polémica, debido principalmente a la falta de claridad en la normativa existente.

requisitos necesarios para su uso. 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público. 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario. 5 y 6. Derogados por Ley 41/2002. 7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad. 8 y 9. Derogados por Ley 41/2002. 10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen. 11. Derogado por Ley 41/2002. 12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan. 13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud. 14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado. 15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

(3) STS de 23 de mayo de 2006.

(4) ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, 3.ª ed., 2006. pág. 1154.

En la actualidad la cuestión es clara, pero ha habido un período de gran confusión. Con la aprobación de la Ley 30/1992, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en donde se establecía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando era demandada la Administración, siempre que actuase en la esfera pública, pero cuando su actuación o los daños causados fuesen en la esfera privada, el tema se complicaba. A mayor abundamiento el artículo 146, que se refería a la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de la administración, establecía en su redacción originaria que se exigiría de acuerdo con la legislación correspondiente, por lo que se deba entrada a la jurisdicción civil. Dato que es corroborado por el gran número de sentencias dictadas en este ámbito por la jurisdicción civil (5).

En la actualidad, como establece la STS de 7 de marzo de 2000: «No hay duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la Administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor (art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, DA duodécima de la Ley 4/1999, incorporada a la Ley 30/1992 y Ley Orgánica del Poder Judicial, nueva redacción del art. 9.4 dada por la Ley Orgánica 6/1998). Empero la situación de Derecho transitorio que la aplicación de las nuevas normas suscitan y cuyas fechas de entrada en vigor acreditan no sólo su necesidad, sino también el inicio temporal de su eficacia, junto con el respeto a lo que son determinaciones jurisdiccionales de esta Sala de casación como órgano soberano, en su respectivo orden, sin vinculación con los criterios jurisprudenciales de otras Salas, exige precisar que el asunto que se somete a enjuiciamiento corresponde decidirlo al órgano jurisdiccional civil.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de análisis, haciendo referencia a ese período transitorio y a la finalización del mismo en el año 1999, tras la promulgación de la Ley 4/1999 (6).

III. ESPECIFICIDAD DE LA *LEX ARTIS AD HOC* EN EL ÁMBITO SANITARIO

Es preciso recordar que la obligación del médico, salvo determinados supuestos concretos, es una obligación de medios (7). Como afirma MARTÍNEZ-CAL-

(5) Artículos 139 y sigs. de la LRJ.

(6) Disposición Adicional duodécima: *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.*

(7) Con carácter general considera LOBATO GÓMEZ por obligación de medios, «...aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor o, lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. Esto es, el deudor debe poner los medios (de ahí el nombre que se le da comúnmente), a través de una actuación

CERRADA: «El médico o cirujano se obliga exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con la repetida *lex artis ad hoc*, o sea, a desenvolver su acto médico con la diligencia adecuada a tal *lex artis*» (8).

Cuando se menciona o se hace referencia en cualquier profesión a la *lex artis*, nos referimos al conjunto de reglas que llevan a hacer bien una cosa, para lo que habrá que actuar con diligencia y aplicando las técnicas previstas para cada caso. Cada oficio tiene su propia *lex artis*.

En el ámbito médico, como ha manifestado en múltiples ocasiones la jurisprudencia, la *lex artis* es el criterio valorativo de la corrección del acto médico en función de sus especiales características. Tiene por tanto un indudable origen técnico y un valor normativo que deriva de que la corrección o corrección del acto médico se mide a través de la adecuación al caso concreto de las reglas establecidas por la *lex artis*.

En la sanidad, la concreción de la *lex artis* se basa en protocolos y guías de práctica clínica. Ahora bien, esos protocolos que nacen para garantizar que la atención al paciente sea la correcta, matizando y determinando cuál debe ser el seguimiento y asistencia al paciente, surgen en su mayoría de la propia experiencia ante situaciones «estándar» o conocidas e incluso previsibles. El problema se plantea cuando surgen imprevistos, el médico se puede encontrar con elementos y factores nuevos en cada una de sus intervenciones, por lo que, aunque actúe bajo reglas generales, éstas deben aplicarse al caso concreto con elementos diversos a los establecidos, ahí es donde se da entrada a la *lex artis ad hoc* como el criterio de actuación en una situación concreta y determinada, cuya apreciación determinará la existencia o no de responsabilidad.

Es de gran interés lo establecido en el Fundamento Tercero de la sentencia de 25 de abril de 1994, en la que se detalla el contenido exacto de qué debe entenderse por obligación de medios y la aplicación de la *lex artis ad hoc*, que se reproduce a continuación «...No obstante, parece ya llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier

diligente, que posibilite al acreedor obtener el resultado o fin práctico esperado al contraer la obligación, resultado que, sin embargo, no forma parte de la prestación, no está *in obligatione*. Consiguientemente, su cumplimiento e incumplimiento son independientes de la obtención del resultado esperado por el acreedor y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor». LOBATO GÓMEZ, J. M., «Estudio de la distinción entre obligaciones de medios y resultados», en *ADC*, abril-junio, 1992, pág. 653.

(8) MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil*, 3.^a ed., Colex, 2004, pág. 237.

caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que en muchas de las ocasiones reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo. B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo a otro centro médico más adecuado. C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia. Tercero: Que si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención».

La cuestión en el supuesto que nos ocupa, es la implantación de un injerto para separar dos vértebras, el injerto implantado es de tamaño inferior al necesitado, produciéndose un desplazamiento que provoca determinadas lesiones en la demandante. Los cirujanos que intervinieron tuvieron que volver a operar, pero la lesión ya había provocado daños irreparables. La técnica utilizada era la adecuada para el tipo de dolencia que sufría la paciente, pero la cuestión que se plantea es si la intervención quirúrgica fue practicada de acuerdo a la *lex artis*.

Es preciso plantearse si al tratarse de una responsabilidad médica cobra especial importancia la *lex artis ad hoc*, que como señala MARTÍNEZ-CALCERRADA cada acto es una ley, en el sentido, como afirma el autor, que «para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el paciente/sociedad, la preexistencia de una *lex* que así lo juzgue o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de éste en relación con aquél, se podría hasta opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente, habrá de enjuiciarlo (9).

Como se ha manifestado anteriormente, la técnica aplicada fue la adecuada, pero quizá la intervención no se llevó a cabo de acuerdo con la *lex artis* que los cirujanos debieron de aplicar al caso concreto. La intervención requería gran precisión y un injerto del tamaño adecuado. Los cirujanos debieron paralizar la intervención hasta obtener un injerto del tamaño requerido, pues atendiendo a los protocolos médicos el desplazamiento llevaba a un daño irreparable.

IV. CONCLUSIONES

Es evidente la trascendencia que en la actualidad está adquiriendo la actividad sanitaria en general y la médica en particular. La ciencia está evolucionando continuamente y junto a esa evolución caminan prácticas y actuaciones que en ocasiones se escapan de lo normal y cotidiano.

Esa relevancia no va acompañada de un marco jurídico de protección, tanto para los profesionales sanitarios como para los pacientes. Es verdad que se están llevando a cabo algunas actuaciones legislativas como la Ley 41/2002, sin embargo, no son suficientes. Sería necesaria una normativa general y específica a la vez que regulase todos los temas relacionados con la sanidad, desde la competencia, el tipo de prestación en el ámbito jurídico pasando por la delimitación de conceptos que son confusos cuando se aplican al ámbito sanitario y muy especialmente la responsabilidad, la naturaleza de la responsabilidad sanitaria, etc.

Asimismo resulta especialmente complicado la aplicación de la *lex artis ad hoc*, partiendo de la base que estamos en un ámbito en el que pueden surgir, y de hecho surgen, muchos imprevistos que hacen que la aplicación de unas técnicas generales y correctas no sean las indicadas a un supuesto concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, 3.^a ed., Aranzadi, 2006.
LOBATO GÓMEZ, J. M., «Estudio de la distinción entre obligaciones de medios y resultados», en *ADC*, abril-junio, 1992, págs. 651-734.
MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil*, 3.^a ed., Colex, 2004.

(9) MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Ob. cit.*, «La responsabilidad...», pág. 247.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD SANITARIA

Las actuaciones de los profesionales en el campo de la medicina exigen una diligencia especial si se atiende a la naturaleza de la propia actuación. A pesar de ello, no existe un marco jurídico específico que regule el tema, hay que ceñirse a la responsabilidad civil que señala el Código Civil para los profesionales.

ABSTRACT

HEALTHCARE LIABILITY

Professional behaviour in the field of medicine requires special diligence in view of the nature of a medical professional's activities. Even so, there is no specific legal framework to regulate the subject. The civil liability legislation set for professionals in the Civil Code is what must be adhered to.

2. MERCANTIL

EL PACTO MARCIANO, EL PACTO EX INTERVALLO Y LA FIDUCIA CUM CREDITORE EN LAS GARANTÍAS FINANCIERAS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2005.

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

«Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura»

KIRCHMANN

I. INTRODUCCIÓN

El lunes 14 de marzo de 2005 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado (BOE núm. 62) el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (en adelante el «RDL»).

Con este título tan grandilocuente, uno de los objetivos del RDL que el Gobierno dictó bajo esta disposición legislativa (reservada para los casos de «*extraordinaria y urgente necesidad...*», según el artículo 86 de la Constitución Española) y de acuerdo con su Exposición de Motivos, es el siguiente: «...*En segundo lugar, en el capítulo II del título I se traspone la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera al ordenamiento jurídico español. Con la aprobación de esta Directiva se persigue conseguir una amplia armonización comunitaria para todas las garantías financieras que formalicen las partes autorizadas, estableciendo ciertas limitaciones al determinarse que, por un lado, una de las partes ha de ser una entidad financiera, sujeta a autorización y supervisión pública, y por otro lado, se determina su aplicación, con carácter general, para las personas jurídicas.*

Por otra parte, se pretende ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero. Se establecen, además, los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos y garantías. Asimismo, se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía (dinero, valores e instrumentos financieros) y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca incumplimiento, sin intervención de ningún tipo de fedatario o de autoridad pública, e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor».

Esto es por «razones de extraordinaria y urgente necesidad» que, según creemos, debería ser la falta de trasposición de la Directiva 2002/47/CE en su debido plazo (1) (en adelante la «Directiva»), el Gobierno, ejerciendo tareas

(1) De acuerdo con el artículo 11 de la Directiva: «*Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 27 de diciembre de 2003...*».

legislativas, regula a golpe de Real Decreto-ley, cuestiones tan importantes para nuestro sistema de derechos reales, como la clásica prohibición del pacto comisorio (y su admisibilidad bajo la fórmula del pacto marciano) y la eficacia traslativa de las denominadas ventas en garantía, ubicadas tradicionalmente dentro del proceloso mundo de los negocios fiduciarios, las cuales serán objeto de este trabajo.

Así, la Exposición de Motivos del RDL motiva dichas actuaciones en los mercados financieros del siguiente modo: «*En lo que se refiere a las reformas introducidas en el ámbito financiero, la extraordinaria y urgente necesidad de este Real Decreto-ley se sustenta en el grave riesgo de inmediata deslocalización de la prestación de garantías financieras y de las emisiones y las admisiones a cotización de valores hacia mercados con condiciones más favorables, en el caso de que se traspongan con excesivo retraso o no se traspongan en plazo al ordenamiento jurídico español sendas directivas en materias de mercados financieros*».

En primer lugar, llama la atención la técnica legislativa utilizada para afectar a nuestro sistema de derechos reales, como es la utilización del Real Decreto-ley (2).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la «extraordinaria y urgente necesidad», por más que deba ser apreciada en principio por el Gobierno en cada caso, no es una expresión vacía de significado, sino que cuenta con límites jurídicos cuyo aseguramiento, en última instancia, corresponde al propio Tribunal Constitucional (entre otras, sentencias 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero, y 137/2003, de 3 de julio).

Así ha afirmado el citado Tribunal que, si bien en la apreciación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad juega un papel decisivo el juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, ello no significa que el Gobierno pueda actuar sin restricción alguna. Existen, pues, unos límites jurídicos a la utilización del Real Decreto-ley, y por consiguiente, es posible, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales.

Por otra parte, también ha exigido el Alto Tribunal que la situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación así definida y las medidas que se adoptan (sentencias 29/1982, 182/1997 y 137/2003).

De acuerdo con lo anterior, el Dictamen del Consejo de Estado (3) rechazó la técnica legislativa utilizada por el Gobierno, esto es, convalidación del Real Decreto-ley y no tramitación ulterior como proyecto de Ley, de la siguiente forma: «...*dada la radical provisionalidad que caracteriza a los Reales Decretos-leyes y dado que las soluciones adoptadas en la norma proyectada demandan*

(2) Ya se han alzado voces contra las novedades del RDL, así una crítica generalizada al RDL es la que realiza el Notario de Madrid, don Manuel GONZÁLEZ-MENESES en la Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2006: www.elnotario.com, en su artículo titulado «Libertad de forma y desregularización en materia de garantías reales. Estado de Derecho o Estado de la Banca».

(3) Dictamen del Consejo de Estado con fecha de aprobación de 10 de marzo de 2005. Número de expediente: 371/2005 (Economía y Hacienda). Fuente: Base de datos de Dictámenes del Consejo de Estado, www.boe.es.

una proyección de permanencia incompatible con dicha provisionalidad, considera el Consejo de Estado que debiera hacerse uso de la posibilidad recogida en el artículo 86.3 de la Constitución, para la tramitación del texto consultado como proyecto de Ley...».

Pues bien, el Gobierno, haciendo caso omiso de la recomendación del Consejo de Estado, no tramitó el RDL como proyecto de Ley, sino que decidió sin más su convalidación, habiéndonos quedado huérfanos tanto de las correspondientes enmiendas parlamentarias al texto del mismo, las cuales quizá nos hubieran dado alguna luz acerca de la motivación del Gobierno en cuanto a la reforma de nuestro sistema de derechos reales operada con el mismo, como de las alegaciones que en el correspondiente trámite de audiencia pudieran haber realizado órganos especialmente cualificados en relación con la materia en cuestión, como podrían ser el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Así, el Vicepresidente del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, en el trámite parlamentario de convalidación del RDL, no realiza ninguna motivación adicional en la materia que nos ocupa, diferente a la que establece la Exposición de Motivos del RDL, limitándose únicamente a afirmar lo siguiente: «...La trasposición urgente de la Directiva incluye también algunos aspectos de flexibilidad y algunos elementos novedosos sobre los temas de formalidades, regulación del derecho del titular, pacto entre las partes respecto a las variaciones en el precio del objeto de la garantía o ejecución de las garantías financieras» (4).

Pese a la anterior observación, y como se puede observar del contenido de las intervenciones parlamentarias de los diferentes portavoces, tampoco el presente tema suscitó inquietud alguna, debido a la ausencia de observaciones al respecto.

En resumen, nos encontramos: (i) con una reforma de nuestro sistema de derechos reales realizada a golpe de Real Decreto-ley y su posterior convalidación; (ii) sin ninguna otra motivación que la relativa a temas estrictamente económicos sin atender a otros intereses jurídicos en juego; (iii) cuyo principal interés reside en trasponer una directiva comunitaria fuera de plazo; (iv) sin atender a la tradicional discusión jurídica acerca de la validez o no de las garantías financieras introducidas que son objeto de este trabajo (pacto marciano y fiducia *cum creditore*), ni a los posibles requisitos exigidos para dicha validez ni a las consecuencias de las mismas.

Las anteriores observaciones realizadas tienen una fácil crítica que es la consistente en que el Gobierno español actuó para observar los mandatos del legislador comunitario cursados en la Directiva. No obstante, también es cierto que el artículo 4.3 de la Directiva prescribe literalmente lo siguiente: «Los Estados miembros que no permitan la apropiación el 27 de junio de 2002 no estarán obligados a reconocerla».

En una primera lectura de la literalidad del artículo 4.3 de la Directiva, se puede deducir que sólo se está refiriendo a la apropiación del objeto de la garantía a favor del garante en el supuesto de ejecución de la obligación garantizada, lo que nos llevaría a analizar si en España se admitía a dicha fecha el pacto comisorio (la respuesta adelantada es no) o bien el pacto marciano (en nuestra opinión sí, aunque con ciertas cautelas que no se han

(4) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 7 de abril de 2005, núm. 81. Fuente: página web del Ministerio de la Presidencia: www.2mpr.es.

considerado por completo en el texto del RDL). Aunque una lectura más atenta nos hace colegir que dicha apropiación también se está refiriendo, en nuestra opinión, a la venta en garantía que se admite ahora de *lege data*, y que implica la existencia de un negocio jurídico fiduciario *cum creditore*, respecto del cual y como mínimo se afirma la inexistencia de transmisión de propiedad derivada del mismo y la existencia de una garantía subyacente.

Por ello, ¿cuáles han sido los motivos del Gobierno español para admitir expresamente la validez de un pacto marciano sin observar plenamente las cautelas exigidas por la doctrina y jurisprudencia española que ha estudiado con profundidad la prohibición del pacto comisorio? Esto es, ¿por qué no se ha hecho eco de esas cautelas, suponiendo a nuestro juicio, que una regulación del pacto de apropiación admitido sin tales cautelas pudiera haber dado lugar (con anterioridad a la aprobación de dicho RDL) a la inadmisión de dicho pacto en tales términos por un Tribunal español? y ¿por qué se acepta la transmisión de propiedad en la venta en garantía, si no se ha venido aceptando en la actualidad por la doctrina y Tribunales españoles?

Difícil dar respuesta a estos interrogantes, sin una motivación legislativa suficiente y sin un desarrollo parlamentario a través de enmiendas a la norma de reforma de nuestro sistema de derechos reales de garantía y máxime sin estar obligado por el legislador comunitario a la introducción de dichos cambios en los términos citados, sino viene por la adscripción en bloque a la parquedad de dicha motivación expuesta por el Gobierno, lo que no sucede en nuestro caso.

Pese a lo anterior, sí que puede extraerse una conclusión en relación con el fin perseguido en este tema con el RDL. Sin duda se produce con la introducción de dichos pactos un notable (por no decir, sobresaliente) reforzamiento de la posición jurídica del acreedor de la garantía financiera, el cual debería ser objeto de valoración y seguimiento a los oportunos efectos en cuanto al equilibrio y defensa de intereses de la correspondiente parte deudora.

II. EL PACTO MARCIANO Y EL PACTO *EX INTERVALLO*. SU VALIDEZ

La primera de las dos grandes cuestiones que son objeto de tratamiento en este trabajo es la positivización de una de las excepciones clásicas a la tradicional prohibición del pacto comisorio.

En este sentido, el artículo sexto del RDL estipula, en relación con las modalidades de operaciones de garantía y obligaciones financieras principales, la validez del acuerdo de garantía pignoratícia de conformidad con el régimen establecido para la prenda en los artículos 1.857 y siguientes del Código Civil, con las particularidades establecidas en la correspondiente sección del RDL.

Siendo indudablemente una de dichas particularidades, como dispone el artículo undécimo que:

«2. *Al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario podrá ejecutar las garantías financieras aportadas en virtud de un acuerdo de garantía financiera pignoratícia, en las condiciones previstas en el acuerdo de las maneras siguientes:*

- a) *Si se trata de valores negociables u otros instrumentos financieros, mediante venta o apropiación, de acuerdo, cuando corresponda, con el procedimiento previsto en el artículo decimoquinto y mediante compen-*

sación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales...

- b) Si se trata de efectivo, mediante compensación de su importe o utilizándolo para ejecutar las obligaciones financieras principales.

3. La apropiación sólo será posible cuando:

- a) Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y
- b) las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables».

Pues bien, esta posibilidad de apropiación del objeto de la garantía financiera supone, en nuestra opinión, un claro ejemplo de pacto marciano, entendido éste en términos generales, como el pacto entre deudor y acreedor consistente en que si no se atendiera el pago en el momento del vencimiento de la obligación principal, el acreedor podría quedarse en propiedad con la cosa, previa justa valoración de la misma, con deber de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada así *inter partes*.

Asimismo, al verse constreñida la posibilidad admitida por el RDL a que la apropiación se pacte en el momento de constitución de la garantía financiera, sin precisar que dicho pacto de apropiación ha de coincidir también con el nacimiento de la obligación financiera, entendemos que el nacimiento del pacto de apropiación se puede producir también después por lo que también se estaría admitiendo el llamado pacto *ex intervallo*, considerado válido para la prenda o hipoteca (art. 1.859 del Código Civil), pero no para la anticresis (art. 1.884 del Código Civil).

Resulta claro y meridiano en la doctrina y jurisprudencia española que el artículo 1.859 del Código Civil (*«El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»*), sanciona la prohibición del pacto comisorio en nuestro Ordenamiento Jurídico, decretándose la nulidad de dicho pacto y la validez del resto del contenido de la garantía en cuestión, aunque tradicionalmente se ha suscitado la duda acerca de la radicalidad de dicha prohibición, o bien, sobre si el Código Civil permite la existencia de pactos que no contradijeran el espíritu de dicha norma.

El claro ejemplo de dicho debate es lo que se denomina el pacto marciano (que debe su nombre al jurisconsulto romano Marciano que elaboró la correspondiente consulta) contenido en el Digesto 20,1,16,9 del siguiente tenor literal: *«Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian., ad form, hypoth)»* (5).

(5) El Digesto de Justiniano, Tomo II, Libros 20-36. Versión castellana por Álvaro D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972. Para ésta y otras traducciones del Digesto expuestas en este trabajo: *«Potest ita fieri pignoris datio hypotecaevae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio, et ita divas Severus et Antoninus rescripserunt»*.

En nuestro Derecho histórico, la prohibición del pacto comisorio se mantuvo firme, tal y como se observa en la Partida V, Título XIII, Leyes 41 y 42.

Pero en relación con el pacto marciano, expone con acierto FELIU REY (6), que «...dicho pacto fue ya contemplado en Digesto 20,1,16,9 y en nuestra opinión fue recogido en la Ley 41, Título V, Partida V: *Empeñando un ome a otro alguna cosa a tal pleyto, que si la no quitasse a dia cierto, que fuesse suya comprada, de aquel a que se la rescebio a peños: dando o pagando sobre aquello que auia dado quando la tomo a peños tanto quanto podria valer la cosa segund aluedrio de omes buenos: tal pleito como este debe valer, y en la Ley 12, Título XIII, Partida V, al señalar que: Pero si el pleyto fuesse puesto, de guisa, que si el peño no le quitasse, fasta dia cierto, el que lo empeño, que fuesse suyo, vendido, e del otro, comprado, por tanto precio, quanto lo apreciassen los omes buenos, tal pleyto, dezimos que valdria*».

Esto es, la valoración del objeto dado en garantía por terceros (omes buenos) en búsqueda del justo precio del mismo, se recogía en nuestro Derecho histórico de Partidas como elemento mitigador de la prohibición absoluta del pacto comisorio, criterio seguido después por autores clásicos como Luis DE MOLINA, FEBRERO y GUTIÉRREZ (7).

En realidad el análisis acerca de la admisibilidad del pacto marciano ha de realizarse teniendo en previa consideración los motivos de la prohibición

(6) Manuel Ignacio FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Primera edición, Civitas, 1995, págs. 43 y 44.

En esta obra se realiza un tratamiento excelente de las vicisitudes históricas concernientes a la prohibición del pacto comisorio, al cual nos remitimos. Así el citado autor (nota 28 de la pág. 34), también recoge como presupuestos de validez del pacto marciano los siguientes textos del Digesto. Digesto 13,7,24 donde se dice que «se proporcionó al acreedor acción de compra, como si la cosa le hubiese sido dado a causa de pago, con el fin de que se le satisfaga la cantidad de la deuda o el interés que tiene, y pueda el acreedor hacer la compensación si se le demanda con la acción pignoraticia o por otra causa», y Digesto 13,7,34 que literalmente expone lo siguiente: «*Habiendo prestado Ticio una cantidad a Sempronio, y aceptado por ello un fundo en prenda, cuando se disponia a venderlo, porque no se le pagaba, Sempronio le pidió poder quedarse con el fundo como comprado por un determinado precio, y al conseguirlo, otorgó documento en el que declaraba haber vendido el fundo al acreedor. Preguntó si el deudor puede revocar esta venta ofreciendo la cantidad y los intereses que debía. Respondió Marcelo que, según los términos del caso propuesto, no podría revocarla*». Coincidimos con el citado autor, que se trataría de un pacto comisorio *ex intervallo*.

(7) FELIU REY (págs. 44 y 45 y sus notas 48-50) recoge la opinión de estos autores del siguiente modo:

«*En este sentido, con apoyo en las opiniones de Bartolo, Panormitano, Covarrubias y Navarro, señalaría Luis de Molina la validez de dicho pacto marciano cuando mediara justo precio, si bien aconsejando la no celebración de los mismos.*

También Febrero, posteriormente (en 1789), tras negar con carácter general la validez del pacto comisorio basándose en las Partidas, admitiría la corrección introducida por justo precio fijado por peritos.

Así, con el recurso al peritaje de un tercero, se evitaba la aplicación de las Leyes 41 y 42 del Título XIII, Partida V, que imponían la venta en almoneda pública, con lo cual los autores citados imprimen una visión dinámica y económica al Derecho, respetando al tiempo la doctrina canónica plasmada en la exigencia del precio justo y la especial referencia a la usura (entendida como mutuo retribuido).

En este sentido, también Gutiérrez, al afirmar que "no hay en este caso los peligros que acompañan al pleito comisorio, porque apreciada la cosa se le da el valor que le corresponde; el acreedor recibe el importe de la deuda y el deudor toma lo restante".

general del pacto comisorio, puesto que tales motivos de prohibición son los que de hecho abren la puerta de la validez al pacto marciano.

En este sentido y de forma muy resumida (8), los principales argumentos esgrimidos han sido los siguientes:

- (i) El estado de necesidad del deudor, que impide al acreedor aprovecharse de una hipotética situación angustiosa del deudor para exigirle una garantía desproporcionada, por lo que dicho pacto ha sido calificado de inmoral, aunque la inmoralidad ya tiene su sanción en el artículo 1.255 del Código Civil.
- (ii) La desnaturalización de las garantías, ya que las mismas no están conceptuadas en nuestro Código Civil (art. 609) como un modo de adquisición de la propiedad (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1996).
- (iii) La defensa de terceros y el principio de la *par conditio creditorum*, aunque frente a esta tesis se ha propuesto que existen otros remedios que el Ordenamiento Jurídico ofrece para garantizar esta defensa, principalmente el artículo 1.111 del Código Civil.
- (iv) La tan criticada visión procesalista de la cuestión, que aboga por la imposibilidad de autosatisfacción.
- (v) El interés general o social en reprobar una práctica generalizada del pacto comisorio.

No obstante y en nuestra opinión, la validez del pacto marciano admitida por nuestra doctrina, se realiza sobre una conceptualización del mismo que impide la crítica absoluta de su validez en relación con los citados argumentos contrarios a su prohibición.

Ya DE DIEGO (9) afirmó la admisibilidad del pacto marciano al afirmar que: «*Queda, pues, consignada la prohibición del pacto comisorio, sin que quepa incluir en el ámbito del mismo el convenio por el cual el acreedor y deudor acuerdan que la cosa pasará a poder del primero cuando se incumpla la deuda previa "justa estimación"*».

ALBALADEJO (10) se pronuncia en torno a la validez del pacto marciano al decir que: «*De cualquier forma que se considere preferible resolver la admisibilidad o no del pacto comisorio, de lo que no hay duda es de que si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda efectivamente fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para que deba rechazarse el pacto por el que se establezca que el acreedor, si el deudor incumple, la haga suya por lo que valga realmente (con abono de la eventual diferencia en más). Así, en el caso de tratarse de bienes con un precio determinado en el mercado*».

(8) Véase en esta materia, las causas citadas (junto con doctrina y jurisprudencia aplicable al efecto) por Ramón DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, 1998, págs. 99 y sigs., y por FELIU REY, vid., *op. cit.*, págs. 66 y sigs.

(9) DE DIEGO, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, revisado por DE COSSIO y GULLÓN, t. I, Madrid, 1959, pág. 535.

(10) Manuel ALBALADEJO, «Derecho Civil III», *Derecho de Bienes*. Volumen segundo. *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, 5.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1983, págs. 233 y 234.

(En la nota 9 a pie de la página 233, explica ALBALADEJO el rechazo al valor fijado por las partes, de la siguiente manera: «*En cuanto a que el valor de la cosa haya sido fijado por las partes al establecer la garantía, es sistema que ofrece los mismos riesgos que la admisión del propio pacto comisorio, ya que por iguales razones que el deudor se vea forzado a aceptar éste, puede verse forzado a consentir en que se fije a aquélla —valiendo más— un valor igual (para justificar su apropiación íntegra, si se incumple) al de la deuda garantizada.*

Solución ésta que se consigue estimando que en tal caso no existe pacto comisorio, o si se estima que sí, pensando que el que hay no es de los que según el espíritu de la ley están prohibidos (que lo serían aquellos en los que se pacte la apropiación de la cosa por el acreedor, valga lo que valga). Confróntese sobre el particular, la sentencia de 27 de marzo de 1926, que llega sustancialmente a la conclusión propugnada, pero por diferentes razonamientos, y la de 1 de marzo de 1930, que juzgó un caso resolviéndolo en el sentido aquí propugnado».

Así, ALBALADEJO estima la validez del pacto marciano cuando éste no conlleve un perjuicio para el deudor en estado de necesidad, para lo cual propugna la necesidad de que se haya procedido a una valoración objetiva a precio fijado por el mercado, o bien, se atengan las partes a la realizada con carácter independiente. Postura a la que nos adscribimos plenamente.

En relación con el pacto *ex intervallo*, ALBALADEJO continúa diciendo que: «*Aún cabe preguntarse si el pacto comisorio será válido cuando, en vez de establecerlo al constituir la obligación y la garantía (que es en el momento en el que pueden jugar decisivamente los peligros por los que el pacto se prohíbe, como el de no conceder el crédito si no se aviene el futuro deudor al pacto comisorio), se acuerda para una garantía que se establezca existiendo ya la obligación, o para un caso en el que ya existían obligación y garantía, pero después (por ejemplo, a la vista del próximo momento de pago y habida cuenta del similar valor de deuda y cosa) los interesados convienen que si el deudor no cumple, el acreedor se quede la cosa en propiedad.*

Entonces pueden estimarse suprimidas las razones básicas para prohibirlo. Aunque queda el riesgo de simulaciones (así documentos otorgados a la vez, pero con distintas fechas), por las que aparezca como celebrado después de un comisorio realmente coetáneo a la contracción de la obligación.

De cualquier forma, la letra de nuestra ley, al prohibir expresamente el pacto, en el artículo 1.884, y al decir, en el 1.859, que el acreedor no puede apropiarse la cosa, alcanzaría también al supuesto en cuestión. Mas, parece que cabe entender que como la prohibición de comisorio no se dicta en contemplación de él, su espíritu no le alcanza. Y entonces sería válido por aplicación general de libertad de pacto. En cuanto al riesgo de simulación, es algo común a todas las figuras jurídicas.

Por último, lo que no ofrece duda es que una vez incumplida la obligación, el acreedor y el dueño de la cosa pueden acordar que aquél se quede ésta en satisfacción de la deuda».

En nuestra opinión, son correctas las apreciaciones del profesor ALBALADEJO en cuanto a la validez del pacto *ex intervallo*, aunque discrepamos en lo siguiente: el estado de necesidad del deudor no ha de ponderarse tan sólo en el momento de constitución de la obligación y de la garantía, sino que también ha de tenerse en cuenta en el posterior devenir, puesto que es posible que un deudor cuya solvencia financiera haya disminuido notablemente tras la constitución de la obligación garantizada, pretenda ante la necesidad de liquidez, la constitución de otra garantía cuyo objeto sea la posible apropiación del bien por el

acreedor ante el correspondiente incumplimiento. Es decir, en este supuesto consideramos igualmente aplicables los principios antes expuestos para la admisibilidad del pacto marciano, a saber, la existencia de una valoración de mercado u objetiva con carácter independiente y obligación de devolución del sobrante al deudor.

GUILARTE ZAPATERO (11) trata el particular del siguiente tenor: «...*Se puede así generalizar que será válido el pacto por el que se acuerda que, incumplida la obligación, el acreedor se adjudicará la cosa, valorada con arreglo a criterios objetivos, limitándose a compensar el valor de aquélla con el de la deuda, en la concurrencia de ambos, y, como señala Albaladejo, con abono de la eventual diferencia en más. Más dudoso resulta el acuerdo en el que se establece que, incumplida la obligación, el acreedor, en pago de la misma, se apropiará de la cosa por la valoración fijada por los interesados al constituir la garantía. Se ha observado que en el supuesto se dan los mismos riesgos que derivan del propio pacto comisorio, ya que por iguales razones por las que el deudor se ve forzado a aceptar éste, puede verse obligado a consentir en que se fije valoración igual a la representada por la deuda siendo superior a ésta. Ciertamente, el riesgo existe, pero generalizar sin más la ineficacia del expresado acuerdo, aunque se ponga de manifiesto que la valoración fue ponderada y justa, puede resultar contrario a los propios y verdaderos deseos de los interesados, cuya decisión parece sustituida por una solución fundada en circunstancias carentes de realidad.*»

De nuevo este autor admite la validez del pacto marciano, con lo que coincidimos plenamente, ahora bien, consideramos que la valoración objetiva ha de mantenerse para lo que estimamos que correcto el planteamiento tendente a mantener que la valoración o es fijada por el mercado, o bien, se realiza con criterios independientes por un tercero, puesto que la valoración efectuada por las partes puede dar lugar a la introducción de elementos subjetivos que pudieran perjudicar en la generalidad de los casos la posición del deudor, por lo que al ser ésta una excepción a la prohibición del pacto comisorio, estimamos conveniente eliminar cualquier atisbo de duda en cuanto a la inexistencia de desequilibrio contractual, para admitir el correspondiente pacto marciano.

En cuanto al pacto *ex intervallo*, GUILARTE ZAPATERO opina lo siguiente: «*El otro problema está en relación con el tratamiento que debe dispensarse al pacto comisorio que se acuerda en el momento de constituirse la garantía, si bien teniendo existencia anterior a tal momento la obligación que se pretende asegurar, o al que se conviene con posterioridad al nacimiento de ambas. A favor de su validez, por la que se inclinan De Buen y Albaladejo, se argumenta que las circunstancias de las que deriva el riesgo del perjuicio para el deudor, en atención al que se prohíbe el pacto, no están ya presentes cuando éste se acuerda con posterioridad al nacimiento de la obligación y al de constitución de la garantía. En contra, se aduce sobre todo el riesgo de simulación, haciendo aparecer el documento el pacto de que se trata como posterior, cuando en realidad fue coetáneo con el nacimiento de la obligación y, por tanto, en condiciones adversas para el deudor. A mi juicio, tal riesgo de simulación no es suficiente para privar de validez general el pacto comisorio celebrado en el momento que se considera; naturalmente, si se acredita la realidad de la simulación, el acuerdo será privado*»

(11) Vicente GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXIII. Artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, págs. 460-462. Editorial de Derecho Privado, 1990 (comentario al art. 1.859).

de eficacia... Por lo que, si no se acredita la inmoralidad del pacto comisario constituido en el momento posterior al nacimiento de la obligación o de la garantía, debe prevalecer su validez».

De nuevo coincidimos en la apreciación de validez del pacto *ex intervallo*, aunque como hemos apuntado anteriormente, los requisitos de objetividad propugnados en aras de admitir la validez del pacto marciano, han de tenerse en cuenta también en este supuesto.

Por otro lado, DURÁN RIBACOVA (12) se pronuncia del siguiente modo: «...*Me refiero a los pactos marciano y ex intervallo, cuya permisión se realiza sobre la base de sus concretas circunstancias que aminoran el peligro de la fórmula.*

El primero permite formas ejecutivas extrañas a los cauces formales establecidos, aspecto en que quiebra con la prohibición, pero a partir de su justo precio. Ello implica que los derechos del deudor y de los demás acreedores quedan salvaguardados, máxime cuando los resultados económicos suelen ser mucho más fructíferos que los procedimientos de la ejecución. En el caso de que haya sobranante, se revierte al deudor.

La valoración ha de ser objetiva (en relación con la valoración, este autor afirma lo siguiente en la nota 17 de la pág. 71 de la obra citada: "Con respecto a la valoración ha de observarse con especial cautela. Una simple compraventa del objeto al acreedor, no justifica de por sí el justiprecio, máxime cuando el precio vil no funda de suyo la nulidad de la compraventa, pese a que constituye su causa. Luego el hecho puede dar pie a numerosas maniobras fraudulentas, que deben ser observadas con las necesarias cautelas, aunque con prudencia para no restringir más allá de lo razonable la libertad de contratación de las partes") para lo que se requiere intervención imparcial de un tercero. Una simple valoración de las partes difícilmente puede admitirse, salvo que se ajuste a las condiciones del mercado. Este pacto que cuenta con los antecedentes históricos debidos a su autor, ha sido generalmente admitido en el Derecho continental y en el español, por mucho que se contrarie la visión procesalista del impedimento del pacto comisario, pues las formalidades de la ejecución de las garantías no puede olvidarse que se mantienen por la defensa de los intereses de los participantes e interesados en el hecho, los que resultan incólumes en el presente caso».

En este sentido, las notas para la admisibilidad del pacto marciano ofrecidas por este autor residen en: la existencia de una valoración objetiva del bien garantizado realizada por un tercero para que éste vea satisfecho el importe de su crédito, debiendo rembolsar el correspondiente excedente al deudor.

En relación con el pacto *ex intervallo*, continúa pronunciándose este autor del siguiente modo: «*En cuanto al segundo, es el acuerdo que se pacta una vez establecida la garantía, pero antes de su vencimiento. Generalmente se ha entendido que la secuencia cronológica evita la necesidad del deudor pero me parece un argumento vacío de contenido mientras no tenga un reflejo de justicia material, pues muy fácilmente cabe introducirlo después con fraude. Por eso resulta necesario mantener las condiciones equitativas de las partes también en ese instante».*

En nuestra opinión, con buen criterio DURÁN RIBACOVA también considera aplicables al pacto *ex intervallo*, los principios de equitatividad de las partes predicados para el pacto marciano, puesto que puede proseguir el estado de necesidad del deudor.

(12) Vid. *op. cit.*, págs. 71 y 72.

FELIU REY (13) también defiende la validez del pacto marciano con apoyo en la doctrina al decir que: «*La realidad es que el criterio mantenido desde antiguo por nuestros autores ha sido proclamar la licitud de este pacto marciano, tradición contemplada modernamente por nuestra doctrina, pudiendo citar, entre otros, a De Diego, Díez-Picazo y Gullón, Albaladejo, Guilarte Zapatero, Capilla y últimamente Gete-Alonso... y Bouza Vidal... Participando del mismo criterio se encuentran igualmente Vidal Martínez y Carames... Consiguientemente, cuando el pacto sea fruto de la libre decisión de las partes contratantes (teniendo en cuenta que la realidad económica imprime un cierto relativismo a dicha libertad), no existiendo una notable desproporción entre las prestaciones (deuda y valor del bien objeto del pacto comisorio), debemos admitir la validez del mismo...*». Pronunciándose igualmente FELIU REY (14) en cuanto a la validez del pacto *ex intervallo* al manifestar que: «*Contemplando la redacción de los textos español y francés podemos admitir el pacto ex intervallo celebrado incluso con anterioridad al vencimiento de la deuda, siempre que concurren las condiciones de equilibrio de las prestaciones y libertad contractual en ambas partes; es decir, siempre que estemos ante la corrección del pacto marciano*».

Por último, y pese a las afirmaciones de validez del pacto *ex intervallo* realizadas anteriormente, otros autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (15) niegan la posibilidad del mismo al afirmar que: «*La nulidad debe predicarse del pacto comisorio aunque se convenga después de la constitución de la garantía, cuando no haya peligro de que el pignorante o hipotecante lo ha tenido que aceptar por la situación angustiosa de obtener un crédito al precio que sea. El perjuicio ínsito en la estipulación para los demás acreedores es manifiesto*».

Con anterioridad, también DE DIEGO (16) se mostró contrario al pacto *ex intervallo* diciendo que: «*Ha de estimarse, por el contrario, prohibida la cláusula comisoria añadida después de la constitución*».

Pues bien, de acuerdo con lo anteriormente ya apuntado, nuestra opinión es favorable a la admisión del pacto marciano y del pacto *ex intervallo*, que se introducen en el artículo undécimo del RDL, aunque creemos que dicha admisión debería haberse efectuado observando la totalidad de las cautelas doctrinales expuestas. Esto es, validez del pacto de apropiación cuando no perjudique los intereses de la parte deudora ni suponga un aprovechamiento del estado de necesidad de la misma.

En este sentido, hemos de recordar que según el artículo séptimo del RDL: «*El objeto de la garantía financiera que se aporte debe consistir exclusivamente en:*

- a) *Efectivo, entendiéndose por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa.*
- b) *Valores negociables y otros instrumentos financieros, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos».*

(13) Vid. *op. cit.*, págs. 90, 91 y 95, donde se pueden consultar las referencias bibliográficas de la doctrina citada por este autor.

(14) Vid. *op. cit.*, pág. 102.

(15) Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil». Volumen III. *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tecnos, 5.ª ed., pág. 501, Madrid, 1992.

(16) Vid. *op. cit.*, pág. 535.

Evidentemente, las citadas cautelas de validez que consisten principalmente en una valoración objetiva del bien dado en garantía y susceptible de apropiación, así como la devolución del excedente al deudor ejecutado han de observarse en estos acuerdos de garantía financiera en los que se prevé la apropiación del bien dado en garantía ante el incumplimiento del deudor. Debiendo valorarse para la admisibilidad de dicho pacto que no exista una desproporcionalidad entre el valor de la deuda y del bien dado en garantía.

La cautela más problemática quizá, resulte la de la valoración objetiva del bien dado en garantía. En este sentido, el artículo undécimo del RDL sólo prevé como requisito de validez del acuerdo que la posibilidad de apropiación se haya realizado en el seno de dicho acuerdo y que las partes hayan previsto las modalidades de valoración, lo cual puede dar lugar a una situación de ruptura de equilibrio de las prestaciones cuando la valoración no cumpla la objetividad propugnada, la cual, para evitar cualquier atisbo de duda, debería ser realizada por un tercero ajeno a las partes.

Cabe señalar en este momento, que cuando los valores negociables sean cotizados, la cuestión de la valoración objetiva de los mismos no constituirá en sí un verdadero problema debido a la liquidez inmediata del valor negociable cotizado en cuestión. No obstante, en estos casos cabe dudar si el verdadero interés perseguido por la entidad acreedora es ser propietaria de dichos valores cotizables, puesto que sin duda dicha liquidez inmediata hacen que pueda resultar verdaderamente más atractiva la venta directa de los valores negociables y la satisfacción del acreedor con el producto de la misma que apropiarse de los valores.

En relación con lo anterior, Adolfo PRÍES PICARDO (17) se pronuncia del siguiente modo: «...Precisamente por la existencia de precio objetivo de mercado para la venta de los valores negociables es por lo que se puede mantener la posibilidad de un pacto marciano, por el que el acreedor se adjudicará la cosa sin que hubiera un perjuicio para el deudor. A diferencia del pacto comisario, no se trata de que el acreedor se adjudique la cosa en pago de su crédito obteniendo una plusvalía al ser mayor el valor de la garantía que el del crédito, sino de un pacto por el que el acreedor, si el deudor no cumple su prestación, pueda hacer suyos los valores al precio de mercado, con la obligación de devolver al deudor el exceso de valor que, en su caso, éstos tuvieran sobre la deuda garantizada. El problema que presenta el pacto marciano: de cuál es la valoración de la cosa dada en garantía y cómo se fija esta valoración, queda resuelto en el caso de los valores negociables en mercados al existir una cotización oficial para los mismos.

Se duda también de la licitud del llamado pacto ex intervalo, es decir, de un pacto comisario pactado, no en el momento del otorgamiento del crédito y la constitución de la garantía, sino en un momento posterior; ya que se entiende que la situación de necesidad del deudor ha podido ser superada —lo que en muchos casos es simplemente ilusorio—. Parece en principio que, tanto el llamado pacto ex intervalo se realice una vez nacido el crédito pero antes del vencimiento del mismo como si se realiza tras el vencimiento del crédito (lo que equivaldría a una dación en pago), la condición de su admisibilidad radica en la valoración objetiva de los bienes, dados en prenda que equilibrare las prestaciones de los otorgantes.

(17) Adolfo PRÍES PICARDO, *Prenda de valores cotizables*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI, Mercantil, Volumen 4.º *Los Contratos*. Consejo General del Notariado. Ed. Thomson-Civitas, 2004.

Creemos que, ya se trate de pacto comisorio, pacto marciano, ex intervalo, o dación en pago, en el caso de valores negociables en mercados no será necesario acudir a este tipo de pacto para que el acreedor obtenga la satisfacción de su crédito (en condiciones de equilibrio de prestaciones); pues ésto hace mucho más interesante la venta inmediata de los valores y su conversión en dinero que la adjudicación de los mismos».

Por ello, cuando dicho valor negociable no esté cotizado, esta valoración objetiva ha de ser realizada, en nuestro juicio, por un tercero independiente, por los motivos anteriormente expuestos, por lo que nos parece parca la regulación a estos efectos del artículo undécimo del RDL.

En suma, una posibilidad, la de la apropiación de la garantía, acertada en nuestra opinión puesto que en el ámbito de los valores negociables e instrumentos financieros cotizados la valoración objetiva para afirmar su validez viene dada por la liquidez propia del valor, aunque en el campo de los valores negociables e instrumentos financieros no cotizados, debería constar como requisito de admisibilidad la valoración del bien dado en garantía realizada por expertos independientes.

No bastando a estos efectos, la mera previsión de valor de mercado realizada por el artículo decimotercero del RDL que establece que: «...Para ello, y sin perjuicio de los procedimientos que las partes hubieran pactado, las valoraciones y cálculos necesarios se habrán de ajustar al valor actual de mercado de los valores negociables aportados como garantías».

Volvemos a reiterar en este momento, que pese a la existencia de una valoración objetiva en los términos expuestos, este pacto de apropiación no debería ser admisible cuando el importe de la correspondiente valoración (por muy objetiva que sea) fuera notablemente superior al de la obligación garantizada, supuesto este que nos llevaría a pensar del más que probable abuso del estado de necesidad del deudor al concertar este pacto.

Por último y al hilo de lo anterior, cabría apuntar una reflexión adicional: ¿cómo influirá esta posibilidad introducida por el RDL consistente en apropiaciones del bien, dada en garantía en otros sectores del tráfico jurídico-económico, no regulados por el RDL?

¿Cuál será la respuesta ante este tipo de cláusulas, tradicionalmente mal acogidas desde una afirmación absoluta de la prohibición del pacto comisorio? Difícil dar una respuesta a estos interrogantes, los cuales deberán ser tratados al amparo de la práctica cotidiana y desde una flexibilización en la rigidez de la llamada prohibición del pacto comisorio.

III. LA VENTA EN GARANTÍA COMO FIDUCIA *CUM CREDITORE* ES UN NEGOCIO SIMULADO

Si con cautelas ha de admitirse la reforma introducida por el RDL tratada en el apartado anterior de este trabajo, con absoluto rechazo ha de enjuiciarse la segunda de las novedades tratadas, o sea, la validez de la venta en garantía en el ámbito regulado por el referido RDL.

Así el artículo sexto del RDL prevé lo siguiente: «1. Las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía...».

Desde una primera aproximación ya podemos adelantar que el RDL viene a configurar la validez de la transmisión operada como garantía, apartándose

de la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la más moderna doctrina, donde se niega los efectos traslativos de dicha venta al operar como una garantía, afirmándose por ciertos autores (con los que coincidimos plenamente) que estamos ante negocios jurídicos simulados.

Recientemente, ALBALADEJO (18) ha vuelto a escribir sobre el carácter simulado de los negocios fiduciarios (reiterando el abandono de sus tesis de juventud y volviendo a admitir las tesis del profesor DE CASTRO) (19).

Así y de forma gráfica, introduce el tema en cuestión (20): «*Esto es así, en España los valedores del negocio fiduciario en la doctrina después de De Castro se han quedado muy en cuadro porque aparte de que Garrigues (21) ha muerto, es que su monografía es anterior a la obra de De Castro y, por otro lado, desde donde ahora están ambos y Jordano, Garrigues habrá visto la verdad de las cosas y se habrá sumado a la opinión de De Castro. Sin embargo, no deja de ser cierto que todavía hay autores que siguen creyendo en el negocio fiduciario, lo que es como creer que un cadáver está vivo, si bien muchos de los que tal hacen no hacen más que repetir lo de la realidad del negocio fiduciario porque lo toman de otros, pero sin mayor ahondamiento del tema.*

En definitiva, que hoy el negocio fiduciario donde parece tener más asentamiento no es en los libros, sino en la jurisprudencia de la Sala primera del TS, si bien es verdad que, por un lado, ahondando las sentencias, se ve que en gran parte, aunque lo aceptan de palabra, no admiten de hecho el negocio fiduciario verdadero, y, por otro lado, es que las modernas han comenzado a dudar de él o a abandonarlo...».

Como he apuntado, me adscribo totalmente a las tesis de DE CASTRO y de ALBALADEJO que consideran que el negocio fiduciario (tal y como expondremos brevemente) se trata de un negocio simulado.

Aunque desde ahora realizo una observación a las citadas palabras de ALBALADEJO, no sólo a esos pocos autores que aún afirman la validez del negocio fiduciario (22), ni a esas sentencias del Tribunal Supremo que ancladas en posiciones pasadas (teoría del desdoblamiento de propiedades —formal y material—, teoría del doble efecto y teoría de la validez de la *causa fiduciae*) siguen considerando válido al negocio fiduciario (aunque sin admitir la plena transmisión de propiedad del bien), sino al legislador español tras la publicación del RDL, son a quienes deben dirigirse las conclusiones de la invalidez del negocio fiduciario, al consistir éste en un simple negocio simulado.

Así pues, con la introducción de dicha figura en el RDL, parece que ha de renacer el interés por afirmar, como crítica a dicha introducción, el carácter simulado del negocio fiduciario.

ALBALADEJO (23) propone el siguiente esquema válido de lo que es un negocio fiduciario:

«*Como es sabido por negocio fiduciario se entiende aquél por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa (que es más amplia) el fin*

(18) Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación*, Madrid, 2005.

(19) Federico DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967.

(20) Vid. *op. cit.*, págs. 91 y 92.

(21) ALBALADEJO se está refiriendo a la obra cumbre de GARRIGUES en esta materia: *Negocios jurídicos fiduciarios en el Derecho Mercantil*, 1976.

(22) ALBALADEJO cita a DE COSSÍO, LACRUZ-LUNA, VIDAL MARTÍNEZ, SANTOS BRIZ, GETE-ALONSO CALERA y Nuria GINÉS, vid. *op. cit.*, cita 3 ter de la pág. 91.

(23) Vid. *op. cit.*, págs. 92 y 93.

perseguido, obligándose, a la vez, el que la recibe, a usar de ella sólo dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido. Por ejemplo, A (que recibió de B un préstamo) por razones de comodidad, transfiere a B la propiedad de un objeto, con el fin de que sirva de garantía a éste por el préstamo hecho; comprometiéndose B a retransmitírselo, cuando le sea devuelta la cantidad prestada, y a no disponer de la cosa entretanto. La atribución realizada (transmisión de la propiedad del objeto a B) sobrepasa el fin perseguido (constituir una garantía a favor de B), pues ese fin se hubiese obtenido, por ejemplo, con sólo dar a B el objeto en prenda (sin necesidad de transmitirle su propiedad)».

El análisis perfecto que realiza de dicho esquema es el siguiente (24):

«Por alguna doctrina y sentencias que luego veremos, se asegura que la parte exterior del negocio no es simulada sino verdaderamente querida, pues se desea efectivamente transmitir. Pero en mi opción hay que mantener: 1.º Que la parte exterior del negocio fiduciario no es verdaderamente querida (esto es lo que pienso contra quienes dicen que sí lo es, a diferencia del simulado, que añaden que no lo sería), sino que ambas partes exteriores, de negocio fiduciario y de negocio simulado (que no son lo mismo) son queridas, pero no en el sentido de serlo en sí, sino de serlo para que oculten el verdadero negocio (el interno fiduciario o disimulado). 2.º Que decir que en la parte externa del negocio fiduciario se quiere verdaderamente la transmisión real, pero para que sea recibida dentro de los límites puramente obligatorios de la parte interna del negocio, es una contradicción porque esta parte no es que matice la transmisión real o la limite aunque sólo con eficacia obligatoria, sino que pura y simplemente revela que aquélla no es querida. Esto es así hablando en abstracto, pero es que además en la vida real las partes intervinientes, en particular el enajenante, en un negocio fiduciario, no se proponen nunca la transmisión, es decir, nunca tienen verdadera voluntad transmisiva, sino sólo propósito de dar en garantía o en administración, etc. Con lo que resulta que no vale el negocio exterior por falta de consentimiento (art. 1261.1.º). Y si aun esto fuera así, seguiría sin valer por falta de causa (art. 1261.3.º), porque la de garantía, administración, etc., no es causa suficiente para fundamentar la transmisión. Y si aun tampoco fuera así, seguirían sin valer todos los negocios fiduciarios montados como compraventas fiduciarias (carácter este que se oculta al otorgar el contrato), porque no siendo queridas realmente como compraventas ni habiendo de verdad precio, sólo podrán valer (art. 1.276), no como el negocio que aparentan ser ni como transmisión basada en otra causa, sino como el negocio que encubran, que no siendo de transmisión no serviría para mantener ésta».

Esto es, también en nuestra opinión, la venta en garantía como negocio fiduciario no supone más que la existencia de un negocio simulado en el que no es válida la transmisión de propiedad que se ha pretendido operar por inexistencia de consentimiento y de causa onerosa, puesto que el verdadero fin pretendido es la constitución de una garantía, negocio interno que será válido si su causa es lícita.

No obstante dicha afirmación, es cierto que aún la Jurisprudencia sigue siendo reticente a calificar el negocio fiduciario como un negocio simulado (en nuestro juicio, al ser rehén de antiguas posiciones que afirmaban la vali-

(24) Vid. *op. cit.*, págs. 96 y 97.

dez del mismo y de los efectos transmisivos pretendidos, aunque mantenga por otro lado la invalidez de la teoría del doble efecto) (25).

Aunque se notó un cierto cambio de rumbo en la misma, sobre todo, a raíz de la acertada sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999/4474), donde se afirma que lo que realmente se convino por las partes fue un negocio simulado que encubría una garantía de la devolución de las cantidades adeudadas.

Así dicha sentencia se pronunció acertadamente al respecto del siguiente tenor literal: «...*En el presente caso, por más que se hable de negocio jurídico fiduciario en la sentencia de instancia, que no le aplica los efectos que según la doctrina le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiesta que lo han celebrado sin verdadero ánimo vendendi. La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento, garantía de devolución de las cantidades adeudadas. Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo-vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y ésta no consiste sino en hacer suyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido con antiguos precedentes, en nuestro Derecho en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil.*»

No obstante lo anterior, desafortunadamente no termina de afianzarse dicha postura, puesto que el Tribunal Supremo en sus recientes sentencias continúa afirmando la validez del negocio fiduciario y su carácter no simulado (26).

El efecto más negativo para el fiduciante, según el esquema expuesto, es que declarada la inexistencia de una compraventa y sí de una garantía real atípica —verdadero negocio querido por las partes—, éste no podrá esgrimir su verdadero derecho de propiedad frente a tercero de buena fe y a título oneroso que haya adquirido del fiduciario que se extralimite en su derecho (27).

Lo anterior nos lleva, al menos, a recordar en el ámbito de la calificación del tercer adquirente a título oneroso como de buena fe (ex art. 34 de la Ley Hipotecaria), que el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido denegar la inscripción de los negocios fiduciarios, basándose sobre todo en el carácter imperativo de los preceptos de ejecu-

(25) En este sentido, se puede examinar toda la Jurisprudencia analizada por ALBALADEJO en torno a la calificación o no del negocio fiduciario como negocio simulado. Vid. *op. cit.*, págs. 94 y sigs.

(26) En esta línea cabe citar entre las más recientes, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2003/4462) y la también sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (*RJ* 2004/2603).

(27) En cuanto al resto de la problemática derivada de las relaciones entre fiduciante, fiduciario, terceros acreedores y terceros adquirentes nos remitimos (al exceder el ámbito de este trabajo) a las recientes reflexiones al respecto expuestas por ANTONIO PARA MARTÍN, «En torno a la fiducia *cum creditore*», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Derecho Civil, Parte General, Thomson-Civitas, 2003.

PARA MARTÍN también acoge la postura de la simulación al afirmar (pág. 736) lo siguiente: «*En mi opinión la venta en garantía es siempre un negocio simulado que encubre otro disimulado, calificable de fiduciario que establece un derecho real atípico de garantía.*»

ción extrajudicial de la hipoteca, así como en la prohibición del pacto comisorio (28).

Al hilo de lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la vez que niega la efectiva transmisión de propiedad, también se pronuncia sobre un requisito de validez de la garantía interna en este tipo de negocios al expresar la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2002 (RJ 1174/2002) que: «...efectivamente el pacto comisorio si bien el artículo 1.859 se refiere expresamente a la prenda e hipoteca, como negocio prohibido también resulta aplicable a los negocios de transmisión en garantía (sentencias de 21-3-1969 [RJ 1969, 1520], 22-12-1988 [RJ 1988, 9748], 28-6-1994 y 15-6-1999 [RJ 1999, 4474])...» (29).

Es decir, si conforme a la tesis propuesta el negocio interno constituido es una garantía real atípica (no existiendo pues transmisión de propiedad por la nulidad del negocio externo), el acuerdo de garantía financiera consistente en la transmisión de propiedad del bien dado en garantía debería respetar también las cautelas establecidas por el RDL que se aplican a la garantía financiera pignoratícia en la que se haya pactado la apropiación del bien dado en garantía ante el incumplimiento de la obligación garantizada. Esto es, que se haya pactado la apropiación por las partes y que se haya acudido a un sistema de valoración objetiva del bien dado en garantía, todo ello en los términos expuestos en el apartado anterior de este trabajo.

En suma y en nuestra opinión, estas ventas en garantía que positiva el RDL son auténticos negocios simulados en los que no existe transmisión de propiedad y sí una garantía que para evitar la aplicación de la prohibición del pacto comisorio han de cumplir también con los requisitos exigidos en el propio RDL para las apropiaciones del bien dado en garantía, no olvidándose que cuando estemos ante valores negociables no cotizados debería recurrirse a la valoración que ofreciere un tercero independiente ante la ausencia del precio objetivo de cotización que ofreciere el correspondiente mercado.

Al igual que para la apropiación en garantía, habrá que estar también al devenir de la práctica jurídica para ver el desarrollo de la admisibilidad de la venta en garantía que realiza el RDL, así como su influencia en otros sectores

(28) En este sentido, GÓMEZ GALLIGO, «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, 1992-3.º, XXXIII.

(29) FELIÚ REY (vid., *op. cit.*, págs. 134 y 135) recoge opinión doctrinal que se ha hecho eco de la aplicación de la prohibición del pacto comisorio en las ventas en garantía, al afirmar lo siguiente: «Una segunda corriente parte de la consideración de la fiducia en garantía como auténtico derecho real de garantía, y así no faltan en nuestra doctrina autores que propugnen la aplicación analógica del artículo 1.859 del Código Civil, como por ejemplo Jordano Barea, Lacruz y Puig Brutau, y más recientemente Carrasco Perera, al señalar que: "la ratio de la norma (art. 1.859 del Código Civil) exige su aplicación analógica a todo supuesto donde se presente una facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor casualizada al impago de un débito simultáneo o anterior al contrato donde se pactó la facultad de apropiación, siempre que el mecanismo así utilizado ponga en peligro el interés que el artículo 1.859 trató de salvaguardar: que la presumible situación de indigencia del deudor (quod plerumque accedit) no permite que el acreedor retenga en propiedad un bien de valor notablemente superior al nominal del débito, en perjuicio tanto del propio deudor como del resto de los acreedores, a los cuales no les quedaría en ningún caso posibilidad de satisfacer sus créditos sobre ese concreto bien". Más radicalmente señala Gete-Alonso: "¿qué más pacto comisorio que el no aceptar, de entrada el acreedor, una garantía típica y querer la propiedad?..."»

de nuestro tráfico jurídico y económico que no son objeto de regulación por dicho RDL.

IV. CONCLUSIONES

Bastantes son las novedades jurídicas que ofrece el RDL como, por ejemplo, la desaparición de la intervención del fedatario público en este tipo de garantías financieras y que son dignas de análisis en otros trabajos. En éste hemos querido simplemente exponer dos de dichas novedades que en nuestra opinión son sumamente importantes, como son la apropiación del bien dado en garantía y la venta en garantía, analizando solamente los aspectos más relevantes en cuanto a la naturaleza jurídica de las mismas.

Así, la regulación de la apropiación del bien dado en garantía por el RDL no nos parece suficiente por no dotar de los mecanismos de tutela adecuados ante dicha figura. Si bien, una primera lectura nos llevaría a aceptar la misma, atendiendo a la validez de aquellos pactos que no suponen una clara vulneración de la clásica prohibición del pacto comisorio, es cierto que debería ponderarse el recurso a la misma en atención a las específicas circunstancias del caso y al concreto estado de necesidad del deudor.

Por ello, si en el campo de los valores negociables cotizados dicha tutela ya viene ofrecida principalmente por la propia existencia de un precio objetivo de cotización, lo mismo no ocurre en relación con los valores negociables no cotizados para los cuales, la existencia de una valoración objetiva de los mismos realizada por un tercero se nos antoja necesaria para evitar lo que siempre se ha querido evitar: que al acreedor le interese más el incumplimiento de la obligación al poderse apropiar de un bien cuyo valor es superior al de su crédito, rompiéndose así el más elemental equilibrio de las prestaciones, debiendo velarse para la admisibilidad de dicho pacto que no se haya producido una desproporción valorativa entre el objeto de la garantía y la obligación garantizada.

Sin embargo, en relación con la validez de la venta en garantía que nos ofrece el RDL, sólo nos resta mostrar una vez más el carácter simulado de la misma, la nulidad de la transmisión pretendida y la validez de la garantía real verdaderamente querida, siempre y cuando ésta se ajuste a los requisitos de apropiación del bien dado en garantía que antes hemos tratado.

En definitiva, ¡cuántas discusiones jurídicas en nuestra jurisprudencia y doctrina sobre ambas figuras, para que su admisión se propugne a través de un Real Decreto-ley!

RESUMEN

EL PACTO MARCIANO

El Real Decreto-ley 5/2005 ha introducido numerosas novedades en el ámbito de nuestro sistema de derechos reales de garantía, entre las que cabe citar y que son objeto del presente análisis, la

ABSTRACT

COLLATERAL LIQUIDATION

Royal Decree Law 5/2005 has introduced a great number of new features in the realm of our system of security interests in real property, among which we may cite, and we discuss in this analysis,

apropiación del bien dado en garantía financiera y la venta en garantía. Dos novedades importantes que han de ser tratadas desde un punto de vista crítico para poder velar por el equilibrio de las prestaciones de las partes del acuerdo de garantía financiera.

the appropriation of property furnished as collateral and the selling of collateral. These two important new features must be dealt with from a critical point of view in order to ensure balance in what is required of the parties to a financial security agreement.

3. URBANISMO

ANULACIÓN DE LICENCIA DE EDIFICACIÓN Y SUS EFECTOS FRENTE A TERCEROS.

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ
Abogado

I. HECHOS

El supuesto sobre el que versa el recurso reside en haberse dictado sentencia por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que adquirió carácter de firme, a partir de la cual se expidió mandamiento judicial en ejecución de la sentencia trasladando la declaración de nulidad de la licencia sobre las diversas fincas construidas al amparo de la misma.

Las fincas inscritas en virtud de la declaración de obra nueva sucesivamente habían sido objeto de constitución de hipoteca y transmitidas a diversas personas constando en los hechos de la Resolución que «del mandamiento y sentencia presentado no consta que ninguno de esos titulares de dominio ni de cargas hayan sido demandados».

De igual forma se menciona en los hechos que no se practicó anotación preventiva de demanda con anterioridad a la transmisión a dichas personas.

La nota extendida por el Registrador acuerda la denegación de la inscripción, *«porque los titulares de dominio y cargas de las siete fincas que integran la urbanización para cuya construcción se concedió una licencia anulada, ni han sido demandados ni han participado ni sido oídos en el procedimiento, siendo, además, salvo decisión judicial en contrario, terceros de buena fe y a título oneroso»*.

El defecto se califica como insubsanable interponiéndose recurso gubernativo, después de confirmarse la calificación sustitutoria por otro Registrador, en cuyo recurso se contienen las siguientes alegaciones: descritas las circunstancias anteriores el recurrente entiende que resulta infundada la referencia a la existencia de terceros adquirentes por cuanto la que se denomina propiedad urbanística ha generado un nuevo modelo por virtud del cual, como se decía ya desde la Ley de 1956, la enajenación de las fincas no modifica la situación de su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos en la Ley o impuestos en virtud de la misma por los actos de ejecución de sus preceptos quedando subrogado legalmente los terceros adquirentes a las consecuencias derivadas de aquellos deberes.

Las razones expuestas en el recurso fueron las siguientes:

«Se solicitó la anotación de una sentencia firme anulatoria de la licencia: la licencia de obras de siete viviendas en Portio. La sentencia se ha dictado en los autos 74/2003 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 3 de Santander. El artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, dispone que cuando la licencia de edificación, a cuyo amparo haya sido realizada una obra nueva, sea posteriormente declarada ilegal, por contravenir la ordenación urbanística aplicable, se hará constar por nota marginal. La nota se tomará en virtud de certificación de la

resolución administrativa firme, o, en su caso, de la sentencia en las que se declare la ilegalidad de la licencia y que el titular registral ha sido citado en el procedimiento. En el procedimiento fue citado el titular registral de la finca ... quien se personó y defendió el asunto, siendo condenado en costas. Se solicitó la anotación preventiva de la demanda y se acordó fijando el juzgado una caución de 30.000 euros que hizo imposible su ejecución por el alto coste de la misma. En la actualidad las viviendas han sido vendidas a terceros, los cuales son conocedores de ambos procedimientos desde un primer momento, es decir, antes de firmar las correspondientes escrituras de compra habiendo tenido reuniones con el promotor para que éste asumiera la defensa en juicio de la promoción, así como con el Ayuntamiento demandado, como estos dos últimos reconocen en ejecución de sentencia...».

II. LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN

El contenido literal de la Resolución es el siguiente:

«Vistos los artículos 307.6, 7 y 8, y 309 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; artículo 21 y Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones; Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico de Cantabria; Resoluciones de esta Dirección General de 27 y 28 de abril de 1995.

1. La presente Resolución tiene por objeto resolver el recurso interpuesto por el letrado don..., en nombre y representación de don..., contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 2 de Santander, don..., a inscribir una sentencia de declaración de nulidad de una licencia de edificación. Se ordena en el mandamiento "se proceda a inscribir el fallo de la sentencia, hoy firme, cuyo testimonio se adjunta, al margen de la inscripción de la finca propiedad de...".

La nota de calificación determina que procede la denegación porque los titulares de dominio y cargas de las siete fincas que integran la urbanización, para cuya construcción se concedió la licencia anulada, ni han sido demandados ni han participado ni sido oídos en el procedimiento, siendo, además, salvo decisión judicial en contrario, terceros de buena fe y a título oneroso.

2. En la propiedad urbana, de acuerdo con el principio de subrogación real, las limitaciones del dominio afectan con trascendencia real a todo adquirente posterior, y si bien es cierto que parece atentar contra el principio de publicidad y seguridad del tráfico, no lo es menos que aquél se encuentra resguardado por la Ley de tal modo que las limitaciones derivadas del Urbanismo en manera alguna pueden ser catalogadas como las antiguas cargas ocultas, pues este principio de la subrogación real se da respecto a toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y estas limitaciones han sido configuradas por la más moderna corriente civilística caracterizada como obligatio propter rem, que afectan al propietario de la finca por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

3. *La cuestión que se plantea en el presente recurso no es tanto determinar el alcance subrogatorio de las limitaciones legales de la propiedad urbana, sino el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de una licencia de edificación.*

Si lo que se pretende es la mera constancia por nota marginal de la declaración de ilegalidad de la licencia de edificación, de conformidad con el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (BOE núm. 175, de 23 de julio), por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, es suficiente que los titulares registrales hayan sido citados en el procedimiento.

Si lo que se hubiera pretendido hubiese sido la inscripción (cfr. art. 3089.1 del RDL 1/1992, de 26 de junio, del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen de Suelo y Ordenación Urbana) de la sentencia firme por la que se declare la anulación de la licencia (cfr. art. 307.7 del RDL 1/1992, de 26 de junio), hubiese sido precisa la participación del titular registral en el procedimiento, como expresamente dispone dicho precepto.

No constando del documento presentado que los titulares registrales hayan sido citados, el recurso debe ser desestimado», si bien, como resaltamos después, no se alude a la eventual cancelación de la inscripción de obra nueva practicada en virtud de la licencia anulada.

El recurso es desestimado.

Sin embargo conviene precisar que al hacerlo se distingue en razón del asiento cuya práctica se solicite de tal manera que en el presente caso, en cuanto parece que lo que se pretende es la inscripción, y no la constancia por mera nota marginal, se deduce que *«no constando en el documento presentado que los titulares registrales hayan sido citados, el recurso debe ser desestimado».*

III. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La cuestión que se suscita en el recurso al que se refiere la Resolución dictada tiene indudable interés por varias razones:

Por una parte, se produce su conocimiento en un momento en que socialmente se da cuenta de la existencia de centenares de viviendas que al parecer han sido construidas ilícitamente y de las que sus titulares son, por lo general, ciudadanos extranjeros, desconocedores del ilícito cometido.

A su vez, en el proceso incesante de aproximación del sistema urbanístico a las consecuencias del ordenamiento jurídico en su totalidad, problemas antes inexistentes van exigiendo claridad en las soluciones. En este sentido debe reconocerse que no está suficientemente regulado el régimen de inscripción de las sentencias dictadas por la Jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto alcancen efectos registrales y a terceros.

Por último no sólo la diversidad de conceptos utilizados en la práctica sino sobre todo la falta de utilización de las medidas cautelares que introdujo

en vía administrativa y jurisdiccional la Ley de 25 de julio de 1990 y su Texto Refundido de 26 de junio de 1992, salvadas por la sentencia del Tribunal Constitucional y desarrollada después en el Real Decreto de 4 de julio de 1997, han colocado a los terceros adquirentes de buena fe en una situación de incertidumbre por la inexistencia formal de medidas cautelares que evitaran su aparición siendo así que, precisamente, las medidas cautelares, algunas susceptibles de ser otorgadas directamente por la Administración, no se han empleado, con lo cual la dejación de sus obligaciones se hace repercutir, a pesar de la clara negligencia padecida, en los terceros adquirentes.

2. LAS IMPRECISIONES DEL LENGUAJE DE LA RESOLUCIÓN Y EL ORIGEN DE SU CONTENIDO

La primera y forzosa clarificación que resulta imprescindible realizar, debida precisamente a la falta de técnica utilizada por la Resolución, es la inadecuada utilización de los términos empleados.

Así ocurre cuando se alude a la subrogación.

La palabra subrogación admite, como es conocido, dos variedades claramente determinadas: la subrogación real, cuando una finca sustituye a otra permaneciendo el régimen jurídico de la primera, y subrogación legal, cuando los terceros adquirentes sustituyen a los primitivos titulares de los bienes en el cumplimiento de los deberes imputables a aquéllos, aunque por razón de los bienes transmitidos.

La Resolución en el tercero de los Fundamento de Derecho alude al principio de la subrogación real que *«se da respecto a toda transmisión de bienes afectados por alguna función administrativa y éstas han sido configuradas por la más moderna corriente civilística caracterizada como obligatio propter rem, que afecta al propietario de la finca por el mero hecho de serlo, sin que el actor pueda pretender ampararse en la literalidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»*.

Tal afirmación, así propuesta tan categóricamente, ni se corresponde con la subrogación real, ni, si fuera la legal, es siempre así y menos puede entenderse de forma tan tajante frente al principio de la fe pública registral.

A diferencia del cuidado tradicional del lenguaje de la Dirección curiosamente el párrafo transcrito es mera reproducción literal de las mismas palabras que emplea el recurrente, sin ninguna corrección técnica, haciéndolo pasar pues como propio, lo que revela una poco cuidada purificación del texto cuando además resulta errónea y encima viene dada por el cómodo procedimiento de reproducir los términos literales del recurso, o el moderno sistema del corta y pega instaurado por las técnicas informáticas.

Ciertamente que no puede utilizarse con rigor la palabra subrogación real para la vinculación de los terceros adquirentes en el cumplimiento de los deberes de los primitivos titulares de los bienes porque por esencia la subrogación real es la sustitución de un bien por otro con mantenimiento del régimen jurídico, permaneciendo el mismo titular y aquí a lo que se alude es a la sustitución en el cumplimiento de los deberes por los terceros adquirentes de la misma finca sobre la que se produce el hecho urbanístico.

Por tanto la subrogación real, que tan importante y esencial es en la técnica urbanística respecto de los procesos reparcelatorios, evidentemente es ajena al fenómeno de la sustitución de los terceros adquirentes en el cumplimiento de los deberes urbanísticos y precisamente por ello deben enfatizarse los efectos de la fe pública registral cuando falta la constancia registral de las

limitaciones que afectan directamente al dominio, como ha venido a reconocer la vigente Ley del Suelo del Estado de 1998 en su artículo 21.

No estamos por lo tanto ante un supuesto de subrogación real sino de subrogación legal, a la que tuvimos ocasión de referirnos en su momento al decir:

«Tradicionalmente, con base en la obligatoriedad general de los planes y su eficacia tanto frente a la Administración como a los particulares, desde la Ley de 1956 se proclamó el principio de subrogación legal, sancionado en el primer texto legal en su artículo 71, que pasó íntegramente a ser el artículo 88 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y de ahí ha pasado a ser el actual artículo 32 de la Ley de 1992» (1).

3. LA SUBROGACIÓN LEGAL Y SUS LÍMITES

Partiendo de esta noción, ¿la subrogación legal es ilimitada como se pretende o, por el contrario, tiene también límites, unos precisamente nacidos del sistema registral y otros derivados de la prohibición de causar indefensión a los ciudadanos?

Nuestra posición, que es a la que se acoge en lo sustancial la Resolución, quedó clara en la obra citada (2) al reducir los efectos de la misma, desde una perspectiva puramente urbanística, a las consecuencias de los ilícitos de igual carácter. Frente a un acto que consiste en un ilícito urbanístico, contemplado por las leyes como infracción frente a la que existe el deber de restaurar el orden perturbado, los terceros han de soportar esta media aunque ellos no sean los autores directos a los que sea imputable la actuación.

En cambio cuando no existe un ilícito administrativo o penal, el tercer adquirente no queda sujeto a las consecuencias derivadas de la anulación de un acto o del incumplimiento de un deber, como era particularmente relevante en la Ley 8/1990, en cuanto el incumplimiento de los plazos para edificar o urbanizar llevaban consigo la expropiación o venta forzosa con pérdida del 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico, precisamente porque aunque hubiera tenido lugar el incumplimiento de un deber social, este incumplimiento no constituye un ilícito (3).

La idea precedente, como hemos expresado, fue recogida por la Ley del Estado de 1998 en el artículo 21, que alude expresamente a la circunstancia de la inscripción.

Pero aún existiendo un ilícito urbanístico, frente a quien no haya sido parte en el proceso, ¿cabe en todo caso la inscripción de una sentencia firme que declare la invalidez de un acto o la imposición del deber de demolición?

Nos parece adecuada la respuesta de la Dirección, a pesar del escaso rigor dado a su doctrina, porque precisamente lo que hace patente el Registro, cuando existen terceros, ya sea frente a un ilícito urbanístico o la declaración de nulidad del acto, es que el tercero, desconocedor de la existencia del pro-

(1) José Luis LASO MARTÍNEZ y Vicente LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pág. 271.

(2) *Ob. cit.*, pág. 287 y sigs.

(3) *Ob. cit.*, pág. 272 y sigs.

ceso, por no haber sido citado no haya podido comparecer en él por lo que, para evitar su indefensión, lo que cristaliza al menos formalmente en la inexistencia de la anotación, no se pueden trasladar al mismo los efectos de la sentencia invalidando el folio registral que está también bajo la protección de los Tribunales sin perjuicio de que pueda reiterar la Administración la iniciación de la medida cuando materialmente está sujeta a sus efectos por tratarse de un ilícito urbanístico.

Por otro lado, cuando la sentencia es anulatoria, por ejemplo, de una licencia de edificación y ésta es condición constitutiva de la válida inscripción de la declaración de obra nueva, ¿qué extensión tiene su cumplimiento?

Por una parte, es cierto que la licencia determina la legitimidad de la obra y la declaración previa a su inscripción. Pero también lo es que una vez otorgada aquélla e inscrita la obra nueva, la ilicitud del acto no genera y consume todos los efectos en la mera inscripción de la sentencia, por lo que puede inscribirse ésta, pero ello no comporta necesariamente la cancelación de la inscripción de obra nueva porque ésta no es sólo licencia sino que es el resultado de una nueva realidad existente que puede destruirse físicamente o no según ejerciten la Administración o los Tribunales las potestades que les corresponden, de tal modo que el hecho económico de la obra realizada no consuma todos los efectos con la inscripción, incluso si mediara la cancelación, ya que podrá ocurrir que la edificación construida no se demoliese o exigiera la previa indemnización y ésta no se hubiera satisfecho, por fin, si fuera la sentencia de ejecución imposible.

Por tanto, el tercero puede estar sometido a las consecuencias del ilícito cometido por su transmitente, pero si se le ha provocado indefensión obligará a reiniciar el procedimiento de ejecución, sirviendo justamente de prueba inicial de la indefensión la inexistencia de medidas cautelares de carácter registral.

Junto a estas razones, de indudable resonancia constitucional derivada de la doctrina que prohíbe la indefensión, existen además otras más cercanas socialmente como hemos dicho que, al menos, deben llevar a exigir la participación de los terceros, promoviendo en todo caso su intervención procesal.

Nos hemos referido ya anteriormente a la recepción desde la Ley 8/1990 de las cautelas registrales en la acción administrativa y en los procesos contencioso-administrativos, frente a la situación precedente cuando, con anterioridad a dicha Ley, la respuesta dada por los Tribunales de esta Jurisdicción era que la anotación del proceso sólo era aplicable en los procesos civiles, haciendo una interpretación literal del artículo 42 de la Ley Hipotecaria (4).

Producida la innovación legal, el abanico de medidas cautelares, favorecido después en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, hace fácil que la Administración, por sí misma, al iniciar un procedimiento disciplinario, pueda decretar y conseguir la anotación administrativa. Para ello no necesita el auxilio judicial ni tampoco, como es obvio, prestar una caución previa.

A su vez, iniciado el proceso contencioso también se puede pedir como medida cautelar la anotación aunque, a veces, la cuantía de la caución es tan elevada como se reconoce en el recurso, que las hace imposible.

(4) LASO MARTÍNEZ, José Luis, «Anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por la Ley 8/1990», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 122, de 1991, pág. 53, y «Cautelas registrales por el proceso contencioso-administrativo», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, año 1993.

Cuando ello no ocurre así, ¿cabe lícitamente trasladar a los terceros adquirentes las consecuencias del ilícito de manera inmediata sin que sean previamente oídos?

Esta es la doctrina que sanciona con buen criterio la Dirección, aunque con la sola referencia a la no inscripción de la sentencia, sin desvelar si la sentencia se limitaría a hacer pública en el Registro la sentencia existente en la realidad o tendría también efectos cancelatorios de la inscripción de obra nueva amparada en la licencia anulada.

A la vista de todo ello si no se acredita la existencia del proceso con el emplazamiento de terceros y especialmente la Administración o los interesados no adoptan o piden medidas cautelares, ¿son oponibles a terceros sus efectos?

Otra cosa es que emplazados para comparecer o concedores de modo fehaciente de la existencia del proceso decidan no comparecer en cuyo caso al no haber indefensión no pueden impedirse los efectos plenos de la resolución de que se trate.

Trasladando la cuestión a los términos a los que nos referíamos en un principio, se puede promover la inscripción masiva de sentencias condenatorias de ilicitud de centenares de viviendas frente a terceros extranjeros que desconocen los vicios de que adolecen aquéllas. Puede la dejadez de la Administración en utilizar sus prerrogativas, trasladar a terceros los efectos de una ilicitud cuando puede admitirlas previamente del riesgo y no adoptó negligentemente medida alguna para hacerlo.

4. ALGUNOS TESTIMONIOS DE LA JURISPRUDENCIA

Cuanto acabamos de decir no tiene aún reflejo suficiente en la jurisprudencia.

Valga como prueba de ello la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2006, que literalmente dice:

«a) Desprendiéndose de los escritos de preparación y de interposición del recurso de casación que los perjuicios que se tratan de evitar con la medida cautelar solicitada son los que podrían experimentar terceros adquirentes de los apartamentos construidos al amparo de la licencia, y desprendiéndose también —ver folio 22 del segundo de dichos escritos— que tales apartamentos están ya construidos e incluso vendidos, claro parece que la finalidad legítima que con el recurso contencioso-administrativo persigue la Comunidad de Propietarios actora, no está en riesgo por el solo hecho de la no adopción de la medida cautelar; o, en otras palabras, que la adopción de ésta no supera el umbral de la conveniencia, no siendo imprescindible para proteger los intereses de aquélla. Recuérdese aquí que la enajenación de los apartamentos no constituye en sí misma un obstáculo jurídico que impida el restablecimiento de la legalidad urbanística, pues el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no ampara la pervivencia de lo ilegalmente construido y el artículo 21 de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Reglas de Valoración, contempla la subrogación del nuevo titular en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos. Y b) Desprendiéndose también de lo que se dice en aquel folio 22 del

escrito de interposición que las ventas de apartamentos efectuadas constan en una relación incorporada a los folios 177, 178 y 179 de los autos, en virtud de escrito que la mercantil constructora presentó con fecha 25 de septiembre de 2003, e incluso que ya se han producido "personaciones de adquirentes de apartamentos en documento privado en el presente recurso como interesados en el mismo", claro es que una parte de esos terceros conocen ya la existencia del litigio y que en los autos obran datos bastantes para poder asegurar la realidad de ese conocimiento por los restantes; de suerte, en fin, que desde esta segunda perspectiva, la de la protección de los terceros, la adopción de la medida cautelar que se solicita pierde asimismo buena parte de la razón de ser o del fundamento al que responde.

Consideraciones, todas ellas, que en la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto que exige el artículo 130.1 de la Ley de la Jurisdicción, entre los que se encuentran, también, los de la mercantil titular de la licencia de no ver dañado su proyecto empresarial más allá de lo necesario, conducirían igualmente, en el caso de autos, a la denegación de la medida cautelar. Consideraciones, no se olvide, que añadimos a mayor abundamiento, pues lo decisivo para llegar en este recurso de casación al pronunciamiento desestimatorio que obtenemos no es sino el razonamiento expuesto en el segundo de los Fundamentos de Derecho de esta sentencia».

No obstante la tendencia a la generalización de las anotaciones preventivas y el efecto aportado por la realidad social deben avalar en la práctica la doctrina de la Dirección General.

RESUMEN

LICENCIA DE EDIFICACIÓN

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de junio de 2006, que confirma la nota de calificación derivada de la petición de inscripción de una sentencia firme por la que se anula una licencia de edificación.

ABSTRACT

BUILDING LICENCE

Decision by the General Directorate of Registers of 2 June 2006 confirming the classification note regarding the application for an enforceable Judgment cancelling a building licence to be registered.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 35/2006. 28-11-2006. IRPF y modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

— Ley 36/2006. 29-11-2006. Medidas para la prevención del fraude fiscal.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1331/2006. 17-11-2006. Regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

— Real Decreto 1332/2006. 21-11-2006. Regulan las especificaciones y condiciones para el empleo del Documento Único Electrónico (DUE) para la constitución y puesta en marcha de SRL mediante el sistema de tramitación telemática.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 887/2006. 21-7-2006. Aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17-11-2003, General de Subvenciones.

— Real Decreto 1265/2006. 8-11-2006. Modifica el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, aprobado por el Real Decreto 300/2004, de 20-2-2004.

— Orden 3397/2006. 26-10-2006. Aprueban los modelos 390 y 392 de declaración resumen anual del IVA y el modelo 430 de declaración del Impuesto sobre las Primas de Seguros.

— Orden 3398/2006. 26-10-2006. Dicta medidas para el impulso y homogeneización de determinados aspectos en relación a la presentación de declaraciones tributarias por vía telemática, se modifican determinadas normas de presentación de los modelos de declaración 182, 184, 188 y 296, y se modifica el modelo de declaración 187, «Declaración informativa de acciones y participaciones representativas del capital o del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva y resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta en relación con las rentas o ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de esas acciones y participaciones».

— Orden 3482/2006. 19-10-2006. Aprueba los modelos de declaración de alteraciones catastrales de los bienes inmuebles y se determina la información gráfica y alfanumérica necesaria para la tramitación de determinadas comunicaciones catastrales.

— Corrección de errores. Orden 3482/2006. 19-10-2006. Aprueba los modelos de declaración de alteraciones catastrales de los bienes inmuebles y se determina la información gráfica y alfanumérica necesaria para la tramitación de determinadas comunicaciones catastrales.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 3/2006. 26-10-2006. Folletos explicativos de las Instituciones de Inversión Colectiva.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Orden 3623/2006. 28-11-2006. Regula las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.

— Resolución 2-11-2006. Publica la relación de fiestas laborales para el año 2007.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Aplicación provisional del Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12-9-2006.

— Entrada en vigor del Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 15-9-2003.

— Entrada en vigor del Convenio entre el Reino de España y la República Dominicana sobre ejecución de sentencias penales, hecho en Madrid el 15-9-2003.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Real Decreto 1225/2006. 27-10-2006. Modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28-9-1990.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

— Real Decreto 1189/2006. 13-10-2006. Ampliación de los medios económicos adscritos a los servicios traspasados a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears por el Real Decreto 621/1998, de 17-4-1998, en materia de gestión de la formación profesional ocupacional.

— Real Decreto 1191/2006. 13-10-2006. Modificación de medios patrimoniales adscritos a las funciones traspasadas a la Comunidad Autónoma de Canarias por el Real Decreto 2462/1996, de 2-12-1996, en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 1226/2006. 27-10-2006. Regula las actividades y el funcionamiento del Fondo para inversiones en el exterior y el Fondo para operaciones de inversión en el exterior de la pequeña y mediana empresa.

— Resolución 15-11-2006. Establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de las tasas de telecomunicaciones establecidas en el anexo I, apartado 4 de la Ley 32/2003, de 3-11-2003, General de Telecomunicaciones.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 5/2006. 17-10-2006. Autoriza la concesión, con carácter extraordinario, de un anticipo reintegrable al municipio de Marbella.

— Ley 6/2006. 24-10-2006. Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Ley 7/2006. 24-10-2006. Potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía.

— Ley 8/2006. 24-10-2006. Estatuto de los Andaluces en el mundo.

— Decreto 175/2006. 10-10-2006. Aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía.

ARAGÓN

— Ley 8/2006. 27-9-2006. Concesión de un crédito extraordinario de seis millones de euros para la cobertura de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la catástrofe sufrida el 7-8-1996, en el término municipal de Biescas, provincia de Huesca.

ASTURIAS

— Ley 7/2006. 3-11-2006. Estadística.

— Ley 8/2006. 13-11-2006. Carreteras.

BALEARES

— Ley 15/2006. 17-10-2006. Archivos y patrimonio documental de las Illes Balears.

— Ley 16/2006. 17-10-2006. Régimen jurídico de las licencias integradas de actividad de las Illes Balears.

— Ley 17/2006. 13-11-2006. Integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.

— Ley 18/2006. 22-11-2006. Mediación familiar.

— Ley 19/2006. 23-11-2006. Sistema bibliotecario de las Illes Balears.

CANARIAS

— Decreto 145/2006. 24-10-2006. Aprueba el Reglamento de gestión aplicable a las operaciones de importación y exportación relativas a los tributos derivados del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

— Decreto 171/2006. 21-11-2006. Regula el procedimiento para la tramitación de autorizaciones en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre.

— Orden 14-11-2006. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2007.

CANTABRIA

— Ley 14/2006. 24-10-2006. Finanzas de Cantabria.

— Ley 15/2006. 24-10-2006. Juego de Cantabria.

— Ley 16/2006. 24-10-2006. Autorización del Convenio de Colaboración entre las Comunidades Autónomas de Cantabria, Castilla y León y el Principado de Asturias para la Gestión Coordinada del Parque Nacional de los Picos de Europa.

— Decreto 110/2006. 9-11-2006. Regula el Registro Telemático de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria y las notificaciones y certificados electrónicos.

— Decreto 111/2006. 9-11-2006. Crea y regula el Consejo Cántabro de Seguridad y Salud en el Trabajo.

CASTILLA-LA MANCHA

— Ley 3/2006. 5-10-2006. Modifica la Ley 2/1993, de 15-7-1993, de Caza de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 10/2006. 14-10-2006. Declaración del Parque Natural de Montes Obarenes-San Zadornil (Burgos).

— Ley 11/2006. 26-10-2006. Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León.

— Corrección de errores. Ley 11/2006. 26-10-2006. Patrimonio de la Comunidad de Castilla y León.

— Ley 12/2006. 26-10-2006. Creación de la empresa pública «Sociedad Pública de Medio Ambiente de Castilla y León».

— Decreto 82/2006. 16-11-2006. Desarrolla parcialmente la Ley 16/2002, de 19-12-2002, de Comercio de Castilla y León.

— Orden 1884/2006. 22-11-2006. Regula el Registro Público de Demandantes de Viviendas Protegidas de Castilla y León.

— Orden 1889/2006. 25-10-2006. Aprueba el modelo de Libro Registro de Explotación Ganadera en la Comunidad de Castilla y León.

CATALUÑA

— Decreto 409/2006. 30-10-2006. Asigna al Departamento de Justicia funciones en materia de Notarías y de Registros Públicos de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

— Decreto 417/2006. 14-11-2006. Atribución de funciones a la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia.

GALICIA

— Ley 6/2006. 23-10-2006. Modificación de la Ley 4/1997, de 25-6-1997, de Caza de Galicia.

— Decreto 182/2006. 26-10-2006. Establece medidas para facilitar el acceso a la propiedad a titulares de arrendamientos históricos y aparcerías a que se refiere la Ley 3/1993, de 16-4-1993, de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia, modificada por la Ley 6/2005, de 7-12-2005.

— Corrección de errores. Decreto 182/2006. 26-10-2006. Establece medidas para facilitar el acceso a la propiedad a titulares de arrendamientos históricos y aparcerías a que se refiere la Ley 3/1993, de 16-4-1993, de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia, modificada por la Ley 6/2005, de 7-12-2005.

LA RIOJA

— Ley 7/2006. 18-10-2006. Modificación de la Ley 8/1998, de 16-6-19, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Ley 8/2006. 18-10-2006. Transporte interurbano por carretera de La Rioja.

— Ley 9/2006. 18-10-2006. Aprobación y autorización del protocolo general entre la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con las «Actuaciones para la remodelación de la carretera LR-131 y NA-134 entre el Polígono Industrial de Cantabria (La Rioja) y el Polígono Industrial Las Cañas (Navarra)» y las obras de «Acondicionamiento y mejora del acceso norte a Castejón en el punto kilométrico 77+620 de la N-113, Pamplona-Madrid».

MADRID

— Decreto 94/2006. 8-11-2006. Utilización de la firma electrónica en las relaciones con la Administración de la Comunidad de Madrid por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

MURCIA

— Ley 1/2006. 10-4-2006. Creación del Instituto Murciano de Acción Social.

NAVARRA

— Ley Foral 11/2006. 20-10-2006. Plan de Estadística de Navarra 2007-2010.

— Ley Foral 12/2006. 21-11-2006. Registro de la Riqueza Territorial y de los Catastros de Navarra.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 6 de noviembre de 2006 tuvo lugar la inauguración del II CICLO DE CONFERENCIAS EN ECONOMÍA EMPRESA Y DERECHO, con la conferencia *Las recomendaciones de buen gobierno corporativo para las sociedades cotizadas de mayo de 2006*, a cargo de don Manuel CONTHE GUTIÉRREZ, Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Los días 7 a 28 de noviembre de 2006 se celebraron los DECIMOSEXTOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS con arreglo al siguiente programa:

Ponencias:

— «La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal aragonés», por doña Carmen BAYOD LÓPEZ, Profesora Titular de Derecho Civil.

Coponentes: doña Teresa CRUZ GISBERT, Notaria, y doña Isabel DE SALAS MURILLO, Registradora de la Propiedad.

— «La liquidación del consorcio conyugal aragonés», por don Adolfo CALATAYUD SIERRA, Decano del Colegio de Notarios.

CopONENTES: don Francisco Javier FORCADA MIRANDA, Magistrado, y don Javier SANCHO-ARROYO LÓPEZ-RIOBOO, Abogado.

- «Urbanismo y medioambiente», por don Pedro FANDÓS PONS, Registrador de la Propiedad.

CopONENTES: don Jesús LÓPEZ MARTÍN, Asesor del Justicia de Aragón y don José Manuel MARRACÓ ESPINOS, Abogado.

- «Problemas jurídicos de la transformación de secano a regadío y mejora de los regadíos», por don Alberto BALLARÍN MARCIAL, Notario. Ponentes: don José Luis CASTELLANO PRATS, Administrador Superior de la escala de Ingeniero Agrónomo de la DGA y don Álvaro ENRECH VAL, Abogado.

Los días 13, 14 y 15 de noviembre, organizado por las Cortes de Aragón y el Consejo General del Poder Judicial, tuvo lugar el SEMINARIO: *PARLAMENTO Y PODER JUDICIAL*.

Inauguración: a cargo de don Marcelino IGLESIAS RICOU, Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, y de don Fernando SALINAS MOLINA, Vicepresidente del CGPJ.

Conferencia inaugural:

- «Constitución, Parlamento y Poder Judicial», por don Luis LÓPEZ GUERRA, Secretario de Estado de Justicia.

Ponencias:

- «El Estado de la Justicia y el Estado Democrático: Convergencias y Disfunciones», por don Manuel CONTRERAS CASADO, Catedrático de Derecho Constitucional; don Manuel RAMÍREZ JIMÉNEZ, Catedrático de Derecho Constitucional, y doña Rosa RUIZ LAPEÑA, Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Zaragoza.
- «La independencia judicial y la Ley», por don Pablo M. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Magistrado del Tribunal Supremo, Catedrático de Derecho Constitucional.
- «Parlamento y Poder Judicial: Una relación necesitada de autocontrol», por don José Antonio PORTERO MOLINA, Catedrático de Derecho Constitucional.
- «Parlamento y Jurisdicción», por don Jesús LÓPEZ-MEDEL BASCONES, Abogado del Estado y Diputado.
- «Los conflictos entre las Cortes Generales y el Consejo General del Poder Judicial: La función del Tribunal Constitucional», por don Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Barcelona.

Mesa Redonda:

- «Las prerrogativas parlamentarias frente al Poder Judicial». Modera: Doña Vega ESTELLA IZQUIERDO, Letrada Mayor de las Cortes de Aragón; don José Antonio MARTÍN PALLÍN, Magistrado Emérito del Tribunal Supremo, y don Javier JIMÉNEZ CAMPO, Catedrático de Derecho Constitucional, Secretario General del Tribunal Constitucional.

Clausura:

- «Valores constitucionales, Parlamento y Poder Judicial», por don Javier ROJO GARCÍA, Presidente del Senado; don Francisco PINA CUENCA, Presidente de las Cortes de Aragón, y don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El día 20 de noviembre, dentro del acto de apertura del nuevo curso académico de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, don Luis PUIG FERRIOL, Catedrático de Derecho Civil, pronunció la CONFERENCIA: *PRESENTE Y FUTURO DE LOS DERECHOS CIVILES HISPÁNICOS*.

Los días 30 de noviembre y 1 de diciembre, el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón impartió las JORNADAS SOBRE *REFLEXIONES ANTE LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ARAGÓN*.

Ponencias:

- «Las novedades institucionales de la propuesta de reforma del Estatuto», por el Justicia de Aragón, don Fernando GARCÍA VICENTE.
- «La necesidad de la reforma: La colaboración y participación en instituciones estatales», por el Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, don FRANCISCO DEL RÍO MUÑOZ.
- «La financiación autonómica», por don Julio LÓPEZ LABORDA, Catedrático de Economía Pública de la Universidad de Zaragoza.
- «El nuevo marco competencial», por don Carlos VIVER PI-SUNYER, Catedrático de Derecho Constitucional.

Los días 13 y 14 de diciembre tuvieron lugar las I JORNADAS I+DIEZ, bajo el título *LOS RETOS DEL DERECHO ANTE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN*, organizadas por la Asociación Universitaria Grupo DIEZ (Desarrollo Informática. Empresarial Zaragoza) y promovidas por la Universidad de Zaragoza. Esta edición fue patrocinada por el Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón, el Ayuntamiento de Zaragoza y la Cámara de Comercio e Industria de Zaragoza; y, apoyando el evento, la Cátedra Ideconsa de la Universidad.

Conferencia inaugural:

- «Derecho y Tecnologías: Presente y futuro», por don Pompeu CASANOVAS ROMEU, Profesor del Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Ponencias:

- «IT-Governance. La organización y el control de los Sistemas de Información», por don Antoni BOSCH I PUJOL, Presidente ISACA-Barcelona, Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- «Conciliación empresa y protección de datos», por doña Blanca FERNÁNDEZ GALIANO, Gerente de Agenda Activa.
- «Firma Electrónica», por don José Félix MUÑOZ SORO, Director del Observatorio Aragonés de la Sociedad de la Información.
- «E-Cognocracia», por don José M.^a MORENO JIMÉNEZ, Profesor del Departamento de Estructura e Historia Económica Pública, Universidad de Zaragoza.
- «Propiedad Intelectual», a cargo de doña Cecilia MELCON SÁNCHEZ-FRIERA, Abogada.
- «El ciudadano, ¿anónimo frente a la red?», por don Miguel ERRASTÍ ARGAL, Presidente de la Asociación Nacional Empresas de Internet.
- «El papel de las Telecom», a cargo de don Agustín RALUY PIRLA, Profesor del Departamento de Economía y Dirección de Empresas de la Universidad de Zaragoza.

Mesa redonda:

- «La nueva burocracia».
Moderador: don Francisco Javier HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza.

Participan:

Doña M.^a Jesús FERNÁNDEZ, Responsable Web del Ayuntamiento de Zaragoza; don José Félix MUÑOZ y don José M.^a MORENO.

Mesa redonda:

- «El futuro de los servicios en Internet: Priorización o filtrado».
Moderador: don José Luis LATORRE, Director del Parque Tecnológico WALQA.

Participan:

Don Miguel ERRASTÍ, don Agustín RALUG y don Ignacio MARTÍNEZ RUIZ, Profesor del Departamento de Ingeniería Electrónica y Comunicaciones de la Universidad de Zaragoza.

Los días 13 y 14 de diciembre tuvieron lugar las CUARTAS JORNADAS CONSTITUCIONALES: *CONSTITUCIÓN, URBANISMO Y VIVIENDA*, organizadas por la Facultad de Derecho y el Justicia de Aragón.

Ponencias:

- «Derecho a la vivienda y derecho a la ciudad», por el Profesor Doctor don Julio PONCE SOLÉ, Director de la Escola Catalana de Administració Pública, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.
- «Políticas públicas del suelo», por la Ilma. Señora doña Silvia DEL SAZ, Directora General del Suelo de la Comunidad de Madrid, Catedrática de Derecho Administrativo de la UNED.
- «El impacto social del urbanismo», por el Excmo. Señor don Fernando GARCÍA VICENTE, Justicia de Aragón.
- «Las reformas legislativas en materia de urbanismo», por el Excmo. Señor don Luciano PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III.
- «Constitución y Urbanismo», por el Excmo. Señor don José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Magistrado del Tribunal Supremo.
- «Los delitos urbanísticos», por el Excmo. Señor don Cándido CONDE PUMPIDO, Fiscal General del Estado.

Mesa redonda:

- «Problemas y soluciones del urbanismo y la vivienda en España», con el Profesor Doctor don Fernando LÓPEZ RAMÓN, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza; Ilma. Señora doña M.^a José GONZÁLEZ ORDOVÁS, Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza y Vicedecana de la Facultad de Derecho; Ilmo. Señor don Julio César TEJEDOR BIELSA, Director General de Urbanismo del Gobierno de Aragón, y doña Rosa AZNAR, ASESORA del Justicia de Aragón.

El día 20 de diciembre se celebraron las JORNADAS NACIONALES SOBRE *LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE COMPRVENTA*, organizadas por la Unión de Consumidores de Aragón.

Apertura:

A cargo de don Ángel Luis MONGE GIL, Director General de Consumo del Gobierno de Aragón; don José Ángel OLIVÁN GARCÍA, Vicepresidente de la Unión de Consumidores de España-UCE, y don José María RONCERO GARRIDO, Presidente de Unión de Consumidores de España-UCE.

Ponencias:

- «Análisis de las condiciones generales utilizadas con los consumidores en relación con los contratos de compraventa de viviendas», por don José Luis CASTRO POLO. Modera: doña Olga ESTELLA IBARBUEEN, Vocal de la Junta Directiva de la Unión de Consumidores de Aragón-UCE.
- «Control y tipificación de infracciones y sanciones en las cláusulas abusivas de los contratos de compraventa de vivienda», a cargo de doña Cristina NUVALA, Jefa de Servicio de Control de Mercado del Gobierno de Aragón. Instituto Nacional de Consumo. Modera: don Ignacio GIMENO GASEA, Secretario General de la Unión de Consumidores de Aragón-UCE.
- «El papel de los profesionales en la prevención de los abusos en los contratos de vivienda», por don Felipe RUIZ ARBE, Gerente de la Asociación de Constructores Promotores Zaragoza; don Adolfo CALATAYUD, Decano del Colegio Notarial, don José PALACÍN GARCÍA-VALIÑO, Abogado, y don Ernesto CALMARZA CUENCAS, Registrador de la Propiedad de Zaragoza, número 6. Modera: don Antonio MORÁN DURÁN, Vocal de la Junta Directiva de Unión de Consumidores de Aragón-UCE, Abogado.

Clausura: estuvo a cargo de doña Teresa PÉREZ ESTEBAN, Directora General de Vivienda y Rehabilitación del Gobierno de Aragón.

MADRID

Los días 13 y 14 de diciembre de 2006, se celebraron en el Salón de actos de la Facultad de Derecho/Políticas de la UNED, las JORNADAS SOBRE *VIOLENCIA DE GÉNERO*, Organizadas por la Escuela de Práctica Jurídica (UNED), Fundación Aquitas, CERMI y Observatorio de Género del Instituto de Derecho Comparado (UCIIM).

Ponencias:

- «La violencia de género: Origen y consecuencias», por Teresa SAN SEGUNDO, Profesora de Derecho Civil (UNED).
Presentación: Pilar MELLADO PRADO, Directora Ejecutiva de la EPJ (UNED).
- «Actuación y procedimiento en los Juzgados de Violencia de Género», por Beatriz MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Magistrada.
Presentación: Carmen QUESADA, Profesora de Derecho Internacional Público (UNED).

- «La Ley Integral y sus efectos en la violencia de género», por Ana María PÉREZ DEL CAMPO, Vocal del Observatorio Estatal sobre Violencia contra la Mujer, Presidenta de la Federación de Mujeres Separadas y Divorciadas.

Presentación: Ana BALSEIRO, Periodista.

- «Recursos idóneos contra la violencia de género», por María José DÍAZ GAITÁN, Abogada.

Presentación: Antonio Félix VALLEJOS IZQUIERDO, Profesor de Sociología (UNED).

Ponencia/Mesa Redonda:

- «La violencia de género desde la Filosofía y la Psiquiatría», por Celia AMORÓS, Catedrática de Filosofía Moral y Política; Antonio ESCUDERO, Psiquiatra, y Paloma GARCÍA PICAZO, Profesora Titular de Ciencia Política (UNED).

Moderador: Jorge ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Profesor de Derecho Constitucional (UNED).

- «Violencia de género y discapacidad», por Pedro FERNÁNDEZ, Profesor de Servicios Sociales (UNED), miembro del Observatorio de Violencia de Género y Discapacidad; Carmen SÁNCHEZ CARAZO, Portavoz de Sanidad y Discapacidad del Ayuntamiento de Madrid, y Elviro ARANDA ÁLVAREZ, Diputado, Profesor de Derecho Constitucional (Universidad Carlos III).

Moderador: Fernando REVIRIEGO PICÓN, Secretario de la EPJ (UNED).

El día 1 de febrero de 2007 se celebró en la sede del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, una JORNADA SOBRE *REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO*, organizada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores y el Centro Villanueva adscrito a la Universidad Complutense.

Inauguración:

A cargo de la Ilma. Señora Directora General de los Registros y del Notariado, doña Pilar BLANCO-MORALES LIMONES.

Ponencias:

- «El proyecto de reforma y flexibilización del mercado hipotecario», por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad adscrito a la DGRN y Profesor del Centro Universitario Villanueva.
- «La hipoteca inversa», por Jesús MURO VILLALÓN, Registrador de la Propiedad.

- «La necesaria flexibilización de la hipoteca para la convergencia europea», por María Goñi RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, Profesora de Derecho Civil del Centro Universitario Villanueva.
- «El mercado secundario de hipotecas», por José Luis DEL VALLE MUÑOZ, Registrador de la Propiedad, y Antonio TORIO MARTÍN, Director de emisiones corporativas del Banco Santander.

Mesa redonda:

- «Los beneficios de la reforma en el ámbito financiero y registral», por Gregorio MAYAYO CHUECA, Presidente de la Asociación Hipotecaria Española; Rafael SANZ COMPANY, Director de los Servicios Jurídicos Banca Hipotecaria BBVA; Sebastián SASTRE PAPIOL, Director de los Servicios Jurídicos de «La Caixa»; Santos GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Director del Área de Negocio Hipotecario del Banco Santander, y Juan María DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad adscrito a la DGRN.

PERÚ

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA, NUEVO PRESIDENTE DEL TRIBUNAL REGISTRAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS DE PERÚ

Mediante Resolución del Superintendente Adjunto de los Registros Públicos 001-2007-SUNARP-SA, expedida el 8 de enero de 2007, se designó Presidente del Tribunal de los Registros Públicos del Perú a don Luis Alberto ALIAGA HUARIPATA.

El Consejo de Redacción de esta Revista le felicita y le desea lo mejor en su nueva responsabilidad.

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

VATTIER FUENZALIDA, C. y ESPÍN ALBA, I., «Derecho Agrario», en la *Colección Jurídica General, Cursos*, Editorial Reus, Madrid, 2005, 301 págs.

por el

DOCTOR ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

Profesor Titular E.U. de Derecho Civil.

Universidad de La Rioja

Ha salido a la luz, en la Colección Jurídica General (Cursos), de la editorial Reus, la obra que lleva por título «Derecho Agrario», cuya autoría corresponde a los profesores Doctor Carlos VATTIER FUENZALIDA (Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Burgos) y a la Doctora Isabel ESPÍN ALBA (Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela).

La oportunidad de la obra es incuestionable. El estudio del Derecho Agrario —como afirman los autores en la presentación de la obra— «puede ser útil para la formación completa del jurista versátil que requiere el siglo XXI; por eso, nos hemos decidido a facilitarle la labor con esta obra que... se detiene en las especialidades más llamativas de la materia y recoge el estado de la legislación...». La incorporación de la materia de Derecho Agrario en los nuevos planes de estudios de la Licenciatura en Derecho —al margen de su existencia en los planes de otras titulaciones—, bien sea como asignatura obligatoria, o bien como asignatura optativa, hace necesario la aparición de obras como la presente, que facilitan el estudio de la materia, en general, a los alumnos universitarios, y en particular, a los estudiantes de la licenciatura en Derecho.

La obra cuenta con una impecable presentación, está escrita con indiscutible rigor científico, permanente actitud crítica y loable claridad expositiva. La relevancia y calidad de la obra queda patente en su minucioso y profundo análisis de la materia, tratada desde una perspectiva evolutiva, unitaria y global.

La obra, prologada por los autores (págs. 5-8), se presenta estructurada en dieciocho capítulos (págs. 13-285), a los que sigue una selecta y actualizada relación bibliográfica (págs. 287-295).

En su presentación (págs. 5-8), los autores resaltan que «el Derecho Agrario representa en cada momento histórico, la expresión normativa de una determinada ideología que persigue finalidades de política agraria bien definidas». Dejando al margen los aspectos ideológicos, resulta acertado destacar el marcado carácter coyuntural del Derecho Agrario como conjunto de normas por las que se realiza la política agraria de cada época, arrastrando consigo una amplia gama de postulados políticos y principios económicos,

cuyas soluciones pasan así a integrarse en sus propias disposiciones legales, impregnándolas del carácter cambiante de lo efímero de los tiempos.

La fisionomía actual del Derecho Agrario está marcada, según los autores, por el doble y sucesivo tránsito en la segunda mitad del siglo xx, de la propiedad de la tierra a la empresa agraria, y de ésta, en el último decenio del mismo siglo, de la producción al comercio de los productos agrarios —vg., con el aumento de competitividad a través de las referencias de calidad (vg., denominaciones de origen).

Después de reconocer que existen en el Derecho Agrario especialidades y que éstas tienen diversas y novedosas manifestaciones, se señalan las sólidas razones en las que las mismas descansan: el desarrollo rural, la relevancia estratégica del sector agrícola, así como la protección del medio ambiente y del patrimonio histórico.

La obra puede estructurarse, en mi opinión, en nueve grandes bloques, que paso a exponer seguidamente.

I. INTRODUCCIÓN Y FUENTES

Este bloque desarrolla su contenido en tres apartados. En el primero —objeto y contenido—, los autores delimitan la materia en estudio por la doble vía de definir su objeto y delimitar su contenido. Partiendo del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, el objeto del Derecho Agrario «es la producción y el comercio de los productos agrarios» (vid., sobre la evolución y objeto del Derecho Agrario a SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «El Derecho Agrario en España. Perspectiva histórica y prospectiva», en *Derecho Agrario ante el tercer milenio*, Dir.: Doctor HERRERA CAMPOS, Dykinson, 2002, págs. 1107 a 1138). Pero, ambas vertientes, según se percatan los autores, se irradian hacia los más variados sectores del ordenamiento, lo que obliga a estudiar un conjunto de normas muy amplio y heterogéneo: no sólo Derecho Civil y Mercantil, sino además Derecho Administrativo, Laboral y Financiero, entre otras ramas del Derecho. A la vista de tal agregado informe, los autores se centran únicamente en aspectos de Derecho Privado, considerando que el contenido del Derecho Agrario se puede seguir estudiando en torno a las instituciones básicas del Derecho Privado: propiedad y el contrato, a las que se unen otras figuras del Derecho Privado.

En el segundo apartado, «Derecho Agrario y transformaciones de la PAC», se analiza una de las fuentes fundamentales que confieren al Derecho Agrario su configuración actual: el Derecho de la Unión Europea, que fija las grandes orientaciones, así como los objetivos y medios de la Política Agraria Comunitaria, en concreto su evolución y significado durante el último medio siglo.

Por último, se alude a la otra fuente fundamental de nuestro Derecho Agrario actual: la Constitución Española de 1978. En concreto, se estudia el tratamiento que recibe la agricultura en la Constitución, la distribución de competencias entre el poder central del Estado y las Comunidades Autónomas en materia agraria y, por último, se hace una breve referencia a la costumbre como fuente del Derecho Agrario.

II. PROPIEDAD AGRARIA Y OTROS DERECHOS REALES. REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO

1. *En cuanto a la propiedad agraria y otros derechos reales*, los autores califican el derecho de propiedad como la primera institución del Derecho Agrario, cuyo régimen básico es el del Derecho común, sin perjuicio de sus especialidades agrarias, recalándose como en materia agraria se trata de una propiedad ordinaria del artículo 348 del Código Civil, y no de una propiedad especial al carecer de un estatuto propio, que comprende las facultades de uso, disfrute y disposición, cuyas limitaciones y formas de ejercicio están moduladas por la legislación especial. Su especialidad es funcional y no de estructura y para destacarla es preferible hablar de propiedad agraria.

Se alude al paso de la propiedad rústica a la propiedad agraria y rural. Se ha pasado del modelo de propiedad rústica plasmado en el Código Civil, a un modelo de propiedad agraria en la legislación especial del siglo xx. Por otra parte, la consagración de la propiedad privada y de su función social (art. 32 de la Constitución Española de 1978), unida a la incorporación de España a la Unión Europea, abre un enfoque distinto del derecho de propiedad, ligado inexorablemente a los conceptos de desarrollo rural sostenible y protección del medio ambiente, junto a la producción competitiva.

Se ocupan los autores de la calificación del suelo rústico (terreno excluido del desarrollo urbano cuya regulación específica se realiza por las Comunidades Autónomas), así como de la finca rústica. Es cierto que falta un concepto legal de finca rústica, pues si bien nuestro Código Civil utiliza en varias ocasiones esta expresión, no la define. La condición de finca rústica es una cuestión de hecho que compete apreciar al Juzgado de Instancia. Ante la ausencia de un concepto unitario, la Jurisprudencia, para decidir en cada caso concreto si una superficie es o no es una finca rústica, tiene en cuenta los siguientes factores —sin que ninguno de ellos contemplado aisladamente, sea suficiente para calificar una finca como rústica—: situación en el campo o en la ciudad, el carácter principal del aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal frente a otros fines y la calificación urbanística.

Respecto de otros derechos reales, en primer lugar se refieren los autores al derecho de usufructo, defendiéndose una interpretación dinámica del concepto de *salva rerum substantia* para los bienes de las explotaciones agrarias, asimilándola a la obligación de mantener (conservar) la productividad de las cosas usufructuadas. Después se alude a la especialidad planteada en el artículo 485 del Código Civil, usufructo de montes, y en los artículos 483 y 484 del Código Civil en relación con el usufructo de viñas y olivares, concluyéndose esta cuestión con la referencia al artículo 499, del mismo cuerpo legal, respecto del usufructo de ganados.

En cuanto al derecho de superficie en su modalidad rústica, se trata de una figura recuperada en los últimos años como forma de incentivar determinado tipo de explotaciones forestales, que otorga la propiedad de los árboles plantados a quien los plantó.

Por último, se estudia el retracto de colindantes del artículo 27 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, que tiene un objeto y finalidad diferente al retracto de colindantes del artículo 1.523 del Código Civil, y al que no ha derogado. El retracto del artículo 27 de la Ley 19/1995, no es sino una especialidad de retracto frente al modelo de retracto del Derecho común, pudiendo coexistir ambos retractos legales de manera que no

cumpliéndose los requisitos establecidos en la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, el retracto puede ser estimado por concurrir los requisitos establecidos en el artículo 1.523 del Código Civil (sobre el particular, vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La concurrencia de los retractos de comuneros y colindantes ante la enajenación *inter vivos* de fincas rústicas en arrendamiento», en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3, 1997, págs. 27 a 43).

2. *Otro aspecto importante de este segundo bloque es el referido a la Reforma y Desarrollo Agrario*, destacándose varios aspectos, la mayoría de los cuales encajan en un plano histórico por su difícil ajuste a nuestra vigente Constitución Española de 1978, así como a la normativa de la Unión Europea.

Tanto es así, que instituciones como la redistribución de tierras (art. 20 y sigs. de la LRDA), la transformación de grandes zonas (art. 92 y sigs. LRDA), ordenación de explotaciones y comarcas mejorables (arts. 128 y sigs., arts. 140 y sigs. de la LRDA, respectivamente), fincas mejorables (Ley 34/1979), permuta forzosa de fincas rústicas (art. 261 y sigs. LRDA), han caído en desuso ante la difícil tarea de ser depuradas para adaptarlas a la vigente Constitución de 1978, así como por la necesidad de ser profundamente reformadas para ajustarlas a la normativa comunitaria. No obstante existen dos instituciones que siguen teniendo actualidad en el marco de las medidas encaminadas a la formación de explotaciones viables, superando el minifundio: la Unidad Mínima de Cultivo (UMC) y la Concentración Parcelaria. No se olvidan los autores de aludir a la legislación autonómica referida a la reforma y desarrollo agrario, así como al impuesto de infrautilización.

En cuanto a la UMC se rige por los artículos 23 a 27 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995 (LMEA). Se trata de la superficie mínima que debe tener una finca rústica para producir un rendimiento satisfactorio y cuya medida se fija por las Comunidades Autónomas. Tal superficie se declara indivisible si da lugar a parcelas inferiores a dicha medida de capacidad, siendo los actos de indivisión nulos, ineficaces entre las partes y frente a terceros e inhábiles para acceder al Registro de la Propiedad. Existen excepciones que permiten la división o segregación en los supuestos previstos en el artículo 25 de la LMEA (sobre el particular, vid. a SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La unidad mínima de cultivo y el régimen del suelo no urbanizable», en *Estudios de Derecho Agrario*, Coord.: J. M. RUIZ-RICO RUIZ, Universidad de Málaga, 1997, págs. 337 a 349).

En cuanto a la *Concentración Parcelaria*, dada la complejidad del procedimiento, los autores le dedican el Capítulo cuarto de la obra junto a los *fondos de tierras*. El grave problema del minifundio, que obedece a causas muy variadas —entre ellas la partición de la herencia—, ha tratado de resolverse mediante la figura de la Concentración Parcelaria, técnica que además de servir para reunir la superficie de una explotación agraria, sirve también para la ordenación del territorio y para la protección del medio ambiente. Así, se define la Concentración Parcelaria como la reunión de las parcelas de procedencia pertenecientes a un propietario en una finca de remplazo —a ser posible—, de calidad y valor equivalente a la suma de dichas parcelas de procedencia, que se le asignan en propiedad, con las cargas y gravámenes preexistentes y se inscribe en el Registro de la Propiedad. Esta operación que en España se realiza por y con cargo de la Administración competente, ha sido calificada jurídicamente de diversas maneras, sin embargo, en mi opinión —y en esto discrepo con los autores—, su naturaleza jurídica no deja de ser una subrogación real de las parcelas de procedencia por la finca de remplazo (ROCA SASTRE), ya que basándose la Concen-

tración Parcelaria en el régimen de propiedad privada de la tierra, a través de su reconstrucción, se le da una estructura más racional a una propiedad dispersa, rota por el minifundio, que produce su parcelamiento, y todo ello utilizando un mecanismo subrogatorio a través de un procedimiento administrativo: las fincas aportadas o de proveniencia, tras las transformaciones fundiarias oportunas pasan a posesión de sus titulares, que reciben en sustitución las fincas nuevas —de reemplazo— teniendo en cuenta el valor y clase por productividad y cultivo que tuviesen las primitivas (arts. 220 y 196 de la Ley 1973 de la LRDA).

Los autores contemplan el *procedimiento ordinario* —art. 180 y sigs. LRDA— y los efectos de *la Concentración Parcelaria y la posición de los terceros*, reconociéndose que a lo largo del proceso de Concentración se producen una serie de efectos sustantivos que consagran los artículos 225 y siguientes de la LRDA. También se contemplan los procedimientos especiales que prevé la LRDA, junto al procedimiento ordinario: el abreviado (art. 201), el de la reconcentración (art. 177) y los dos de concentraciones de carácter privado (art. 240). Por último, los autores aluden a las particularidades de la legislación autonómica sobre la Concentración Parcelaria que responden a dos modelos: uno amplio —comprende una regulación casi completa de esta institución, incluyendo el régimen de obras, la unidad mínima de cultivo y el procedimiento ordinario, si bien, presentando particularidades propias en cada Comunidad Autónoma— y otro reducido, que se centra en las concentraciones de carácter privado principalmente.

III. EMPRESA AGRARIA Y EMPRESARIO AGRÍCOLA. EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA Y EXPLOTACIONES PRIORITARIAS. SOCIEDADES Y COOPERATIVAS AGRARIAS

1. *Empresa agraria y del empresario agrícola.* Los autores analizan los antecedentes y evolución de la empresa agraria y del empresario agrario. Se recuerda que nuestra doctrina elaboró los conceptos de empresa agraria y explotación agrícola inspirándose, especialmente, en la doctrina italiana formada en torno al Código Civil de 1942 —arts. 2.082, 2.135 y 2.555.

El rasgo distintivo de la empresa agraria radica en el tipo de actividad económica que ejercita el empresario: la actividad agraria que comprende tanto la producción u obtención de los productos agrícolas ganaderos y forestales, como la transformación y comercialización de estos productos y las actividades complementarias que legalmente se asimilen a las mismas. El empresario organiza, con carácter profesional —dedicación habitual y sistemática—, los elementos de la explotación, siendo titular de su uso y disfrute, asumiendo los riesgos económicos y agronómicos, así como asumiendo las responsabilidades jurídicas inherentes a dicha actividad. El titular de la explotación —art. 2.4 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias— asume los riesgos y responsabilidad civil, social y fiscal que se pueden derivar de la gestión de la explotación. Ahora bien, el hecho de que en determinadas situaciones, por ejemplo, el cultivo en invernaderos, se disminuyan en buena medida ciertos riesgos, ello no es determinante —como defienden los autores— para considerar esa actividad como industrial. Por el contrario, considero que estamos ante una actividad agraria conducente a la obtención de productos agroalimentarios a través del aprovechamiento procedente del cuidado y desarrollo de vegetales que si bien se producen desligados del

fundo, son resultado del normal desenvolvimiento productivo de la explotación agraria.

Se analiza la actividad agraria y la actividad complementaria. Los autores, al analizar el concepto de actividad agraria, no comparten *hoy por hoy* la teoría del ciclo biológico (agrobiológica) originaria de los profesores argentinos Andrés RINGUELET y Rodolfo CARRERA, perfeccionada luego por el profesor Antonio CARROZZA para quien la actividad productiva agraria consiste en el desarrollo de un ciclo biológico concerniente a la cría de seres animales o vegetales, que resulta vinculado directamente o indirectamente al aprovechamiento de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos —vegetales o animales— destinados al consumo, sea como tales o previa una o más transformaciones (CARROZZA, A., *Lezioni di diritto agrario*, Milano, 1988, pág. 10). En mi opinión, la actividad agraria es la conducente a la obtención de productos agrarios mediante el aprovechamiento de la cría de animales o del cuidado y desarrollo vegetales que se producen en la tierra o bien fuera del fundo (vid. a SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Configuración jurídica de la actividad agraria en España», en *Prootti agricoli e sicurezza alimentare*, Tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 216); considerando actividades complementarias a la actividad agraria principal, las desarrolladas por el productor agrario cuando constituyan una prolongación de ésta o que tengan como soporte la superficie de su explotación agraria —cfr. art. 2.5 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 1995.

2. *De la explotación agrícola y a las explotaciones prioritarias* se ocupa un denso, apretado y abigarrado capítulo, en cuyo primer epígrafe se trata del concepto y naturaleza jurídica de la explotación agrícola —a mi forma de ver, más bien agraria—, para lo cual se remontan los autores al Derecho romano, al *fundus cum instrumento*, donde encuentran los autores el germen de la moderna explotación agraria. En nuestro Código Civil, a pesar de existir numerosas alusiones al establecimiento o explotación, no existe un concepto de explotación agraria, si bien los autores encuentran su sede institucional en el catálogo de bienes inmuebles que contempla el artículo 334 del Código Civil: inmuebles por naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía. Ofrecen varias definiciones de explotación agraria, entre las que destaca la del profesor Doctor LUNA SERRANO, que la define como *el conjunto organizado de bienes con el que el empresario agrícola ejerce su actividad económica y consiste en la proyección económica de la empresa*.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los autores concluyen que no es un sujeto, ni tiene personalidad jurídica, sino que pertenece al ámbito de los objetos. Se trata de un bien formado por inmuebles, partes integrantes, pertenencias y accesorios, que constituyen una unidad económica, que sin embargo, no está sujeto a un régimen unitario, sino más bien fragmentario, que no asegura su unidad, ni la integridad de sus elementos y cuya disciplina en principio, es la prevista, por las reglas generales del Derecho Común.

Atendiendo al artículo 2 de la Ley 19/1995, de modernización de explotaciones agrarias, se define la explotación agrícola como un conjunto de bienes y derechos previsto por la Ley cuya clave radica en la organización de los mismos por su titular con arreglo a criterios empresariales, mediante actos de destino de esos bienes y derechos. Respecto a los elementos de la explotación, al no ser ésta una unidad jurídica, sino una unidad técnico-económica, ello supone que en el tráfico no es una unidad distinta de los elementos que la

componen, salvo en los supuestos excepcionales en que su unidad e integridad está protegida.

Por otra parte, las *explotaciones prioritarias* son aquellas en las que concurren unos requisitos mínimos de dimensión económica y profesionalidad del titular, que la hacen merecedora de una protección acentuada y a la que se confiere preferencia para la obtención de determinadas ayudas públicas. Se regulan en el artículo 3 y siguientes de la Ley 19/1995, de modernización de explotaciones agrarias, y pueden ser de tipo familiar o asociativo, según sea su titular una persona física o una persona jurídica.

El régimen de la explotación prioritaria comprende tres aspectos diferentes, que se refieren a determinadas situaciones de preferencia legal, ciertos beneficios fiscales y un amplio catálogo de ayudas públicas (arts. 7 y 8 a 12 de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias).

Respecto de la *integridad y transmisión de la explotación agraria*, se rige por las reglas generales del Derecho común, salvo escasas especialidades (art. 9 de la Ley 19/1995). Por otra parte, si en el estado actual de nuestra legislación, la explotación agraria no constituye una unidad jurídica autónoma en el tráfico, el objeto de la transmisión no es la explotación como un todo, sino singularmente cada uno de sus elementos, cuya enajenación se rige por sus propias reglas. No obstante, nos recuerdan los autores, como en nuestro Derecho de sucesiones hay varias instituciones que permiten mantener indivisa la explotación agraria: vg., el artículo 1065.II —partición hecha por el testador—, artículo 1.062 —adjudicación a un coheredero de una cosa indivisible o que dividida desmerezca, a condición de que pague el exceso en dinero—, y el artículo 841 y siguientes —adjudicación de bienes hereditarios, como la explotación agraria, a hijos o descendientes, a voluntad del testador o del contador partididor autorizado, con la carga de pagar la legítima de sus hermanos en metálico dentro de dos años.

3. *Las sociedades y cooperativas agrarias.* Los autores describen los posibles titulares de explotaciones colectivas: las sociedades civiles, Sociedad Agraria de Transformación, cooperativas agrarias, sociedades mercantiles, sociedades laborales, a lo que hay que añadir un conjunto de supuestos de índole consorcial, en los que se agrupan los agricultores a diversos efectos.

Se estudia el *contrato de Sociedad Civil* (cuyo arquetipo se ha considerado la sociedad agraria) y se alude, siguiendo lo preceptuado en nuestro Código Civil, entre otros a los siguientes aspectos: en qué consiste el contrato, sus características, la personalidad jurídica, la forma, las aportaciones, las obligaciones de la sociedad ante terceros, el momento final del ejercicio contable y la extinción de la sociedad.

En cuanto a la *Sociedad Agraria de Transformación*, se dice, constituye un único tipo específico de sociedad civil para el sector agrario. Se alude a su finalidad, su objeto social, a su patrimonio, a las deudas sociales, a sus estatutos y su contenido, todo ello en base al Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto, por el que se rigen estas sociedades civiles —a veces *sui generis*— con finalidad económico-social.

Por otra parte, en cuanto a la *cooperativa agraria*, cuya regulación legal ha evolucionado hasta acercarse bastante al esquema básico de una sociedad mercantil, los autores la definen, aluden al contrato de constitución, a su capital social, al supuesto de baja del socio, al caso de liquidación, a la insolvencia cooperativa, a la responsabilidad del socio, a las diversas clases de cooperativas, ahondando, en la cooperativa agraria (art. 93 de la Ley 27/1999

de cooperativas, de 16 de julio). Se tratan también las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (art. 94 y sigs. de la Ley de Cooperativas), aludiéndose a su constitución, objeto social, a sus estatutos y su contenido. Por último se menciona la legislación autonómica de cooperativas.

IV. AGUAS, MONTES, PASTOS. AGRICULTURA DE MONTAÑA. REFORESTACIÓN, MEDIO AMBIENTE Y PREJUBILACIÓN

Acertadamente escriben los autores que estos temas son factores claves para la comprensión multifuncional de la actividad agraria, además de ser claves para el desarrollo rural sostenible.

1. *El agua* es, sin duda, un elemento vital para la actividad agraria. Ahora bien, en su utilización para fines agrarios ha de tenerse presente su implicación medioambiental (cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Uso agrario del agua y medio ambiente», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, abril-junio, año 2005, págs. 279 a 307).

La Ley de Aguas de 1879, así como los artículos 407 y 425 de nuestro Código Civil, normas que fueron fruto del legislador decimonónico, admitían el agua como objeto de una propiedad especial. Ya casi finalizando el siglo xx, la Ley de Aguas de 1985 proclamó el principio general de demanialidad de los recursos hídricos, dejando la propiedad privada de las aguas para casos excepcionales, fundamentalmente dirigidos a la conservación voluntaria de los derechos privados, adquiridos por los titulares de aprovechamientos de aguas bajo la legislación anterior. Se eliminan así, paulatinamente, las aguas privadas, estableciéndose el principio básico de la demanialidad (artículo primero, en apartado tercero del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, con sus sucesivas modificaciones —en adelante TRLA—). Además, se ha adaptado nuestra legislación a la normativa europea (Directiva 60/2000/CE, de 23 de octubre, modificada por la Decisión 2455/2001), que obliga, como medida esencial respecto del regadío, al control de los consumos de agua basados en ratios de referencia por cultivos.

Por otra parte, existen unos supuestos excepcionales (artículo quinto, apartados primero y segundo del TRLA) de titularidad privada (sobre el particular SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Régimen jurídico en torno al uso agrario de las aguas», en *Rivista dei Diritto agrario*, fasc. 4, 1998, págs. 336 a 371), que no han de confundirse con el uso privado de las aguas, por el cual un particular puede utilizar privativamente las aguas por disposición legal o administrativa (arts. 50.1, 52 y 54).

Una de las grandes novedades legales en esta materia se encuentra en los llamados mercados de agua, que se forman a partir de la posibilidad de cesión de las concesiones entre concesionarios o titulares del derecho del uso, siempre bajo un control administrativo. Los artículos 67 a 72 del TRLA regulan el contrato de cesión de derechos de uso privativo del agua, que necesitan la preceptiva autorización administrativa para la producción de efectos.

2. *Los montes*, que si bien se aprovechan para actividades agrarias, no se debe olvidar sus importantes funciones ecológicas y paisajísticas. En este sentido, acertadamente resaltan los autores cómo la regulación de los montes es uno de los más claros ejemplos de la función ecológica de la propiedad. La legislación básica en vigor se encuentra en la Ley 10/2006, de 28 de abril, por

la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes [además de las modificaciones introducidas en este texto legal, aquélla ha derogado los apartados 1.a) y 2.h) del art. 7 y el apartado 2 del art. 21 de ésta]. El eje central de la normativa estatal se encuentra en el principio de gestión forestal sostenible, esto es, compaginar la conservación y el aprovechamiento de forma ordenada. Subsiste la propiedad del monte, permitiendo a su propietario mantener la libre disposición de sus aprovechamientos pero en el marco de una programación pública dirigida por la Administración.

Entre las líneas generales de la Ley, destacar que se mantiene el Catálogo de montes de utilidad pública, ampliando los motivos de catalogación, reactivándose la figura de montes protectores (cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., *Presunción posesoria otorgada por el Catálogo de montes de utilidad pública y la usucapión de montes públicos patrimoniales catalogados*, Congreso Español de Derecho Agrario y Ordenación Rural, Zaragoza, 1998, págs. 381 a 422).

Se alude también a los *montes vecinales en mano común*, regulados por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre de Montes vecinales en mano común, que atribuye la propiedad de estos montes a las agrupaciones vecinales (artículo segundo de la Ley 55/1980) en cuanto grupos sociales y no como entidades administrativas, desvinculadas de los Ayuntamientos. Su naturaleza jurídica está configurada, aún cuando no sea cuestión pacífica entre la doctrina, como una comunidad de bienes de tipo germánico.

3. *Los pastos* constituyen un aprovechamiento de las explotaciones agrarias. Por una parte se contempla la regulación prevista en nuestro Código Civil y por otra la regulación especial, en concreto la normativa autonómica. En cuanto a la primera, dada la ubicación en el Código Civil, los derechos reales limitados sobre pastos se han tratado en sede de las llamadas servidumbres personales —servidumbres de pastos, leñas y otros aprovechamientos, arts. 603 y 604 del Código Civil—: Una finca está gravada con la carga de que el titular de la servidumbre pueda utilizarla para aprovechar sus pastos. El artículo 600 del Código Civil se refiere a la situación de utilización recíproca de pastos por titulares de distintas fincas, cuestionándose si estamos ante una comunidad de pastos o si por el contrario estamos ante una servidumbre recíproca. Respecto a la legislación especial de pastos, y al hilo de los recientes incidentes en relación con la seguridad alimentaria, en la cría de animales se ha retornado a técnicas de aprovechamientos de pastos. Ahora bien, ante la nueva distribución territorial de competencias prevista en nuestra Constitución Española de 1978, la integración de España en la Unión Europea —con el acervo del Derecho comunitario que forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico—, y por último, ante la trasnochada Ley de Pastos de 1939, y su Reglamento de 1969, algunas Comunidades Autónomas han aprobado su correspondiente Ley de pastos (cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «El régimen jurídico del aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 38, abril, 2005, págs. 201 a 276).

4. *Agricultura de montaña*. Actualmente se ha superado la política de compensación por desventajas naturales, sustituyendo esa política por el incentivo de potencialidades del entorno en aras de un desarrollo sostenible. En tal sentido la normativa de la Unión Europea —empezando con la Directiva 268/75, de 28 de abril, sobre agricultura de montaña y determinadas zonas desfavorecidas y sus correspondientes modificaciones—, contempla ayudas a la agricultura de montaña, sobre todo para conservar los valores culturales, ecológicos y de población. Además el artículo 130 de la Constitución Española

reconoce la necesidad de proteger en especial la agricultura de montaña, en base a lo cual se promulgó la Ley 25/1982, de agricultura de montaña, al objeto, tal y como establece su artículo primero, de posibilitar su desarrollo social y económico.

5. *Reforestación, medio ambiente y prejubilación.* Estos temas los sitúan los autores en el marco de la reforma de la Política Agraria Común de 1992, por la que se introducen una serie de medidas de fomento del desarrollo rural, entre las que se encuentran las cuestiones relativas al impulso de la forestación de las tierras agrícolas, las medidas medioambientales, así como los incentivos a la jubilación anticipada.

La reforestación constituye un mecanismo de renta para los agricultores que a la vez permite la recuperación de los terrenos forestales, la protección del suelo, la regulación del ciclo del agua y la regeneración del aire. En España es de aplicación, con sus correspondientes modificaciones, el Real Decreto 6/2001, de 12 de enero, sobre fomento de la forestación de tierras agrícolas.

En España, *las medidas agroambientales* se han configurado en torno a cinco ejes de actuación: aguas, suelos, riesgos naturales, biodiversidad y paisaje. Además, todo el programa de medidas de acompañamiento se basa en la implementación de buenas prácticas agrarias habituales, como requisito esencial para la concesión de ayudas. En suma, la normativa al respecto pretende establecer un régimen de ayudas para fomentar la utilización de métodos de producción agraria que permita proteger el ambiente y conservar el medio rural —vg., la agricultura ecológica.

«*La prejubilación*» o *jubilación anticipada*, cuya orientación se dirige a favorecer el relevo generacional mediante el rejuvenecimiento de la población agraria activa, siendo un complemento necesario de la política de abandono del cultivo o retirada de tierras del cultivo. Se analiza el régimen de ayudas destinadas a fomentar el cese anticipado de la actividad agraria en España, aludiendo a los requisitos objetivos y subjetivos —tanto de los cedentes de las tierras como de los cesionarios.

V. LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. CRÉDITO AGRARIO Y SEGUROS COMBINADOS

1. *Los autores analizan el arrendamiento de fincas rústicas* en el Código Civil (arts. 1.546 y sigs.), contrato que se caracteriza por ser bilateral, oneroso, conmutativo y consensual y no formal. Posteriormente, se trata la evolución legislativa de los arrendamientos rústicos, tomando como punto de partida el hecho de que el régimen jurídico del Código Civil, basado exclusivamente en la libertad contractual, no fue capaz de afrontar las nuevas necesidades socioeconómicas del siglo xx. Así, en época de la Segunda República española, se aprobó la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR), de 15 de marzo de 1935 —y su reglamento de 27 de abril del mismo año—, consagrando la estabilidad del arrendatario, limitando las rentas y contemplando la indemnización por las mejoras... Posteriormente se aprobaron leyes sucesivas sobre la materia —la de 28 de junio de 1940; la de 23 de julio de 1942, sobre arrendamientos protegidos; la de 15 de julio de 1954, sobre arrendamientos especialmente protegidos—. Estas disposiciones sirvieron para reforzar la estabilidad del contrato por medio de la prórroga forzosa para el arrendador y facultativa para el arrendatario, al tiempo que controlaron la renta por su obligada con-

versión al precio oficial del trigo y al mismo tiempo consagraron el acceso a la propiedad. Estas normas se refundieron, si se puede decir con imprecisión técnica, en un Decreto de 29 de abril de 1959, Reglamento de Arrendamientos Rústicos, derogado finalmente por la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, actualmente derogada por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, que ha sido modificada recientemente por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre.

Se estudian las características fundamentales de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, disposición legal que configura el arrendamiento rústico como un contrato agrario cuya causa específica está ligada a la actividad agraria de producción y que entraña la organización empresarial de la explotación agraria en la o las fincas objeto del contrato. Por otra parte, se alude también al ámbito de aplicación de la LAR, a los arrendamientos incluidos y excluidos. Quedan incluidos también los arrendamientos de explotaciones agrarias, atendiendo a lo dispuesto en el artículo primero del citado texto legal. Además en este apartado se alude a la compatibilidad de arrendamientos (art. 4 LAR), y se ocupa también de los arrendamientos excluidos (art. 6 y 7 LAR). Se exponen los «elementos del contrato»: sujetos (art. 9), objeto (arts. 1, 2 y 3) y forma (art. 11); la renta (art. 13) y a la duración del arrendamiento (art. 12); los gastos y mejoras se (arts. 17 a 21 de la LAR, cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Gastos y mejoras en la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003», en *Diario la Ley*, núm. 6040, págs. 1 a 10, del martes 15 de junio de 2004), aludiéndose también a los arrendamientos rústicos *ad meliorandum* (Disposición Adicional Primera de la LAR; cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Gastos y Mejoras», en *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003* (coordinador: J. M.^a CABALLERO LOZANO), Dykinson, Madrid, págs. 205 a 241, 351 y 352, 2004. Segunda edición, págs. 295 a 355, 501 a 505, 2006).

En cuanto al contenido y desenvolvimiento del contrato, se alude a la libertad de elección del cultivo por el arrendatario —art. 8— como instrumento esencial para la construcción de un concepto de empresario agrario, libertad que cede ante la obligación de evitar que la tierra sea esquilmada o ante disposiciones legales (como *vg.*, las normas comunitarias) que imponen buenas prácticas agroambientales o de bienestar animal; se expone la «transmisión del contrato», transmisión *inter vivos* —art. 23 LAR— en la que no se contempla, según los autores, un derecho de traspaso o de indemnización (aún cuando nada impide que en el ejercicio de su autonomía privada, las partes pueden pactar semejante derecho) y transmisión *mortis causa*: el arrendamiento se transmite por cauce de una sucesión legal en cuya virtud su titularidad se transmite —24.e) LAR—, dejando a salvo el derecho de los sucesores legítimos, esto es, no sólo los legitimarios, sino los herederos designados en testamento por el arrendatario, así como, en su caso, los herederos intestados. Se trata también la terminación del arrendamiento, señalándose las causas de la terminación —art. 24 LAR—, la resolución —art. 25 LAR—, así como de la rescisión —art. 26 LAR.

Existe un apartado dedicado a la *aparcería agrícola*, contrato por el que una de las partes concede a la otra el disfrute de ciertos bienes o elementos de una explotación agraria a cambio de una parte de los frutos, productos o rendimientos que la misma produce, contraprestación que por su aleatoriedad puede no ser ejecutada porque no se hayan producido productos o beneficios que partir —art. 28.1 LAR.

Para los autores parece clara la opción legislativa, pues al regular la aparición al lado del contrato arrendaticio, se está aproximando aquélla a éste a pesar de las diferencias con el mismo. El artículo 29 LAR establece que «en defecto de pacto expreso, de normas forales o de Derecho especial y de costumbre, se aplicarán las disposiciones de este capítulo y, con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en los capítulos II, III, y IV de esta ley».

2. *Crédito agrario y seguros combinados.* El crédito agrario es una institución que en buena medida atiende a las necesidades de financiación que surgen en el desarrollo de la actividad agraria. Existen varios mecanismos de crédito para financiar las explotaciones agrarias.

Los autores se centran en el análisis de algunos aspectos del crédito agrícola derivado de los fondos comunitarios. Dos son los tipos de ayudas tratadas: las primeras, son ayudas a las inversiones en las explotaciones agrarias realizándose planes de mejora que justifican la inversión; el segundo tipo se refiere a la primera instalación de agricultores jóvenes. En España se ha de estar a las normas que, en el marco de la normativa comunitaria, regulan la mejora y modernización de las estructuras de producción de las explotaciones agrarias.

Respecto del contrato de préstamo, los autores sostienen que estamos ante un contrato agrario, por el destino exclusivamente agrario que califica la causa del contrato. En mi opinión se trata de un crédito ordinario (arts. 1.740 y 1.757 del Código Civil), por el que el prestatario (en este caso titular de una explotación agraria), recibe de otra persona —prestamista— una cosa fungible en propiedad, obligándose aquél a devolver a éste otro tanto de la misma especie y calidad. No resulta afectada la naturaleza jurídica del negocio por el hecho de que las cantidades prestadas se destinen a la inversión en la actividad agraria, ni tampoco por los previos requisitos fijados por la Administración en el marco de una política concreta de planificación agraria para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, dado que en realidad el préstamo sigue el régimen jurídico previsto en los cauces por su configuración ordinaria de préstamo con intereses.

En cuanto a los «seguros agrarios combinados», acertadamente se señala que la actividad agraria sufre, además de los riesgos de producción causados por adversidades climáticas —pedrisco, helada, sequía...—, otros derivados de las nuevas situaciones vinculadas a la protección del medio ambiente y a la seguridad alimentaria, así como los procedentes de las nuevas creaciones biotecnológicas —transgénicos, productos fitosanitarios...— por consiguiente, resulta necesario un buen sistema de seguros que alcance a resarcir los daños causados por los aludidos factores de riesgo, que además resulte capaz de reducir la necesidad de ayudas y subvenciones públicas ante las situaciones catastróficas del campo, permitiendo a la vez, como afirman los autores, una planificación controlada de las aportaciones financieras públicas al programa de seguros agrarios.

En España se sigue un régimen mixto —público y privado— en el que la Administración y los aseguradores privados diseñan un sistema de seguros agrarios combinados consistente en la protección frente a riesgos múltiples —climatológicos, incendios...—, a partir del diseño por parte de la Administración de un plan en el que se determinan los cultivos y animales protegidos, y se establecen líneas de subvención a las primas y coberturas.

VI. DENOMINACIONES DE ORIGEN. OBTENCIONES VEGETALES. COMERCIALIZACIÓN E INTERPROFESIONALES

1. *Denominaciones de origen —D.O.—, naturaleza y trayectoria.* Existen varios signos distintivos de la calidad agroalimentaria en base a un sistema de protección de las indicaciones geográficas y de calidad de los productos agroalimentarios. El fundamento de ese sistema se encuentra, no sólo, que también, en que los productores y los métodos de producción puedan ser identificados más fácilmente contribuyendo a la seguridad del producto (trazabilidad), sino sobre todo en que muchos de esos productos son reflejo de un patrimonio cultural de un lugar determinado. En suma, se trata de factores que añaden competitividad al producto con reputación de calidad y que resultan útiles para su publicidad en el mercado.

La D.O. se describe como una titularidad pública que sirve como instrumento público para el desarrollo rural al vincular la calidad del producto al territorio (en este sentido, el Tribunal Constitucional en sentencia 211/1990, de 20 de diciembre, ha destacado el carácter demanial e inapropiable de la D.O., lejos de la concepción individualista que caracteriza la propiedad industrial). El artículo 8 del Reglamento (CE) número 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, establece en su apartado primero que «las denominaciones registradas al amparo del presente Reglamento podrán ser utilizadas por cualquier agente económico que comercialice productos agrícolas o alimenticios que se ajusten al pliego de condiciones correspondiente». Existen disposiciones normativas más explícitas aún sobre el particular. En concreto, cabe citar lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 51/2006, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la Ley de la viña y del vino de Castilla y León, que en su apartado primero refiriéndose a la titularidad de los nombres geográficos protegidos establece que «los nombres geográficos protegidos por estar asociados a cada nivel según su respectiva norma específica son bienes de dominio público y no pueden ser objeto de apropiación individual, enajenación o gravamen». En todo caso, ha de diferenciarse la titularidad del derecho de uso de las D.O. que corresponde a ciertos productores o elaboradores, de la titularidad de la propia Denominación de origen que corresponde al Estado cuando comprenda territorios de más de una Comunidad Autónoma y a éstas cuando el nombre geográfico protegido comprenda territorios únicamente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Se analiza seguidamente la normativa comunitaria: el Reglamento (CEE núm. 081/92), derogado por el Reglamento (CE) número 510/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, así como el Reglamento CEE número 2082/92 de certificaciones de especificidad de los productos agrarios y alimentarios, derogado por el Reglamento (CE) 509/2006 del Consejo, de 20 de marzo de 2006, sobre las especialidades tradicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios (sobre estos temas, vid. a SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Aspectos jurídicos de la calidad en los productos agroalimentarios en España», en *L'agricoltura dell'area mediterranea: qualità e tradizione tra mercato e nuove regole dei prodotti alimentari. Profili giuridici ed economici*, Giuffrè editore, Milano, 2004, págs. 195 a 224).

Después se ocupan los autores del régimen vigente de las D.O. en el sector vitivinícola. Se alude a la evolución normativa en España, que se inicia con el Estatuto del Vino de 1932, y que sigue, andando el tiempo, con el Estatuto de la viña, del vino y de los alcoholes de 1970. Con nuestra adhesión a la Unión Europea, nuestro ordenamiento jurídico hace suyo el acervo de normativa comunitaria en materia vitivinícola, en particular se hace referencia al vigente Reglamento (CE) 1493/1999, que establece la Organización Común del Mercado, y a la actual Ley de la Viña y del Vino, de 10 de julio de 2003, sin olvidar la correspondiente normativa de las Comunidades Autónomas (sobre esta materia, vid. a SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Aproximación al régimen jurídico vitivinícola español: algunos aspectos significativos de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y del vino», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, diciembre de 2005, núm. 39, págs. 237 a 269).

2. *Las obtenciones vegetales.* Uno de los mecanismos jurídicos para la tutela de la innovación en materia genética es la protección de los derechos de obtenciones vegetales, regulada por convenio internacional desde el año 1961, y cuyo objeto es la coordinación internacional de la protección de los derechos de los obtentores de nuevas especies vegetales, como una modalidad de propiedad industrial, cuyo régimen jurídico es distinto al de las patentes. Precisamente la razón de su exclusión del ámbito de las patentes se encuentra en que las obtenciones vegetales están estrechamente relacionadas con los ciclos biológicos y no permiten que la simple descripción garantice que se vuelva a obtener el mismo resultado.

Se analizan las fuentes jurídicas principales: el Reglamento (CE) del Consejo número 2100/1994, de 27 de julio, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales (con sus correspondientes modificaciones), así como la Ley 3/2000, de 7 de enero, de protección de las variedades vegetales —en adelante LPVV—, con sus correspondientes modificaciones. Esta normativa se centra en la idea de que la mejora vegetal es un instrumento esencial para el desarrollo de la producción agrícola en cantidad, calidad y diversidad. Diseña un sistema que garantice al obtentor un derecho de comercialización en exclusiva de su nueva variedad, que ha conseguido a través de cuantiosas inversiones en personal e instalaciones a lo largo de los años.

3. *Comercialización e interprofesionales.* Como acertadamente escriben los autores, «es clave para una agricultura competitiva la coordinación racional entre las distintas fases de la cadena alimentaria, desde la producción e industrialización hasta la comercialización de los productos. Además de producir es preciso generar una estrategia de comercialización para adaptar el volumen a la calidad de la oferta a las exigencias del mercado... En suma, para alcanzar un producto más competitivo y de mejor calidad es indispensable la actuación coordinada de todas esas fases...». Se trata así de un fenómeno conocido como integración vertical y que implica una disminución de la capacidad de decisión de los agentes implicados, una vez que se imponen condiciones de una o varias fases de la cadena sobre las demás.

Uno de los instrumentos utilizados para impulsar la integración vertical es la acción interprofesional a través sobre todo de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias (OIAS), como instrumentos de colaboración y coordinación entre los distintos intervinientes de la cadena agroalimentaria.

Se analiza la evolución legislativa de la interprofesionalidad. Así, se pone de manifiesto como en un primer momento la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en base a una interpretación muy estricta,

pone en entredicho la validez de los acuerdos interprofesionales, debido a su posible restricción de la competencia. En una segunda etapa continúa la ausencia de una reglamentación general de las OIAS, aunque con posterioridad a 1990, la interprofesionalidad se fue reglamentando sectorialmente, sin extenderse de momento al conjunto de los sectores agrarios. La Unión Europea intenta con la regulación sectorial compaginar la implantación interprofesional con las normas de defensa de la competencia.

En cuanto a la situación legislativa en España, los autores explican su evolución y aluden a la normativa estatal básica aplicable a la materia, así como a la regulación que han aprobado algunas Comunidades Autónomas para las OIAS, cuyo ámbito territorial es igual o inferior al de la respectiva Comunidad Autónoma.

En cuanto a las finalidades de las OIAS, se encuentran enunciadas en el artículo tercero de la LOIAS. No obstante, tradicionalmente la regulación de las OIAS se ha relacionado con la elaboración de contratos tipo de productos agroalimentarios. En esta línea, la Ley 2/2000, de Contratos Tipo de Productos Agroalimentarios (LCTPA) concede protagonismo a las interprofesionales. Mediante la fórmula de los contratos agroalimentarios homologados se pretende favorecer la transparencia del mercado, mejorando la concurrencia en el mismo. El contrato tipo agroalimentario se refiere a operaciones de tráfico comercial de productos en el sistema agroalimentario, y consiste en un modelo de contrato pactado entre los representantes de los sectores productor, transformador y comercializador, homologado por el Ministerio de Agricultura en los casos en que el ámbito de aplicación se extiende a más de una Comunidad Autónoma.

VII. LOS ALIMENTOS DEFECTUOSOS Y DE LA SEGURIDAD ALIMENTARIA

1. *La seguridad alimentaria y la PAC.* Durante la década de los noventa se suceden varias crisis relacionadas con la seguridad alimentaria, motivando la aprobación de normas de seguridad más estrictas en relación con toda la cadena alimentaria, mejorándose la reacción rápida en los Estados de la Unión Europea ante eventuales crisis. Por todo ello, la seguridad alimentaria pasa a ser un objetivo transversal integrado en todas las políticas comunitarias, especialmente en la PAC, en la protección de los consumidores y defensa del medio ambiente. Las normas de seguridad alimentaria —Reglamento 178/2002 de la Unión Europea y la legislación interna de sanidad vegetal y animal—, presentan como rasgos comunes la trazabilidad y el principio de cautela o precaución, la responsabilidad de todos los agentes de la cadena y la información al consumidor.

Los autores, en el amplio ámbito de esta problemática, se centran en la fase resarcitoria de eventuales daños causados por los alimentos y concretamente en la responsabilidad civil del agricultor por alimentos defectuosos o inseguros en España (cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados en los consumidores por los residuos de los productos fitosanitarios en los vegetales sin transformación», en *Actas de la Conferencia Internacional sobre Consumo, Medio Ambiente y Derecho*, Universidad Politécnica de Valencia, 1996, págs. 247-258).

2. *En relación con la responsabilidad civil por alimentos inseguros* se ocupan los autores de las características de esta responsabilidad, que a su juicio

es objetiva y extracontractual, bastándole a la víctima con acreditar —según la Ley de productos defectuosos, LPD— el daño y la relación de causalidad de ese daño con el defecto del alimento. Se trata de una responsabilidad de naturaleza extracontractual que goza de un régimen especial y distinto del común —vg., en el plazo de prescripción de tres años (art. 12.1) o la extinción de la misma al cabo de diez años (art. 13)—. Se trata de una responsabilidad independiente de la falta de utilidad por vicios ocultos y del cumplimiento de las obligaciones contractuales que protege a cualquier perjudicado (art. 10), establece solidaridad entre todos los responsables (art. 7) y prohíbe las cláusulas de exoneración (art. 14). Además se trata de una responsabilidad relativa, ya que la propia LPD admite abundantes excepciones que exoneran de responsabilidad (art. 6). La LPD no abarca todos los daños sufridos, extendiéndose sólo a la muerte y a las lesiones corporales del mismo perjudicado, así como a los daños patrimoniales sufridos en bienes distintos del producto defectuoso y siempre que éste se halle objetivamente destinado al uso o consumo privados. Por último, estamos ante una responsabilidad que es compatible con las indemnizaciones que el perjudicado pueda obtener por aplicación de otra normativa sobre responsabilidad civil contractual o extracontractual —vg., Código Civil, art. 1.101 y sigs.; art. 1.902 y sigs., o de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, art. 25 y sigs.

Dentro del concepto legal de productos —art. 2 LPD—, quedan comprendidos todos los productos agrarios con independencia de que se destinen o no a la alimentación humana. En la definición que ofrece el artículo 3.1 LPD de producto defectuoso, la clave radica en la inseguridad del producto, concepto este que es distinto del producto inútil por consecuencia de vicios ocultos (art. 1.484 y sigs. del Código Civil), y no debe confundirse con el producto peligroso en el sentido del Real Decreto 44/1996, de 19 de enero, que incorpora a nuestro Derecho interno la Directiva 1992/59/CEE. La noción de producto defectuoso abarca ahora también la de alimentos inseguros (art. 21 del Reglamento 178/2002).

VIII. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES COMUNES DE MERCADO: DE LOS DERECHOS DE PRODUCCIÓN AL PAGO ÚNICO

1. *Las Organizaciones Comunes del Mercado —OCM—* son instrumentos que regulan la producción y el comercio de los productos agrarios en todos los Estados miembros, dentro del mercado sin fronteras. Sus principales cometidos son estabilizar los mercados, incrementar la productividad y competitividad y garantizar la mejora del nivel de vida de los agricultores. Sin embargo, no todos, los principales productos agrarios tienen una OCM, con su funcionamiento propio, según el tipo de producto.

2. *Las ayudas comunitarias y derechos de producción.* Las OCM, además de intervenir en materia de precios, gestionan y orientan las ayudas a los distintos sectores. Precisamente con la finalidad de controlar la producción agraria y limitar los excedentes y el almacenamiento de productos, se ha creado una serie de mecanismos, como la retirada de tierras, la diversificación de la producción, compensaciones económicas y la fijación de cuotas de producción. Por lo que se refiere a estas últimas, los derechos de producción son instrumentos de limitación de la oferta, siendo importante este mecanismo en sectores como el vino, la leche o la remolacha. Respecto de su naturaleza, se

ha señalado que se trata de facultades de tipo patrimonial, transmisibles en determinadas condiciones que no dejan de ser meras posiciones subjetivas del propietario frente a la Administración (Pedro DE PABLO CONTRERAS).

Los derechos de producción, en algunos casos, se manifiestan a través de un sistema de cuotas que son cantidades máximas que se permite producir a los agricultores, y que de sobrepasarse tales cantidades, se impone al productor una penalización pecuniaria. Las cuotas entrañan una restricción de la libre concurrencia, sirviendo para controlar ciertas producciones en cuanto a su cantidad y distribución territorial (DE LA CUESTA SÁENZ).

3. *La reforma del Sistema de Ayudas: el pago único.* Con la reforma de la PAC de 2003 se armonizan y simplifican los distintos tipos de ayuda. Se ha instaurado un nuevo sistema de ayudas directas a la explotación agraria que acabarán sustituyendo las múltiples ayudas previstas por las distintas OCM. El nuevo régimen se establece por el Reglamento (CE) 1782/2003, de 29 de septiembre, y sus modificaciones posteriores. Aún cuando existe un período transitorio para el paso al nuevo sistema, la mayor parte de las OCMs podrán aplicar las ayudas directas a la explotación a partir del 1 de enero de 2005. El Estado miembro podrá aplazar la entrada de este nuevo sistema hasta el año 2007. España lo aplica a partir del año 2006 y hasta 2013. Las ayudas se basan en un período de referencia y los solicitantes deben cumplir determinados requisitos de condicionalidad. Los autores analizan posteriormente la nueva medida del pago único, que como bien jurídico, puede circular en el mercado, incluso bajo ciertas condiciones, con independencia de la tierra. La adquisición inicial del pago único puede tener lugar —según el art. 33— por alguna de estas vías: 1.º por haber percibido algún pago o ayuda directa en el período de referencia, trienio 2000 a 2002; 2.º por haber adquirido la explotación por herencia, *ex lege* se adquiere el derecho a la ayuda correspondiente a las unidades de producción heredadas; 3.º por haber recibido el derecho de la reserva nacional, prioritariamente para los agricultores que comiencen su actividad agraria, y 4.º por haber recibido el pago único mediante transferencia: En primer lugar cabe la transmisión definitiva de los derechos de ayuda con o sin tierra a través de compraventa de la explotación agraria, así como de los derechos de ayuda. A la compraventa se asimila cualquier otro medio de cesión definitiva: permuta, dación en pago..., incluso la donación. En todo caso, se requiere que el acto sea apto para la transmisión de la propiedad, excluyéndose aquellos derechos reales —que como el usufructo o la superficie— son, por naturaleza, de carácter temporal. Por esta misma razón se excluyen también otros supuestos en que la transmisión cuenta con duración limitada, como ocurre, entre otros casos, en la compraventa con pacto de retro, o con cláusula resolutoria expresa y también en la aportación a una sociedad de duración determinada; en segundo lugar, el régimen de pago único admite el arrendamiento con tierras (arrendamiento rústico). En este caso, el derecho de ayuda por explotación va unido al arrendamiento de fincas rústicas —o de explotación agraria— ya que forma parte del contenido contractual, integran el contenido del contrato. Por último, los autores señalan las reglas comunes a los dos supuestos de cesión —compraventa y arrendamiento—, en los que tanto el comprador, como el arrendatario —agricultor o ganadero—, debe estar, salvo excepciones, establecido dentro del mismo Estado miembro que la otra parte del contrato, o dentro de la región que el Estado determine. En todo caso, el cedente debe notificar la transmisión a la autoridad competente en el plazo fijado por el Estado miembro.

IX. DESARROLLO RURAL: MODULACIONES Y CONDICIONALIDAD. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA: EL FEOGA

1. *Desarrollo Rural*. Precisamente una clara concepción ruralista es el eje central del Reglamento (CE) 1257/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola FEOGA, plasmándose estos nuevos enfoques en varios reglamentos comunitarios de los años 2003 y 2004. Los autores tratan dos instrumentos básicos de corrección de las disfunciones en las ayudas al desarrollo rural: modulación y condicionalidad, si bien hacen una previa referencia al concepto de multifuncionalidad.

Una *agricultura multifuncional*, sostenible y competitiva, ha de ser una agricultura capaz de conservar el paisaje, mantener el espacio natural, contribuir de forma esencial a la vitalidad del mundo rural y responder a las exigencias de los consumidores en materia de calidad y seguridad de los alimentos, de protección del medio ambiente y del bienestar de los animales. Europa defiende un modelo agrario basado en criterios favorables a la protección del territorio, preservación del medio ambiente y de calidad de los productos, pero además, cada vez más al margen de las ayudas vinculadas a la política comercial y de precios. Es en este contexto en el que surgen los mecanismos de *modulación y condicionalidad de las ayudas*.

La modulación de las ayudas es un mecanismo de limitación de las posibles ayudas que pueden recibir determinadas explotaciones por diferentes conceptos, buscando el reequilibrio en la distribución de las ayudas. Se trata así de un mecanismo de ajuste presupuestario que permite decidir el destino de las ayudas, dando mayor legitimación social a las mismas. Ha de ser entendido como el trasvase de recursos desde las ayudas directas a la producción hacia medidas de desarrollo rural. Los pagos directos, con excepciones, se irán reduciendo cada año —regresividad— durante el período 2005-2012 (un 3 por 100 en 2005, un 4 por 100 en 2006 y después el 5 por 100 para el resto del período). Las cantidades así ahorradas se destinarán al desarrollo rural —destinadas a cuatro medidas complementarias: medidas agroambientales, forestación de tierras agrarias, cese anticipado de la actividad agraria y ayudas a zonas desfavorecidas— repartándose entre los Estados miembros. En España, el proceso de modulación se puso en marcha con el Real Decreto 2353/2004, de 23 de diciembre, sobre determinados regímenes de ayuda comunitarios a la agricultura para la campaña 2005/06 y a la ganadería para el año 2005. No obstante este proceso de modulación ha tenido su reflejo en legislación agraria autonómica: así la Ley 10/2003, de 20 de marzo, de modulación de ayudas agrarias de Castilla-La Mancha.

La condicionalidad de las ayudas supone la vinculación de la concesión de determinadas ayudas comunitarias al cumplimiento principalmente de determinados requisitos medioambientales. Para que los productores agropecuarios puedan optar a los pagos directos, han de mantener sus tierras en buenas condiciones agrarias, respetar las normas en materia de salud pública, zoonosidad y fitosanidad, medio ambiente y bienestar de los animales. La recepción de este mecanismo comunitario en España tiene lugar a través del Real Decreto 2352/2004, de 23 de diciembre, sobre la aplicación de la condicionalidad en relación con las ayudas directas en el marco de la política agrícola común, que establece las buenas condiciones agrarias y medioambientales que deberá cumplir el agricultor. Cuando no se respeten como consecuencia de

una acción u omisión directamente atribuible al productor agropecuario, el importe total de los pagos directos se reducirá o se anulará. Estamos ante unas ayudas que se conceden bajo una condición resolutoria, como ha mantenido reiteradamente la Jurisprudencia: «el ejercicio de la potestad administrativa de fomento, además de generar una ventaja para el sujeto fomentado, crea una relación jurídica entre la Administración y el preceptor de la ayuda, que queda vinculada, en virtud de la relación creada, por unas condiciones de inexcusable cumplimiento...; con la obligación por parte del destinatario de cumplir las condiciones y requisitos que se hubieran establecido o, en caso contrario, proceder a su reintegro» (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2001).

2. Intervención administrativa: el FEOGA.

La evolución de la PAC intensifica los mecanismos de intervención administrativa, tratando de introducir un control de la capacidad productiva comunitaria, para lo cual necesita una estructura administrativa y financiera compleja. La actual financiación comunitaria de la actividad agraria lleva a los autores a analizar básicamente dos fondos estructurales: el FEDER y el FEOGA-ORIENTACIÓN (Fondo Europeo de Orientación Agrícola). Este último tiene como objeto definido dar apoyo financiero a la PAC y mejorar las estructuras agrícolas.

En España el FEGA (Fondo Español de Garantía Agraria) desempeña la gestión centralizada de las actuaciones en materia de intervención y regulación de mercados, tales como las operaciones de compra, de venta y almacenamiento de productos agropecuarios en aplicación de las distintas organizaciones comunes de mercado. El FEGA está adscrito al MAPA y es un organismo autónomo cuyo estatuto fue aprobado por Real Decreto 1441/2001, de 21 de diciembre.

Termina la obra con el epígrafe dedicado al SIGPAC, previsto en el Real Decreto 2128/2004. Se trata de un sistema integrado de gestión de determinados regímenes de ayuda comunitarios establecido por la normativa comunitaria que obliga a crear un Sistema Gráfico Digital de Identificación de las Parcelas Agrícolas utilizando las técnicas informáticas de Información Geográfica. Este mecanismo aparece previsto en el Reglamento (CE) 796/2004, de 21 de abril, y su principal función es permitir el control de las solicitudes de pago directo. El FEGA, instado por la Comisión Europea, ha promovido la creación de un Sistema de Información Geográfica (SIGPAC), instrumento técnico que permitirá localizar e identificar con total precisión las parcelas declaradas por los agricultores y ganaderos para acogerse a los regímenes de ayuda basados en la superficie, superando el sistema de base catastral. El SIGPAC, como base de datos que describe de forma geométrica las parcelas, constituye un registro público de carácter administrativo, dependiente del FEGA y de las Consejerías de Agricultura de las Comunidades Autónomas, con información de las parcelas susceptibles de beneficiarse de las ayudas comunitarias y dispone de soporte gráfico del terreno y de las parcelas y recintos con usos o aprovechamientos agrarios definidos, cuya principal función es permitir el control de las solicitudes de pago directo efectuadas por los agricultores, pues ante la detección de casos de fraude las ayudas podrán disminuirse o suprimirse.

Por último, la obra *se cierra* con una selecta y actualizada bibliografía (págs. 287-295) y con un índice con el elenco de capítulos y epígrafes tratados (págs. 297-301).

Las plurales y sugestivas cuestiones aquí referidas, así como otros extremos que la naturaleza consustancialmente sucinta de una reseña nos costrañe de modo inevitable a preterir, son paradigma irrefutable del carácter actual que presenta la obra, la cual por su transparencia en la exposición y su rotundidad argumentativa en la aportación de soluciones, tal y como exige el más escrupuloso rigor científico, está abocada a constituirse en referencia inexcusable para el estudio del Derecho Agrario.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 229 (Noviembre 2006)

«En voz alta. Reflexiones sobre los procesos urbanísticos», por LA REVISTA, pág. 11.

«Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística», por Felipe Iglesias González, Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: 1. PREVIO.—2. UNIDADES DE EJECUCIÓN: 2.1. MODIFICACIÓN DE UNIDADES DE EJECUCIÓN. 2.2. NOTIFICACIÓN DE LA DELIMITACIÓN DE UNIDADES DE EJECUCIÓN. 2.3. DELIMITACIÓN DE UNIDADES DE EJECUCIÓN Y COEFICIENTES DE PONDERACIÓN. 2.4. IMPOSIBILIDAD DE INCLUIR DENTRO DE UNA UNIDAD DE EJECUCIÓN CLASES DE SUELO DIFERENTES.—3. SISTEMA DE COMPENSACIÓN: NULIDAD DE ESTATUTOS Y BASES POR FALTA DE PUBLICACIÓN PREVIA DE CONTENIDO NORMATIVO DE PLAN PARCIAL.—4. RÉGIMEN DE LA REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: 4.1. RÉGIMEN DE LAS TITULARIDADES DUDOSAS Y LITIGIOSAS. 4.2. EFECTOS DE LA APROBACIÓN DE PROYECTO DE COMPENSACIÓN SIN PREVIA EXPROPIACIÓN DE LOS PROPIETARIOS NO ADHERIDOS A LA JUNTA.—5. EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA: IMPOSIBILIDAD DE APROBAR UN PROYECTO DE TASACIÓN CONJUNTA CUANDO SÓLO EXISTE UNA FINCA EXPROPIADA.—6. CONVENIOS URBANÍSTICOS: 6.1. NULIDAD DE LA ADJUDICACIÓN DIRECTA DE CONTRATOS DE OBRA A TRAVÉS DE CONVENIOS URBANÍSTICOS. 6.2. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS URBANÍSTICOS.—7. OBRAS DE URBANIZACIÓN Y PROYECTOS DE URBANIZACIÓN: 7.1. PROYECTOS DE URBANIZACIÓN: EFECTOS DE LAS OMISIONES DE SU CONTENIDO EXIGIDO. 7.2. EFECTOS DE LA FALTA DE FINALIZACIÓN DE OBRAS DE URBANIZACIÓN.

«La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de licencias urbanísticas ilegales, demora injustificada en su otorgamiento y denegación improcedente (el art. 44.2 de la LRSV a la luz de la jurisprudencia)», pág. 55.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE «SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS» EN MATERIA URBANÍSTICA PREVISTO EN LA LEY 6/1998, DE 13 DE ABRIL, DE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES.—II. EN GENERAL SOBRE EL LUGAR QUE OCUPA EL ARTÍCULO 44.2 EN EL MARCO DEL TÍTULO V DE LA LRSV.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE SU CONTENIDO.—III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DERIVADA DE LA ANULACIÓN DE LICENCIAS URBANÍSTICAS ILEGALES.—IV. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DERIVADA DE LA DEMORA INJUSTIFICADA EN EL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS URBANÍSTICAS.—V. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DERIVADA DE LA DENEGACIÓN IMPROCEDENTE DE LICENCIAS URBANÍSTICAS.—VI. ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE RIGEN EN LA DETERMINACIÓN DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO POR EL RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LOS CASOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 44.2 DE LA LRSV.—VII. LA CONCURRENCIA DE DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA GRAVE EN EL PARTICULAR COMO CLÁUSULA DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

«Algunos conflictos competenciales en la gestión del agua (Un estudio jurisprudencial)», por María Rosario ALONSO IBÁÑEZ, pág. 111.

SUMARIO: I. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS CUENCAS INTERNAS Y LA INCIDENCIA DEL TRASPASO DE FUNCIONES Y SERVICIOS POR PARTE DEL ESTADO.—II. LA CONCURRENCIA DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES HÍDRICOS Y MEDIOAMBIENTALES.

«Estudio del trámite de consultas en los procedimientos de aprobación de planes urbanísticos a la vista de la última jurisprudencia relativa a los artículos 42.5.c) y 83 de la Ley 30/1992. Especial referencia a la suspensión del plazo para resolver y a los informes extemporáneos», por Jorge AGUDO GONZÁLEZ, pág. 127.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. EL INFORME EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE PLANES URBANÍSTICOS.—2. LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO LEGAL PARA RESOLVER MOTIVADA POR LA PETICIÓN DE INFORMES EN EL TRÁMITE DE CONSULTAS: 2.1. LA INTRODUCCIÓN DE UN NUEVO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO: EL CARÁCTER «DETERMINANTE» DE LOS INFORMES. 2.2. POSIBLES INTERPRETACIONES DEL CONCEPTO INFORME «DETERMINANTE» QUE LEGITIMA LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: 2.2.1. *Primera posibilidad: los informes determinantes sólo pueden identificarse con los vinculantes.* 2.2.2. *Segunda posibilidad: el concepto «informe determinante» constituye un concepto jurídico indeterminado que no necesariamente se identifica con los informes vinculantes.* 2.3. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LRJPAC Y LÓGICA APLICACIÓN GENERAL DE LA SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER A LA SOLICITUD DE TODOS LOS INFORMES PRECEPTIVOS Y DETERMINANTES. 2.4. LA FACULTAD DE SUSPENDER EL PLAZO LEGAL PARA RESOLVER: 2.4.1. *La suspensión no es automática, sino que requiere acuerdo expreso.* 2.4.2. *El acuerdo de suspensión debe ser comunicado a los interesados.* 2.5. RESUMEN DE POSIBILIDADES Y RECOMENDACIONES DE ACTUACIÓN.—3. EVACUACIÓN EXTEMPORÁNEA DE INFORMES: 3.1. EL ARTÍCULO 83.4.I LRJPAC:

«SI EL INFORME DEBIERA SER EMITIDO POR UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DISTINTA DE LA QUE TRAMITA EL PROCEDIMIENTO EN ORDEN A EXPRESAR EL PUNTO DE VISTA CORRESPONDIENTE A SUS COMPETENCIAS RESPECTIVAS, Y TRANSCURRIERA EL PLAZO SIN QUE AQUÉL SE HUBIERA EVACUADO, SE PODRÁN PROSEGUIR LAS ACTUACIONES»: 3.1.1. *El artículo 83.4 LRJPAC es aplicable a informes emitidos por Administraciones distintas a la que tramita el procedimiento administrativo*: 1. Un ejemplo aplicativo. La evacuación de informes en el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid. 2. La Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras. 3.1.2. *El informe a evacuar por la Administración informante debe tener como único objeto cuestiones de su competencia*. 3.1.3. *En caso de que el plazo para resolver transcurriera sin que se hubiera evacuado el informe, la administración competente para resolver podrá proseguir las actuaciones*: 1. La regla general del artículo 83 LRJPAC. 2. Especialidades sectoriales: 2.1. *La legislación de carreteras*. 2.2. *Referencia a otros supuestos en los que la Ley no prevé efectos favorables al informe no emitido*. 3.2. EL ARTÍCULO 83.4.II LRJPAC: «EL INFORME EMITIDO FUERA DE PLAZO PODRÁ NO SER TENIDO EN CUENTA AL ADOPTAR LA CORRESPONDIENTE RESOLUCIÓN»: 3.2.1. *Crítica al artículo 83.4.II LRJPAC*: 1. En relación con el diferente tratamiento otorgado a los informes en función de la administración informante. 2. Por la desconsideración expresa que se legitima de los informes extemporáneos. 3.2.2. *Consideraciones finales y planteamiento de la cuestión en un caso concreto a la luz de la legislación de carreteras*.

«Las operaciones jurídicas complementarias: normativa, jurisprudencia y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por Tomás IVORRA ARDITE, pág. 171.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS: CONCEPTO.—3. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA. EJEMPLOS DE OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS. LÍMITES.—4. EL EXPEDIENTE DE LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS.—5. COROLARIO.—6. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES DE LA DGRN ESTUDIADAS.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 261 (Julio-Septiembre 2006)

«Abuso de posición dominante», por Aldo FRIGNANI, pág. 859.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES: 1. FUNCIÓN DE LA PROHIBICIÓN. 2. DEFINICIÓN DE POSICIÓN DOMINANTE: 2.1. *El mercado de referencia*: 2.1.1. Nocción de mercado. 2.1.2. Carácter funcional del concepto. 2.1.3. La extensión material del mercado (el mercado de los productos de que se trata): 2.1.3.1. La intercambiabilidad desde el punto de vista de la demanda; 2.1.3.2. ¿Hasta qué punto deben ser intercambiables los productos para los usuarios? 2.1.3.3. La intercambiabilidad desde el punto de la oferta.

2.1.3.4. Los grupos de productos. 2.1.3.5. El denominado «Mercado a dos vertientes» (two sided market). 2.1.3.6. Los llamados «Mercados coligados» o «contiguos». 2.1.4. La extensión territorial del mercado: 2.1.4.1. Concepto. 2.1.4.2. Factores a tomar en consideración. 2.1.4.3. El grado de obstáculo a la importación pedida. 2.1.4.4. La extensión temporal del mercado. 2.1.5. Conclusión: importancia relativa de la cuestión. 3. LA POSICIÓN EN EL MERCADO: DOMINIO: 3.1. *Los criterios estructurales*: 3.1.1. Los principales criterios estructurales considerados. 3.1.2. La cuota de mercado. 3.1.3. El aspecto temporal. 3.1.4. Las barreras a la entrada. 3.1.5. La integración vertical. 3.1.6. La capacidad financiera. 3.1.7. Criterios estructurales no considerados. 3.1.8. El poder compensatorio. 3.2. *Los criterios de comportamiento: su función*. 3.3. *Dependencia económica (o poder de mercado relativo) y la teoría del contratante obligatorio*. 3.4. *Problemas particulares*: 3.4.1. Posición dominante y monopolio. 3.4.2. Posición dominante y oligopolio. 3.4.3. Posición dominante y el derecho de propiedad industrial. 3.4.4. Posición dominante en la compra (Nachfragemacht). 4. LA PARTE SUSTANCIAL DEL MERCADO COMÚN Y EL PERJUICIO AL COMERCIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS: 4.1. *Concepto*. 4.2. *Extensión*. 4.3. *El perjuicio al comercio entre Estados miembros*. 5. EL ABUSO: 5.1. *Abuso en las relaciones verticales y abuso en las relaciones horizontales*. 5.2. *Carácter objetivo del concepto*. 5.3. *Incidencia del móvil perseguido*. 5.4. *¿Debe el abuso llegar a consumarse?* 5.5. *¿Deben ser los efectos del abuso sensibles?* 5.6. *Criterios del comportamiento abusivo*. 6. EL NEXO ENTRE LA POSICIÓN DOMINANTE Y EL ABUSO.—II. LOS SUPUESTOS NOMINATIVAMENTE PREVISTOS: 7. PRECIOS EXCESIVOS: 7.1. *¿Cuándo un precio es excesivo?* 7.2. *Precios predatorios*. 7.3. *¿Cuándo un precio será predatorio?* 7.4. *Los precios tijeras*. 8. PRÁCTICAS EN MATERIA DE PRODUCCIÓN, DE MERCADOS, DE DESARROLLO TÉCNICO O DE INVERSIONES: 8.1. *Limitación o control de la producción*: 8.2.1. Los acuerdos de cobertura de las necesidades. 8.2.2. El rechazo no discriminatorio a contratar y sus causas de justificación. 8.2.3. Rechazo en el acceso a una instalación esencial (la essential facility doctrine). 8.3. *Limitaciones o control del desarrollo técnico y de las inversiones*. 8.4. *Conclusión: ¿impone el artículo 82 una obligación positiva de comportamiento competitivo?* 9. DISCRIMINACIÓN: 9.1. *Generalidades*. 9.2. *Discriminación de precios*. 9.3. *Discriminación en el suministro*. 9.4. *Descuentos de fidelidad*. 9.5. *Raising Rival's Costs*. 9.6. *Diferencias de trato fundadas en la diversa elasticidad de los mercados*. 10. LAS PRÁCTICAS DE VINCULACIÓN: 10.1. *Consideraciones generales*. 10.2. *Efecto de las prácticas de vinculación sobre la competencia*. 10.3. *Elementos constitutivos de la infracción*: 10.3.1. Significado de «subordinar». 10.3.2. Las prestaciones suplementarias. 10.3.3. Ausencia de relación. 10.4. *Causas de justificación*. 11. CONCLUSIONES.

«El “derecho de disposición” en el transporte internacional de mercancías por carretera», por Andrés REGALDE CASTELLS, pág. 946.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNCIÓN Y SIGNIFICADO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN.—III. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA: A) FUNDAMENTO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN. B) NATURALEZA JURÍDICA.—IV. TITULARIDAD DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN: A) EL REMITENTE TITULAR PRIMARIO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN. B) EL DERECHO DE DISPOSICIÓN DEL

DESTINATARIO. C) ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN A UN TERCERO.—V. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN: A) CONTENIDO DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN. B) LÍMITES GENERALES AL DERECHO DE DISPOSICIÓN.—VI. REQUISITOS DEL DERECHO DE DISPOSICIÓN: A) REQUISITOS FORMALES: PRESENTACIÓN DEL PRIMER EJEMPLAR DE LA CARTA DE PORTE. B) INSTRUCCIONES POSIBLES Y QUE NO PERJUDIQUEN A TERCEROS NI IMPIDAN LA GESTIÓN AUTÓNOMA DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE. C) PROHIBICIÓN DE LA DIVISIÓN DEL CARGAMENTO. D) PAGO DE LOS GASTOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL PORTEADOR.—VII. RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR: A) RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR INCUMPLIR LAS INSTRUCCIONES. B) RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR POR EJECUTAR LAS INSTRUCCIONES SIN RESCATAR LA CARTA DE PORTE.

«Sobre la relación causal entre la circunstancia omitida y el siniestro en los seguros de personas con especial referencia al de vida», por María Luisa MUÑOZ PAREDES, pág. 995.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS.—III. DERECHO ESPAÑOL.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 23 (Enero-Junio 2006)

«El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo y su incidencia en el sector eléctrico», por Carlos DOMÍNGUEZ LUIS, pág. 11.

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO, Y AL REAL DECRETO-LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1.1. LA REFORMA DE 1997. 1.2. EL REAL DECRETO-LEY 5/2005.—2. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES REFORMAS OPERADAS POR EL REAL DECRETO-LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, EN EL SECTOR ELÉCTRICO: 2.1. MEDIDAS HORIZONTALES. 2.2. TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN EN EL MERCADO DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA. 2.3. RACIONALIZACIÓN DE LOS COSTES DEL SECTOR ELÉCTRICO. 2.4. CREACIÓN DEL MERCADO IBÉRICO DE LA ELECTRICIDAD.—3. OTRAS REFORMAS.

«La evaluación ambiental de los planes y programas en la normativa estatal y madrileña», por Carlos YÁÑEZ DÍAZ, pág. 71.

SUMARIO: 1. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL PREVENTIVA.—2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL.—3. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LOS PLANES Y PROGRAMAS.—4. SU TRANSPOSICIÓN EN LA COMUNIDAD DE MADRID. LA EXPERIEN-

CIA DE LA LEY 2/2002, DE 19 DE JUNIO, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—5. EXAMEN DE ALGUNAS EVALUACIONES AMBIENTALES DE PLANES GENERALES DE ORDENACIÓN URBANA REALIZADAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID: 5.1. AGUAS. 5.2. SANEAMIENTO Y DEPURACIÓN. 5.3. INFRAESTRUCTURAS. 5.4. CONTAMINACIÓN. 5.5. CALIDAD DE LOS SUELOS. 5.6. PROTECCIÓN DEL MEDIO NATURAL. 5.7. NORMAS URBANÍSTICAS DE LOS PLANES GENERALES.—6. LA LEY 9/2006, DE 28 DE ABRIL, DE EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE DETERMINADOS PLANES Y PROGRAMAS EN EL MEDIO AMBIENTE.—7. CONCLUSIONES.

«El desistimiento y su bilateralidad en el proceso contencioso-administrativo», por Valeriano PALOMINO MARÍN, pág. 105.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA BILATERALIDAD EN EL PROCESO CIVIL: 2.1. FUNDAMENTO: 2.1.1. *Sujeción del demandante al proceso*. 2.1.2. *Interés del demandado*. 2.2. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. 2.3. MOMENTO EN QUE SE EXTINGUE EL PROCESO.—3. LA BILATERALIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 3.1. EN LA LEY DE 1956. 3.2. EN LA VIGENTE LEY DE LA JURISDICCIÓN: 3.2.1. *En la primera instancia*. 3.2.2. *En apelación y casación*. 3.3. EL DESISTIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA.—4. EL INTERÉS PÚBLICO COMO ÓBICE DEL DESISTIMIENTO.

«Análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid para 2006 en el conjunto de impuestos estatales cedidos», por Juan CALVO VÉRGEZ, pág. 105.

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CESIÓN DE IMPUESTOS DEL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—2. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 7/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID: 2.1. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. 2.2. IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO. 2.3. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. 2.4. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS: 2.4.1. *Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas*. 2.4.2. *Modalidad Actos Jurídicos Documentados*. 2.5. TASA FISCAL SOBRE LOS JUEGOS DE SUERTE, ENVITE O AZAR.

«Potestad disciplinaria y Administración Pública», por Juan B. LORENZO DE MEMBIELA, pág. 153.

SUMARIO: 1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO COMO POTESTAD ADMINISTRATIVA: 1.1. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO EN LA DOCTRINA: 1.1.1. *La denominada relación de sujeción especial de los funcionarios públicos*. 1.1.2. *Responsabilidad administrativa*. 1.2. LA POTESTAD DISCIPLINARIA EN EL DERECHO COMPARADO.—2. DERECHO PENAL Y DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO.—3. POTESTAD DISCIPLINARIA, DERECHO AL CARGO Y HONOR DEL FUNCIONARIO.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Años 2005 y 2006

«Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de los pactos sucesorios en la Ley Aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero)», por Carmen BAYOD LÓPEZ, pág. 15 (sin sumario).

«La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa», por Rafael BERNAD MAINAR, pág. 45.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JUNTA DE PARIENTES EN LA LEY DE SUCESIONES *MORTIS CAUSA*: 1. APROXIMACIÓN. 2. ANÁLISIS DE LA LEY: 2.1. *Aceptación y repudiación de herencia*. 2.2. *Partición de herencia*. 2.3. *Sucesión paccionada*. 2.4. *Fiducia sucesoria*. 2.5. *Otras atribuciones posibles*.—III. LA JUNTA DE PARIENTES EN LA LEY DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUDEDAD: 1. APROXIMACIÓN. 2. ANÁLISIS DE LA LEY: 2.1. *Disposiciones generales*. 2.2. *Capítulos matrimoniales*. 2.3. *Gestión del consorcio*: 2.3.1. De la economía familiar. 2.3.2. Gestión de los bienes comunes. 2.4. *Liquidación y división del consorcio*. 2.5. *Usufructo viudal*. 2.6. *Otras atribuciones posibles*. 2.7. *Disposición Final segunda*.

«La dote prometida en el proceso *iurisfirmae gravaminum factorum mariannae las eras*», por Natividad RAPÚN GIMENO, pág. 95 (sin sumario).

«La colación en el Derecho Civil aragonés», por José Luis PUEYO MOY, pág. 123.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS.—III. CONCEPTO.—IV. FUNDAMENTO DE LA COLACIÓN.—V. CARACTERES DE LA COLACIÓN: 1. VOLUNTARIEDAD. 2. SOLEMNIDAD. 3. PREEXISTENCIA DE ATRIBUCIÓN LUCRATIVA. 4. EXISTENCIA DE HEREDEROS. 5. ALCANCE DE LA COLACIÓN. 6. INNECESARIEDAD DE SIMULTANEIDAD EN EL TIEMPO DE LA LIBERALIDAD CON LA ORDENACIÓN DE COLACIONAR.—VI. SUJETOS: 1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN. CUALIDAD DE HEREDERO EN LA ACTUALIDAD. 2. VECINDAD CIVIL. 3. REQUISITOS DE CAPACIDAD.—VII. OBJETO DE LA COLACIÓN.—VIII. FORMA.—IX. COLACIÓN, LEGÍTIMA E INOFICIOSIDAD: 1. COLACIÓN, COMPUTACIÓN E IMPUTACIÓN. RELACIONES Y DIFERENCIAS CON LA LEGÍTIMA. 2. PRIMACÍA DEL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA COLACIÓN SOBRE LAS NORMAS DE INOFICIOSIDAD. 3. REFERENCIAS EN LA LEY DE SUCESIONES ARAGONESA. COLACIÓN Y REDUCCIÓN.—X. PRÁCTICA Y EFECTO DE LA COLACIÓN.—XI. DIFERENCIAS ENTRE LAS OPERACIONES DE COLACIÓN Y LEGÍTIMA.—XII. LA DISPENSA Y LA REVOCABILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COLACIONAR.—XIII. CONCLUSIONES.

«Usufructo de fondos de inversión en la Ley de Régimen Económico-Matrimonial y Viudedad», por M.^a Carmen SÁNCHEZ GARCÍA, pág. 163.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ELEMENTOS DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN.—III. REFERENCIA A LA NORMATIVA CATALANA.—

IV. USUFRUCTO SOBRE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS Y PARTICIPACIONES DE SOCIEDADES LIMITADAS.—V. EL ARTÍCULO 118 DE LA LREMV.—VI. ELEMENTO OBJETIVO DEL PRESUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 118 DE LA LREMV.—VII. EL DEVENGO DE LA PLUSVALÍA EN LOS FONDOS DE INVERSIÓN.—VIII. BENEFICIARIO DE LA RIQUEZA GENERADA POR EL FONDO.—IX. IMPORTE DE LA PLUSVALÍA.—X. LA FACULTAD DE EXIGIR EL REEMBOLSO.—XI. REINVERSIÓN DE LO REEMBOLSADO.—XII. CONSIDERACIONES FINALES.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Número 109 (Enero-Abril 2006)

- «Jueces y reforma judicial en Costa Rica», por Luis Paulino MORA MORA, pág. 15.
- «El abogado: entre el derecho y la política», por Celín ARCE GÓMEZ, pág. 33.
- «El abogado y la capacitación en materia de agresión y psicopatología forense», por Álvaro BURGOS M., pág. 59.
- «La participación del garante en el proceso hipotecario: un litis consorcio innecesario», por Laura María LEÓN OROZCO, pág. 79.
- «*Underwriting*: Contrato financiero moderno», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 91.
- «Causales de fondo del recurso de casación civil», por Luis Guillermo RIVAS LOÁICIGA, pág. 119.
- «La defensa de la defensa», por César PÉREZ NOVARO, pág. 129.
- «El cambio cualitativo en el ejercicio profesional de la abogacía: CIJUL en línea», por Iliana ARCE UMAÑA, pág. 141.
- «Tendencias de la justicia electoral: Latinoamérica y sus desafíos democráticos», por Antonio SOBRADO GONZÁLEZ, pág. 155.
- «El papel del abogado en el desarrollo de las audiencias penales. El problema de la inasistencia injustificada», por Gary AMADOR B. y Erika HERNÁNDEZ, pág. 185.
- «El abogado ante la moral, la ética y la deontología jurídica», por Carlos CHINCHILLA SANDÍ, pág. 205.
- «Deber de probidad y el ejercicio de la abogacía en la función pública», por Christian E. CAMPOS MONGE, pág. 235.