

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXII • Enero-Febrero 2006 • Núm. 693

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

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

Comisión Ejecutiva:

D. Eugenio Rodríguez Cepeda.
D. Juan José Pretel Serrano.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gállico.

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

revista.critica@corpme.es

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

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

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

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

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

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

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Los patrimonios fiduciarios y el <i>trust</i> », por ESTHER ARROYO I AMAYUELAS	11
«La capacidad jurídica en las personas físicas y en los entes morales», por JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE	63
«Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario», por JESÚS FLORES RODRÍGUEZ	121
«La sociedad de gananciales y la responsabilidad extracontractual», por JOAQUÍN RAMS ALBESA	145

DICTÁMENES Y NOTAS

«Dos observaciones en materia de recursos en torno al Derecho Foral aragonés», por PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS	185
«Aplicación de la teoría de las bases geográficas registrales al expediente de dominio», por ÓSCAR GERMÁN VÁZQUEZ ASENJO	195

DERECHO COMPARADO

«Análisis doctrinario del catastro en el Derecho peruano y extranjero», por FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE	223
--	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	273
--	-----

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

- Cambio de los apellidos y alcance a los descendientes, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 293

1.2. Derecho de familia:

- Ruptura unilateral de una unión no matrimonial: existencia o inexistencia de indemnización a favor de uno de los convivientes, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 296

1.3. Derechos reales:

- Constitución de hipoteca en garantía de fianza que asegura, a su vez, un crédito hipotecario cuando ambas hipotecas recaen sobre la misma finca, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 303
- Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 309

1.4. Sucesiones:

- La captación de la voluntad en los testamentos, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL 315

1.5. Obligaciones y contratos:

- La obligación de restituir surge cuando se recibe una cosa que no hay derecho a cobrar y que por error es indebidamente entregada, por ISABEL MORATILLA GALÁN 319
- Reparación de los derechos de tanteo y retracto a la luz de la Ley 26/2005, de 30 de noviembre: Su análisis doctrinal y jurisprudencial, por ROSANA PÉREZ GURREA 324

1.6. Responsabilidad civil:

- En torno a la publicidad de los alimentos de bajo valor energético para reducción de peso, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ 330

— Responsabilidad por riesgo de la entidad gestora de una estación de esquí por falta de protección de los elementos integrantes de la misma, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ	344
2. DERECHO MERCANTIL, coordinado por M. ^a JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ.	
— Participación cualificada en el capital social y derecho de información de los accionistas, por MARÍA JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ	349
— Acceso al Consejo de Administración de una sociedad competidora a través del sistema de representación proporcional, por JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA	371
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— De nuevo sobre el acceso al Registro de la Propiedad de actos administrativos adoptados por silencio administrativo, por VICENTE LASO BAEZA	380

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	389
--	-----

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo», de ANTONI VAQUEZ, por ESTEVE BOSCH CAPDEVILA	399
«Teoría tópica del Derecho natural», de FRANCISCO PUY MUÑOZ, por GUILLERMO HIERREZUELO CONDE	401

REVISTA DE REVISTAS	407
----------------------------------	-----

ESTUDIOS

Los patrimonios fiduciarios y el *trust*^{*}

por

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS

Profesora Titular Departamento de Derecho Civil UB

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA REVIVISCENCIA DEL PATRIMONIO «DE DESTINO» O «AFECTACIÓN»:
 1. DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL PATRIMONIO [...].
 2. [...] A LA CONSIDERACIÓN UNITARIA DE LOS BIENES DESTINADOS A UNA FINALIDAD.
 3. EL «DESTINO» COMO BASE DE LA AUTONOMÍA DE PATRIMONIOS (INDEPENDIENTES O SEPARADOS):
 - 3.1. *La evolución de la teoría clásica del patrimonio.*
 - 3.2. *La situación en España.*
 - 3.2.1. Instrumentos de cohesión.
 - 3.2.2. Patrimonios autónomos de destino (sin personalidad).
 - 3.2.3. Patrimonios separados de destino.
- III. ¿LÍMITES DE ORDEN PÚBLICO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIOS FIDUCIARIOS?:
 1. PRESENTACIÓN DEL *TRUST* COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE ACTIVOS.
 2. EL *ASSET PROTECTION TRUST* Y SUS MODALIDADES: UK, EE.UU., QUÉBEC.

(*) El trabajo constituye una versión ligeramente modificada de una anterior publicada bajo el título «Dos principios básicos para la incorporación del *trust* en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad», en GARRIDO MELERO, Martín-FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, II, Madrid-Barcelona, Consejo General del Notariado-Bosch casa ed. (eds.), 2005, 857-906, y que con el permiso de los autores reproduzco aquí. El artículo forma parte de las actividades del Grupo de investigación consolidado UB-UAB dirigido por el Profesor FERRAN BADOSA COLL, financiado y con reconocimiento de la Generalitat de Catalunya (2005 SGR 00759) y se integra igualmente en el proyecto MEC SEJ 2005-08987, también dirigido por el mismo Profesor BADOSA.

3. AUTONOMÍA NEGOCIAL VS. FAVOR CREDITORIS EN LAS JURISDICIONES QUE RECONOCEN EL TRUST.
4. ¿Y EN ESPAÑA? EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. EXCEPCIONES Y GARANTÍAS.

IV. CONCLUSIONES.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO

El mayor atractivo de la incorporación del *trust* en los países de *Civil Law* radica en la creación de patrimonios separados, afectados a la consecución de determinadas finalidades, que eviten el recurso a figuras típicas del sistema civilista como la creación de nuevas personas jurídicas —opción económicamente menos rentable— o el mandato —supuesto que, en ciertos casos y respecto determinadas gestiones (*vgr.*, inversión en fondos) el mandante no posee los conocimientos necesarios para dar instrucciones al mandatario.

El objetivo de las páginas que siguen es modesto y simplemente apunta algunos datos que permiten explicar por qué el reconocimiento y posterior regulación del *trust* en nuestro país no chocaría con ningún principio de orden público. No pretendo explicar cuáles son las bases conceptuales sobre las cuales se debería regular el instituto (1), sino tan sólo constatar la existencia en el Derecho español (y catalán) de algunos de los elementos que le son inherentes, como los patrimonios autónomos y separados, reconocidos tanto por la legislación como por la doctrina y la jurisprudencia. Seguidamente analizaré por qué creo que la operación de afectar bienes en *trust* no merece ningún tipo de rechazo basado en una hipotética infracción del artículo 1.911 del Código Civil y, como ejemplo, utilizaré la hipótesis del *trust* «de protección de activos», por ser su recepción en los países que ya regulan el *trust* la que más polémica suscita en torno a la aceptación de que determinados bienes o rentas queden al abrigo de los acreedores personales del constituyente.

(1) Para una perspectiva completa y cuidada de los aspectos que caracterizan al *trust* en sus múltiples manifestaciones, vid. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «El *trust* y la fiducia: Posibilidades para un armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, 1099-1172. Con especial detenimiento en la fiducia en Québec, CANTIN CUMYN, Madeleine, «The trust in a civilian context: the Québec case», 2 (1994), *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 69-77; ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «La regulación quebequesa del *trust*», 10-11 (2001), *La Notaría*, 91-119.

En otro lugar analizo con detalle el articulado del anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios. Ello excusa que dedique al mismo una atención poco más que testimonial en estas páginas (2).

II. LA REVIVISCENCIA DEL PATRIMONIO «DE DESTINO» O «AFECTACIÓN»

El patrimonio es el conjunto de bienes que pertenecen a una persona y con los cuales ésta responde de sus obligaciones (art. 1.911 del CC) (3). Es una universalidad (bienes, derechos, frutos, rentas) cuyas características vienen descritas por la existencia del principio de subrogación real, la posibilidad de expansión mediante la incorporación de nuevos bienes y la autofinanciación (4).

1. DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL PATRIMONIO [...]

Los principales exponentes de lo que en Francia se conoce como «teoría unitaria» del patrimonio son los alsacianos Charles AUBRY (1803-1883) y Frédéric-Charles RAU (1803-1877) (5), que detalladamente la explican en su *Cours de Droit civil français* (6), en el que asumen y posteriormente desa-

(2) ARROYO AMAYUELAS, Esther, «¿Porqué el *trust* en Cataluña?, en *La Notaría*, monografía especial dedicada a la publicación de las actas del *III Congrès de Dret Civil Català: «Els patrimonis fiduciaris i el trust»* (Tarragona, 20 y 21 de octubre de 2005), dirigido por Martín Garrido Melero y Sergio Nasarre Aznar (en prensa).

(3) En el ámbito del Código Civil entienden que las deudas forman parte del patrimonio, como elemento pasivo, DE LOS MOZOS, José Luis, «Aproximación a una teoría general del Patrimonio», 2 (1991), *Revista de Derecho Privado*, 595, 603; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, I, Librería Bosch, Barcelona, 2002¹⁵, 507. Para el Derecho Civil catalán, vid. BADOSA COLL, Ferran, en BADOSA COLL, Ferran (dir.) - MARSAL GUILLAMET, Joan (coord.), *Manual de Dret Civil català*, Marcial Pons (ed.), Barcelona-Madrid, 2003, 204, que explica que la inclusión o no del pasivo es algo que depende en cada caso de la regulación concreta.

(4) BADOSA, *Manual*, 203-204.

(5) Para la biografía y el método de estos autores, vid. HALPÉRIN, Jean Louis, *Histoire du Droit Privé français depuis 1804*, PUF, Paris, 1996, § 34, 65-66; JESTAZ, Philippe-JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2003, 80-82.

(6) AUBRY, Charles-RAU, Charles, *Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1917⁵, §§ 573-583, 333-382. Según leo en KUHN, Céline, *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité* (tesis dirigida por el Prof. Dr. Thierry Revet, Paris I, 2003), los autores desarrollan su propia teoría sobre el patrimonio ya a partir de la 4.ª edición; la 5.ª edición, que es la que ahora se maneja, fue continuada por el hijo de RAU con FACILMAIGNE y GAULT pero al final la acabó el profesor de Derecho Civil de la Universidad de París, ETIENNE BARTIN (entre 1897 y 1922); una 6.ª edición fue abordada por ESMEIN (entre 1936 y 1956).

rollan las tesis previamente expuestas por Karl Salomo ZACHARIÄ VON LINGENTHAL (1769-1843), en un manual escrito por primera vez en 1808 para las zonas germánicas en las que se aplicaba el *Code Napoléon* (7). Este autor, a su vez, no hacía más que asumir la importancia que la pandectística había otorgado a la idea de patrimonio (8).

De este último, ZACHARIÄ predicaba las notas de universalidad y de inherencia a la personalidad. «Patrimonio» y «personalidad» debían reputarse conceptos indisolubles hasta el extremo de confundirse:

«[D]as Vermögen ist nicht selbst ein äusserer Gegenstand, sondern nur die Idee der rechtlichen Einheit alle der Gegenstände, die einer bestimmten Person gehören, oder die Persönlichkeit des Menschen selbst in ihrer Beziehung auf die äusseren Gegenstände seiner Rechte. Das Vermögen ist daher ein rechtliches Ganzes, eine Gesamtheit (Universitas juris)» (9).

«[...] das Vermögen is die Persönlichkeit des Menschen selbst, diese in Beziehung auf die Güter betrachtet, ueber welcher der Mensch gebietet» (10).

«[D]er Mensch erwirbt sein Vermögen nicht, sonder er hat, wenn und so lange ihm die Eigenschaft der Persönlichkeit zukommt, kraft Gesetzes ein Vermögen, wenn sich auch das Vermögen, das er hat, seinen Gegenständen nach in der Zeit vermehren oder vermindern kann» (11).

Consecuente con todo ello, ZACHARIÄ desarrolló la idea de que el patrimonio es indivisible, a lo que no obsta la división en partes alcuotas (12).

pero ésta no contiene la teoría del patrimonio y, en fin, una 7.^a edición fue llevada a cabo por A. PONSARD, pero no pudo ser finalizada (1989). El trabajo de la Dra. KUHN es inédito, por lo que le agradezco enormemente la amabilidad que ha tenido al enviármelo desde la Faculté de Droit et Economie de l'Université de La Réunion para que pudiera consultarlo. Sobre la teoría desarrollada por AUBRY y RAU, ahora, ZENATTI, Frédéric, «Mise en perspectiva et perspectives de la théorie du patrimoine» (2003), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 667-677.

(7) Aquí se citará la 7.^a edición de 1886. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Karl Salomo, *Handbuch des französischen Privatrechts*, III, Ernst Mohr's Verlag, Heidelberg, 1886⁷ (edición preparada por Heinrich Dreyer).

(8) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 529, n. 1, con cita de WINDSCHEID, *Pandekten*, I, § 42: «[D]ie Lehre von dem Vermögen beruht auf den Abstraktionen der deutschen gemeinrechtliche Doktrin».

(9) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 530.

(10) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 575, 532.

(11) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 575, 534.

(12) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 530: «Es kann nur in sovielste Theile, nicht aber in für sich bestimmte oder für sich bestimmte Theile (nur in partes quotas und nicht in partes quantas) getheilt werden». También, *op. cit.* § 575, 532-533: «[O]bwohl das Vermögen, wenn mann es für sich und abgesehen von der Person seines Eigenthumers betrachtet (nach sovielsten Theilen, nach partibus quotis) theilbar ist, so ist es doch in Beziehung auf seinen Eigenthümer oder so ist doch das Eigenthum am Vermögen (ganz so wie die Persönlichkeit des Eigenthümers selbst) ein untheilbarer Gegenstand. [...] Eben so können die Gläubiger einer bestimmten Person obwohl ihr Schuldner einen Theil seines (dermaligen) Vermögens verschenkt hat, dennoch wegen des

Por tanto, una misma persona no puede ser titular de dos patrimonios puesto que si, como se acaba de decir, el patrimonio es emanación de la personalidad, ésta no puede reconocerse en dos patrimonios distintos:

«[...] eine und dieselbe Person nicht mehr als ein Vermögen besitzen, es ware denn, dass die Gesetze eine und demselben Individuo eine mehrfache Persönlichkeit beilegen oder dass sie von dem Vermögen einer Person gewisse Güter gleich als ein für sich bestehendes Vermögen -sei es dem Eigenthümer des Vermögens (beneficium inventarii, s. auch Art. 1483) oder dritten Personen (beneficium separationis, Art. 878)- zu sondern gestatteten» (13).

AUBRY y RAU retoman casi literalmente las consideraciones de ZACHARIÄ y definen el patrimonio —apenas con este nombre tipificado en el *Code*— como una universalidad de bienes presentes y futuros, con valor pecuniario y, sobre todo, «dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'home» (14). Se continúa afirmando que el patrimonio es una prolongación de la personalidad —aunque no se confunde con ella— (15) y, por tanto, de ahí se sigue que sólo las personas pueden ser titulares de un patrimonio y que toda persona sólo posee un patrimonio (aunque actualmente no posea ningún bien) (16). Como la personalidad, el patrimonio es indivisible (salvo en cuotas ideales) y además así lo impone su naturaleza incorporal (17). No deja de reconocerse que existen «certaines universalités juridiques qui s'en distinguent», como el beneficio de inventario o la *separatio bonorum* hereditaria, pero tal separación de la herencia y del patrimonio personal del heredero no hace sino confirmar que, en realidad, ambos forman parte de él (18).

ganzen Betrages ihrer Forderungen auf das gesammte übrige Vermögen ihres Schuldners Beschlag legen».

(13) ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Handbuch*, § 573, 530.

(14) AUBRY-RAU, *Cours*, § 573, 334-334. La frase en cursiva en pág. 334, n. 6: «[L]e patrimoine étant dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non seulement *in actu* les biens déjà acquis, mais encore *in potentia* les biens à acquérir. C'est ce qu'exprime très bien le mot allemand *Vermögen*, qui signifie tout à la fois, *pouvoir* et *patrimoine*. Le patrimoine d'une personne est sa puissance juridique, considérée d'une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d'espace»; además, *Cours*, § 577, 349, 351: «[...] il ne le perd [le patrimoine] qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même». En cuanto a la valoración económica, que permite entrar en funcionamiento el principio de la subrogación real y explicar la teoría de los daños y perjuicios debidos, vid. *Cours*, § 575, 340-346.

(15) AUBRY-RAU, *Cours*, § 576, 347.

(16) AUBRY-RAU, *Cours*, § 573, 335-336.

(17) AUBRY-RAU, *Cours*, § 574, 336, 339; § 577, 352.

(18) AUBRY-RAU, *Cours*, § 574, 338-339.

Tales construcciones teóricas permitían explicar el principio de transmisión *mortis causa* de los bienes (19) y, sobre todo, la responsabilidad universal ilimitada del deudor (20).

En definitiva y para resumir: si el patrimonio es atributo de la personalidad, entonces debe necesariamente imputarse a un titular, pero no es posible ser titular de dos patrimonios a la vez, puesto que el patrimonio de una persona comprende todos sus bienes a la vez. Y, de la misma manera que no pueden existir personas sin patrimonio —porque son los bienes los que responden de los actos de las personas—, tampoco pueden existir bienes sin propietario porque éstos siempre y sólo existen por intermediación de la persona.

2. [...] A LA CONSIDERACIÓN UNITARIA DE LOS BIENES DESTINADOS A UNA FINALIDAD

La pandectística cuestionó que el patrimonio debiera necesariamente mantener su unidad en base a su relación con una persona e introdujo la idea según la cual éste podía «pertener» también a una finalidad. Se da paso así a la teoría del patrimonio de destino o finalidad (*Zweckvermögen*). La novedad cabe imputarla a Aloys BRINZ (1820-1887) (21), según cuenta Ernst

(19) *Cours*, § 577, 349, 351 : «[...] il ne le perd [le patrimoine] qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même»; *Cours*, § 582, 373: «[...] le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité [il en résulte que ceux qui sont simplement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens d'un individu décédé, sans continuer sa personne juridique, ne succèdent, à vrai dire, qu'à ces biens, et non au patrimoine, et ne sont, par conséquence, que des successeurs particuliers (...)]». *Vid.* también SÉVE, R., «Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau», 24 (1979), *Archives de Philosophie de Droit*, 249.

(20) *Cours*, § 579, 366-368: «[L]'indivisibilité du droit de gage établi par l'art. 2.092 conduit à reconnaître que tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations, quelle que soit l'époque à laquelle ces obligations ont pris naissance, et celle à laquelle ces biens ont été acquis, sans que les créanciers antérieurs aient aucune préférence à réclamer sur les créanciers postérieurs, et sans qu'à l'inverse les derniers puissent prétendre primer les premiers, sur les biens qui ne se trouvaient pas encore dans le patrimoine du débiteur au moment où il s'est engagé envers ceux-ci».

(21) BRINZ, Aloys, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873², §§ 59-64, 209 y sigs.; en concreto, § 61, 201-202: «[S]prachlich kann etwas nicht blos irgendwem, sondern auch für etwas gehören. Es ist unsere Behauptung, dass wie sprachlich, so rechtlich etwas für etwas gehören könne, dass in der That einzelne Sachen wie ganze Vermögen in anabsehbaren Massen für etwas gehören, und dass alle die Sachen und Vermögen, die das Römische Recht das einmal juristisch nüchtern als *res nullius*, das anderemal populär-personificierend als Güttern, Städten, Tempeln und gar vielen anderen Dingen —gehörig hinstellt, sämtlich für etwas gehört haben. Der Beweis hierfür liegt mehr als in allem anderen in lögischer Nothwendigkeit. Da keine Person zu nennen ist, der sie gehört haben, muss etwas gewesen sein, wofür sie gehört haben. Um eben deswillen haben sie für ein Zweck gehört; denn in dem wofür liegt unabweichlich

Immanuel BEKKER (1827-1916) que es quien luego desarrolla —y modifica— sus ideas (22). La teoría del patrimonio de destino toma sus bases ideológicas de la de los derechos sin sujeto y, en su esencia, está la reacción contra la ficción, desarrollada por SAVIGNY (1779-1861) (23), que suponía otorgar personalidad jurídica a un patrimonio (24).

En palabras de BRINZ, el patrimonio de destino se caracteriza, precisamente, por ser un patrimonio sin sujeto e incompatible con él (25). Es el destino y no la persona lo que permite entender que los bienes no son *nullius* y, por tanto, aquél sustituye a ésta en el mantenimiento de su unidad. BEKKER, por el contrario, incluye entre los patrimonios de destino también al de las personas jurídicas (26). Además, en el desarrollo del pensamiento de BRINZ, BEKKER da un paso más al admitir afectaciones parciales (*partiale Zweckvermögen*) que dan lugar a los llamados «*Sondergüter*» o «*Sondervermögen*», es decir, patrimonios con una finalidad determinada dentro del patrimonio general del individuo. La característica principal de tales patrimonios es que su existencia permitirá limitar la responsabilidad patrimonial del deudor y, a los ejemplos del Derecho romano clásico (peculio, dote, hipoteca legal), BEKKER añade el que modernamente proporcionaba el Derecho Mercantil de la época, con el florecimiento de las sociedades mercantiles (27). El patrimonio sepa-

der Zweckgedanke. Folgeweise nannten wir derlei Vermögen Zweckvermögen»; *op. cit.*, § 124, 451: «[E]s gibt aber Vermögen ohne Inhaber. In diesen tritt dann an die Stelle des Habens der weitere Begriff des Gehörens, und an die Stelle der Person die hat oder der gehört, ein Zweck für den gehört»; *idem*, BRINZ, Aloys, *Lehrbuch der Pandekten*, III-2 Abtheilung, I. Lieferung, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1888, § 432-454, 453 y sigs.

(22) BEKKER, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Hermann Böhlau, Weimar, 1886, § 42, 142: «[B]rinz ist so zu sagen der Vater des “Zweckvermögens”».

(23) SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, II, Beit und Comp., Berlin, 1840, § 85 y sigs., 235 y sigs. Sobre todo ello, COING, Helmut, *Derecho Privado europeo*, II, Fundación Cultural del Notariado (ed.), Madrid, 1996 (trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, en base a la obra original, *Europäisches Privatrecht*, II, Beck, München, 1989), 422-428. Comenta la reacción desde la perspectiva francesa, HALPÉRIN, *Histoire*, 198-200.

(24) BRINZ, *Lehrbuch*, I, § 59, 194: «[N]ur die Menschen sind Personen»; *op. cit.*, III-2, § 432, 459.

(25) BRINZ, *Lehrbuch*, I, § 62, 207: «[D]as *pertinere ad aliquem* und *ad aliquid* schliesst sich gegenseitig aus»; *op. cit.*, III-2, § 432, 457: «[I]nsolange nicht der Zweck anstatt des Subjektes als Gehörpunkt des Vermögens anerkannt wird, ist Zweckermögen in meinem Sinne nicht vorhanden».

(26) Para la réplica, BRINZ, *Lehrbuch*, I, § 62, 207-208.

(27) BEKKER, *System*, I, § 42, 142, § 43, 146: «[I]m Gegensatz zu der Regel, dass Obligatorische Akte gegen ein ganzes Vermögen wirken, wird in besonderen Fällen nur ein Teil eines Vermögens Objekt der entstehenden Forderungen». Para los ejemplos, *op. loc. cit.* § 43, 147 y sigs. Además, BEKKER, «Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handels Vermögen und Actiengesellschaften» IV (1861), *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*, 499-567, esp. 537 y sigs.

rado es, pues, un patrimonio que se segrega del general del deudor, que ya no responde subsidiariamente de las deudas que aquél genera. La originalidad frente a la tesis de BRINZ radica en que en la concepción de este autor el patrimonio de destino es único y, por tanto, responde siempre en base a la regla general «[E]in Vermögen, dieselben Schulden» (28). Con todo, la afirmación fue rebatida posteriormente por el mismo BRINZ que alegaba que, todo lo contrario, mientras que la persona responde siempre con todo su patrimonio — porque de ella son las deudas—, el afectado a un fin sólo lo hace frente a los acreedores con los que debe ponerse en relación la finalidad o el destino — porque, a diferencia de lo que ocurre con el «Personalvermögen», las deudas del «Zweckvermögen» pertenecen a él y no a una persona (29).

Siguiendo con la teoría de BEKKER, la separación no puede ser arbitraria ni indiscriminada. El autor matiza que debe ser la ley, no el deudor unilateralmente ni de acuerdo con sus acreedores, la que opere tales límites sobre las reglas generales de la responsabilidad (30). Sobre tal aserto volveremos posteriormente, esta vez a la luz de los principios establecidos en las codificaciones modernas (vid. *infra* II Parte).

(28) BEKKER, *System*, I, § 42, 143: «[D]ie Berücksichtigung der Schulden bei dem Vermögen drängt aber sofort auch zu einer andern Wahrnehmung. Ein Vermögen, dieselben Schulden; das gilt als Regel zweifellos. Aber bisweilen ergreifen dieselben Schulden, ein besonderes auf diese Zweck gerichtetes Tun der bei der Erzeugung der Schulden beteiligten Personen [...] nur einen Teil der zu einem grösseren Vermögen zusammengeschlossene Rechte [...] Damit ist die Notwendigkeit der Annahme des Sonderguts gegeben, dessen volle Bedeutung auch in der neuesten Brinzschen Darstellung nicht zur geltung kommt».

(29) BRINZ, *Lehrbuch*, III, § 432, 457-458: «[E]s ist auch hier mit der Behauptung zu beharren, dass das Wesen der Obligation in einer Haftung liegt, dass beim Personenvermögen, insoweit sich Schulden (*personae obligationes* im Gegensatz zu den *rei obligationes*) in demselben befinden, die Person haftet, dass vonwegen dieser Haftung nicht nur die *actio* sondern auch die *executio in personam* geht, letztere jedoch nunmehr gegen eine gewisse Eigenschaft der Person, nämlich gegen deren Pertinenz d.i. ihr derzeitiges Vermögen gerichtet ist, und in Losreissung desselben von der haftenden Person, und zwar des haftendes Vermögen oder einzelner Vermögensstücke besteht. Da kommt es nun allerdings, dass bei gewissen Schulden das Vermögen des Schuldners nur bis zu dem Werthe eines gewissen Vermögenskomplexes (des *Peculium* bei der *actio de Peculio*, der *merx pecularis* bei der *tributoria*) oder nur in diesem gewissen Complexe selbst (z.B. Actienvermögen) der execution verfällt, allein die Sonderung datirt erst von der Execution, die Schuld selbst ist auch hier eine der Person, nicht des Vermögen oder am Vermögen, und alles Vermögen das die Person hat, ist auch hier Ein Vermögen. Soweit das Personenvermögen. Was aber das Zweckvermögen anlangt, so sind auch hier die Passivobligationen nicht am Vermögen, sondern der Zweck als einer der dotirt ist oder dotirt sein wird, mit dem Gläubiger in Verbindung (*ligamen*), und wird diesem das Zweckvermögen wieder erst mit der Execution fällig».

(30) BEKKER, *System*, I, § 43, 143: «[S]ondergut stehen nach festen Rechtregeln, nicht durch beliebige Willenserklärungen der Vermögensherrn, auch nicht durch vertragsmässige Einigung mit dem Gläubiger der entstehenden Forderung»; *op. cit.* § 43, 152.

3. EL «DESTINO» COMO BASE DE LA AUTONOMÍA DE PATRIMONIOS
(INDEPENDIENTES O SEPARADOS)

3.1. *La evolución de la teoría clásica del patrimonio*

Fiel a la tradición nacional que la precede, la teoría (luego calificada de «objetiva» por los franceses) que basa la idea de patrimonio, no en la personalidad sino en la finalidad, ha continuado siendo reconocida y asumida por la doctrina alemana contemporánea (31). Efectivamente, aunque se parte de la idea de que, como regla general, la persona tiene un solo patrimonio —compuesto por todos los elementos presentes valorables económicamente—, también se admite que, excepcionalmente y por razones que pueden ser muy diversas, junto al patrimonio principal del sujeto coexistan otros especiales, afectos a un régimen particular de administración, disposición y responsabilidad por deudas. Se detallan, entre otros, la masa del concurso, la herencia, el fideicomiso, o el patrimonio común de los cónyuges constante el matrimonio. De este último ejemplo se deduce que no sólo un mismo titular puede tener más de un patrimonio (el general y el/los especial/es), sino que también un patrimonio («especial») puede tener más de un titular (32).

Se admite sin problemas la existencia de patrimonios distintos y se niegan, por tanto, los dogmas de la unidad y la indivisibilidad a los que la doctrina francesa todavía tanto apego conserva, tal y como se explicará a continuación. La alemana, por el contrario, en su aproximación al tema obvia la noción de sujeto —lo que no significa que niegue su existencia— y, por tanto, prescinde de la idea de patrimonio único para dar paso a la (posible) pluralidad de los mismos.

En su formulación pandectística originaria, tales principios tuvieron eco en parte de la doctrina francesa de principios del siglo xx. Efectivamente, la teoría clásica, de la que se ha afirmado con acierto que concibe el patrimonio como expresión económica de la personalidad (33), fue cuestionada por au-

(31) TUHR, Andreas von, *Derecho Civil*, I-1, Depalma, Buenos Aires, 1946 (anastática, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, del original alemán *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* [sin indicación de fecha]), § 19, 334: «[L]a situación peculiar del patrimonio especial fluye de los fines especiales que lo determinan» (con cita de BRINZ, *Pandekten*, 1.ª ed., § 226, del cual se dice que define acertadamente el patrimonio especial como «patrimonio afectado a un fin»).

(32) Sobre todo ello, TUHR, *Derecho Civil*, I-1, § 19, 333-349 y § 20, 351-367; LARENZ, KARL, *Allgemeine Teil des deutschen Rechts. Ein Lehrbuch*, Beck, München, 1980, § 17, II-III, 278-28.

(33) MACDONALD, Roderick, «Reconceiving the Symbols of Property: universalities, Interests and other heresies», 39 (1994), *McGill Law Journal*, 770.

tores como GAZIN (34), DEMOGUE (35), PLASTARA (36) o JALLU (37) (*ius priuatis*) o DUGUIT (38) (*ius publicista*) (39).

Con todo, sigue teniendo todavía hoy adeptos, a pesar de los matices que se reconoce que deberían introducirse en ella (40); son los mismos que además objetan a la doctrina germánica que, en realidad, la teoría de la afectación es tan personalista como la subjetiva francesa puesto que aquella no prescinde nunca del sujeto que es quien, en definitiva, realiza la elección del destino (41).

Brevemente, en lo que ahora interesa lo que debe resaltarse es que, como regla general, los autores franceses se muestran reticentes a la hora de admitir la libertad de los particulares para crear un régimen especial de responsabilidad a la que afectar parte de sus bienes. En coherencia con tal planteamiento, han merecido críticas los sucesivos intentos de incorporar en el ordenamiento jurídico francés la noción de patrimonio de afectación, a pesar de que la concepción francesa nunca ha admitido la ausencia de titular del patrimonio afectado al fin establecido por el constituyente: ni en los primeros proyectos de regulación de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada de principios del siglo pasado (EURL) (42) ni, más modernamente, en sendos

(34) GAZIN, H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Université de Dijon, 1910.

(35) DEMOGUE, R., «La notion de patrimoine», en *Les notions fondamentales du Droit privé. Essai critique*, Rousseau, Paris, 1911.

(36) PLASTARA, G., *La notion juridique de patrimoine*, Thèse, Paris, 1903.

(37) JALLU, O., *Essai critique sur la notion de continuation de la personne considéré comme principe de transmission à titre universel*, Thèse, Paris, 1902.

(38) DUGUIT, *Traité du Droit Constitutionnel*, III, 1930², § 73, 309-310, 336.

(39) Un estado de la cuestión, KUHN, *Le patrimoine*, 137-138, de quien tomo las citas apuntadas en notas anteriores. Y allí remisión a FROMIOND-HEBRARD, B., *Essai sur le patrimoine en Droit Privé*, Thèse, Université de Paris, II, 1998, § 48 y sigs., 50 y sigs.

(40) Entre los partidarios, COHET-CORDEY, Frédérique, «La valeur explicative de la théorie du patrimoine en Droit positif français», 4 (1996), *Révue trimestrielle de Droit français*, 826-829; FLOUR, Jacques-AUBERT, Jean Luc, *Les obligations. I. L'acte juridique*, Paris, 1996⁷, 18-22; TERRÉ, François-SIMLER, Philippe, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 1998⁵, 7-8; COURBE, Patrick, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 2001, 14-16. Otros autores, en pro y en contra, citados en DUNAND, Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre». Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000, 345-346.

(41) KUHN, *Le patrimoine*, 139: «[L]a dimension personnelle n'est cependant pas étrangère à la théorie objective: même si le fondement se veut rationnel, un but n'existe pas en soi, il exprime toujours un choix. Ainsi le sujet et sa volonté ne sont pas si loin... L'affectation implique l'existence d'une décision en amont, la mise en place de tout patrimoine dépend naturellement de l'activité juridique de la personne. Ces auteurs refusent de voir le lien avec la personne» (la autora se refiere a los autores franceses seguidores de la doctrina alemana).

(42) En relación con las propuestas de Raymond SALEILLES, que seguían en buena parte las tesis germánicas, COHET-CORDEY, «La valeur explicative», 822, justificaba, ella misma, la negativa a aceptar que el modelo fuera el del patrimonio de afectación con los

proyectos de ley sobre la fiducia (20 de febrero de 1992, 8 de febrero de 2005) ya abandonado el primero (43) y parece que *de facto* también el se-

siguientes argumentos: «[C]es propositions nous paraissent effectivement contestables à plus d'un égard. Abstraction faite des difficultés liées à leur mise en oeuvre, elles sont inacceptables en ce qu'elles font fin d'un élément primordial: la personne du titulaire des biens. Certes, elles ne vont pas jusqu'à supposer, à l'instar de certes thèses allemandes, la négation de la personne en cherchant à instituer des patrimoines sans maître. Mais elles ne font plus de la personne le pivot de la théorie du patrimoine et, par voie de conséquence, du gage des créanciers [...]» *Idem*, resume la posición de los partidarios de la llamada «teoría objetiva». DUNAND, *Le transfert*, 345: «[L]a théorie classique aurait, enfin, comme défaut de permettre à tout individu de fragmenter, au détriment de ses créanciers, son patrimoine en une multitude de masses, ayant chacune leur actif et leur passif particulier».

(43) En la cuestión escrita que formulaba el parlamentario M. Alain Vasselle (Oise-RPR), publicada en el *JO Sénat* de 22 de diciembre de 1994, 2999, éste preguntaba al Ministro de Finanzas qué previsiones había sobre la aprobación del proyecto de ley sobre la fiducia del año 1992. A lo que éste respondía: «Pour tenir compte de l'intérêt qu'il y aurait à introduire la fiducie dans le droit français, le Gouvernement a procédé à un réexamen du projet de loi mentionné par l'honorable parlementaire. Un nouveau projet serait prochainement posé sur le bureau du Parlement» (*JO Sénat* de 9 de febrero de 1995). La misma situación se reproduce casi un año más tarde, esta vez a requerimiento de M. Georges Gruillot (Doubs-RPR) (*JO Sénat* de 13 de abril de 1995, 856). Y de nuevo el Ministro de Economía respondía: «[L]e réexamen du projet de loi mentionné par le parlementaire n'a pu aboutir. Les départements ministériels concernés procèdent actuellement à un bilan des évolutions récentes, par exemple en matière de prêt de titres ou de pension livrée, ou à venir, notamment en matière de transmission d'entreprises, de façon à redéfinir les besoins auxquels pourrait répondre l'introduction de la fiducie dans le droit français» (*JO Sénat* de 16 de noviembre de 1995, 2163). Se insiste posteriormente, de nuevo al Ministro de Economía (vid. pregunta escrita de M. Serge Mathieu (Rhône-RI) (*JO Sénat*, de 9 de mayo de 1996, 1117) y éste remite la responsabilidad al Ministro de Justicia: «[L]a réflexion mentionnée dans la réponse citée par l'honorable parlementaire se poursuit sous l'égide du garde des sceaux. Elle doit tendre à faire de la fiducie un moyen d'améliorer la sécurité juridique en comblant des besoins auxquels notre droit n'apporte pas de réponse satisfaisante tout en veillant à ne pas porter atteinte aux droits des tiers ni aux intérêts des finances publiques» (*JO Sénat*, de 28 de noviembre de 1996, 3145). De nuevo en fecha de 22 de mayo de 1997, esta vez por parte de M. Bernard Plasait (Paris-RI) (*JO Sénat*, de 24 de octubre de 1996), se insiste en la necesidad de saber cómo y en qué fechas se retomará el estudio del proyecto de ley de 1992. El Ministro de Justicia respondía así: «[L]e garde des sceaux a l'honneur de faire connaître à l'honorable parlementaire qu'ont été introduits dans notre droit, ces dernières années, des dispositifs particuliers reposant sur des mécanismes fiduciaires. Le Gouvernement, pour autant, poursuit sa réflexion sur la création d'un instrument de portée générale. Celui-ci, comme l'a rappelé une précédente réponse à une question écrite (Rép. Min., QE n.º 15567, Sénat, *JO* 26 décembre 1996, p. 3500), doit être de nature à améliorer la sécurité juridique et satisfaire des besoins auxquels les mécanismes de droit civil n'apportent pas aujourd'hui de réponse satisfaisante, sans porter atteinte aux droits des tiers ni aux intérêts des finances publiques» (*JO Sénat* de 22 de mayo de 1997, 1530). Se insistirá todavía en la pregunta escrita de M. Serge Mathieu (Rhône-RI) (*JO Sénat* de 10 de julio de 1997, 1863) - Respuesta del Ministro de Justicia publicada en *JO Sénat* de 30 de octubre de 1997 (vid. *infra* n. 46) y en la pregunta de M. Michel Charasse (Puy-de-Dôme-SOC) (*JO Sénat*, de 12 de junio de 2003, 1863) con respuesta del Ministro de Justicia (*JO Sénat*, de 18 de diciembre de 2003, 3653) (vid. *infra* n. 47).

gundo (como consecuencia de la parálisis legislativa que provoca la proximidad de las elecciones generales francesas) (44). Debe hacerse notar que aunque la EURL se aprobó, finalmente, en 1985 (vid. art. 1832.2 del CC francés) (45), el caso es que se optó por el otorgamiento de personalidad jurídica a la entidad, lo que no deja de confirmar el pensamiento clásico que vincula el patrimonio con la personalidad (46).

En lo que a la fiducia respecta, el olvido en que ésta cayó durante mucho tiempo por parte del legislador (47) fue poco a poco combatido por la doctrina (48). Desde luego, en Francia como en tantos otros países (49), la institu-

(44) El texto de 1992 puede consultarse en BÉNABENT, Alain, *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Paris, 1995², 456-466. Un comentario al actual, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Trust a la francesa: las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a partir de la proposición de ley de 8 de febrero de 2005 que instituye “la fiducia”», *Indret* (283), 2005, 1-41. Según BARRIÈRE, François, *La réception du trust au travers de la fiducia*, Paris, Litec, 2004, 344: «[L]’absence de titularité du patrimoine n’est pas, à notre sens, compatible avec le droit civil [...]», *op. cit.*, 346: «[L]’absence de titularité n’est, à notre sens, pas conforme aux théories classiques du droit civil français».

(45) Art. 1.832 *Code*: «(1) [L]a société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d’affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l’économie qui pourra en résulter. (2) [E]lle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l’acte de volonté d’une seule personne».

(46) ATIAS, Christian, *Droit Civil. Les biens*, Litec, Paris, 2002⁶, 21; TERRÉ-SIMLER, *Droit Civil*, 11-12; DUNANT, *Le transfert*, 347. No parece, pues, acertado el ejemplo, para definir la quiebra de la teoría unitaria del patrimonio, tal y como pretende BARRIÈRE, *La réception*, 341. En esta misma línea, sin embargo, vid. la pregunta escrita de M. Serge Matthieu (Rhône-RI) (*JO Sénat* de 10 de julio de 1997, 1863): «[M.] Serge Matthieu appelle l’attention de M. le ministre de l’économie, des finances et de l’industrie sur l’intérêt et l’importance qui s’attachent à la modernisation du droit français à l’égard de la transmission du patrimoine. En effet, fondée sur le code civil, promulgué en 1804, la conception française du patrimoine est particulièrement archaïque et constitue notamment un obstacle à l’introduction de la fiducia, alors que la séparation du patrimoine affecté à l’activité professionnelle donnerait un nouvel élan à l’entreprise individuelle, plaçant la France dans un contexte favorable au niveau européen et international. Il lui demande de lui préciser la nature, les perspectives et les échéances de son action ministérielle à cet égard, rappelant qu’un projet de loi du 24 février 1992, relatif à la fiducia, est resté “lettre morte”, et qu’une proposition de loi a, par ailleurs, été déposée sur le bureau du Sénat, tendant à la nécessaire modernisation du droit français afin de mettre fin à son inadéquation avec la réalité de l’entreprise individuelle». El ministro respondió que no desconocía el interés de la propuesta y que debía profundizarse en ella.

(47) Como se ha mencionado ya, el primer proyecto data de 1992. Pero de la fiducia se había hablado ya antes en el Senado y la intención de regularla data al menos del año 1990, fecha en la que el Ministro de Industria del Gobierno correspondiente a la 9.ª Legislatura aseguraba que tanto el Ministro de Justicia como el de finanzas ya estudiaban el tema (*JO Sénat* de 8 de febrero de 1990, 491). Sobre las pautas a adoptar por este último, él mismo en *JO Sénat* de 20 de agosto de 1990, 1885.

(48) Lo demuestra el elevado número de tesis doctorales recientemente dedicadas al tema. Así, además de KUHN, *Le patrimoine (in totum)*, las otras que esta misma autora cita (pág. 9): BARRIÈRE, F., *La réception du trust à travers la fiducia*, Thèse Paris, II, 2001

ción podría encontrar fundamento, proyección y reconocimiento legislativo en, entre otros, los fondos de inversión que, en este caso sí, funcionan como patrimonios de destino sin personalidad jurídica (50). Con todo, la doctrina, todavía muy lastrada por el pensamiento de sus clásicos (51), realizaba esfuerzos por encuadrar debidamente el fenómeno dentro de las coordenadas (doctrinales) generales de las que dispone, lo cual no pasaba por prescindir de las ideas tradicionales (52), sino por releerlas al amparo de nuevos parámetros que, esencialmente, consistían en no confundir el patrimonio con el sujeto o la personalidad (53). La nueva noción de patrimonio se identificaba con la necesaria correlación entre un activo y un pasivo, algo que, desde luego formulado de otra manera, los autores alemanes ya habían precisado y aclarado antes.

En fin, se afirmaba que:

«[L]e patrimoine est affecté à la garantie d'un passif déterminé, son affectation fixe ses critères d'intégration et le régime juridique applicable. Un actif patrimonial ne saurait être envisagé seul, il est nécessairement mis en relation avec un passif, réalité négative. L'identification du passif garanti constitue une étape indispensable à la création d'une structure patrimoniale, puisqu'il permet d'individualiser l'universalité. Les données s'inversent: c'est le passif qui fait l'actif et non le contraire. Un patrimoine est construit en fonction de son passif, il est un patrimoine d'affectation. L'expression "patrimoine d'affectation" est généralement employée afin de nommer les structures patrimoniales autres que le patrimoine général. Cette distinction ne correspond pas à la définition du patrimoine: tout patrimoine étant nécessairement affecté. A ce titre, ils peuvent tous être qualifiés de patrimoine d'affectation, même le patrimoine général.

La référence à une corrélation actif - passif est présente dans chaque structure patrimoniale, elle permet de situer le bien et son contexte juridique. Une pluralité de patrimoines implique alors une pluralité de passifs. A un passif particulier correspond un actif particulier, aussi il apparaît essentiel de pouvoir

(publicada en Litec, 2003, vid. *supra*); FAMILY, R., *L'acte de fiducie. Étude de Droit interne et de Droit international privé*, Thèse, Paris, II, 2000.

(49) Vid. *infra* epígrafe 3.2.2, la situación en España.

(50) BONNEAU, Thierry, «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le Droit Civil» (1991), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 25-30, 25: «[L]e fonds commun constitue un patrimoine d'affectation. La démonstration de cette affirmation nous oblige à montrer que le fonds est un patrimoine distinct des patrimoines des souscripteurs, de la société de gestion et du dépositaire et que l'unité du fonds est réalisée autour d'un but».

(51) Debido sin duda a la gran importancia que se otorga a estos juristas y al impacto de su obra, algo que todos los contemporáneos se preocupan en señalar, con especial referencia, además, a la teoría del patrimonio a la que aquí se ha hecho referencia constante. Así, JESTAZ-JAMIN, *La doctrine*, 234; GHESTIN, Jacques-GOUBEUX, Gilles-FABRE-MAGNAN, Muriel, «Traité de Droit Civil. Introduction générale», *LGDJ*, Paris, 1994, § 578, 533; HALPÉRIN, *Histoire*, § 34, 65, califica la obra de AUBRY y RAU como «chef d'oeuvre de la science juridique française au XIX^e siècle».

(52) Però vid. BARRIÈRE, *La réception*, 342, 347.

(53) KUHN, *Le patrimoine*, §§ 225 y sigs., 170 y sigs.; §§ 244 y sigs., 184 y sigs.

précisément les déterminer. L'admission de la pluralité de patrimoines conduit à s'interroger sur la cause des créances ce que ne fait pas le patrimoine général. En effet, les articles 2092 et suivant sont uniquement centrés sur la personne du débiteur: cet actif répond de tout les engagements personnels de son titulaire» (54).

Ello permitía entender que mientras exista una determinación precisa entre el activo y el pasivo, pueden coexistir el patrimonio general del individuo, que está afectado a la generalidad de su actividad jurídica y económica, y otras universalidades («patrimonios especiales»), a las que se afectan exclusivamente las deudas que éstas generan. Esta idea se define bajo la rúbrica «exclusividad del principio de afectación» y se resume así:

«[U]n patrimoine, une affectation et rien qu'une affectation» (55).

La unidad continuaba siendo la regla general, pero no se predicaba ya del patrimonio, sino sólo de su afectación general. Se acuñaba la noción de «patrimonio de afectación» pero, nótese bien el cambio, para definir todos los de una persona —porque se entiende que todos están destinados a una u otra finalidad. Sobre esa base se quería justificar en Francia el *trust*, tal y como lo presentaba el proyecto de ley de 1992.

Así:

«[L]e patrimoine général par définition ne saurait être multiplié. Destiné à être l'assiette du droit de gage général de la personne de son titulaire, cette figure réelle ne peut pas se décliner. Il n'est pas envisageable en théorie de le morceler, voire de concevoir qu'une personne présente deux patrimoines généraux à ses créanciers personnels. Même si l'objet peut varier dans sa composition d'un créancier à l'autre, lorsque l'un d'entre eux a consenti conventionnellement une diminution de la substance de son gage, l'objet de droit demeure unique. Suivant la cause de sa création, la structure patrimoniale peut connaître ou non une pluralité. Tout dépend de l'affectation. Dans le cas du patrimoine général, l'unicité est la règle: une personne, un patrimoine général. L'affectation générale de cette universalité de droit implique logiquement son caractère unique alors que d'autres structures patrimoniales ne comportent pas cette limitation comme le patrimoine fiduciaire. Il existe autant de patrimoines fiduciaires que de contrats de fiducie, l'essentiel étant de conserver à chaque patrimoine sa sphère d'autonomie et de ne pas fusionner les différents patrimoines entre eux» (56).

Desde el punto de vista doctrinal, seguramente podrían continuar esgrimiéndose los mismos argumentos para justificar el nuevo proyecto de ley so-

(54) KUHN, *Le patrimoine*, § 247, 186, con cita de GUINCHARD, Serge, «L'affectation des biens en Droit Privé français», *LGDJ*, Paris, 1976, § 370 y sigs., 321, en relación con la afirmación realizada en las dos últimas líneas del primer párrafo transcrito.

(55) KUHN, *Le patrimoine*, § 252, 189.

(56) KUHN, *Le patrimoine*, § 254, 190.

bre la fiducia, presentado por el senador Marini el 8 de febrero de 2005. A la espera de cuál sea la reacción de la doctrina, baste de momento señalar que la EM I, 17, admite sin reservas que el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor pueda ser excepcionado (aunque luego ningún artículo del proyecto prevea la reforma concreta de los arts. 2.092 y 2.093 del CC) (57) y que la EM II, D, afirma sin tapujos que el patrimonio separado de los bienes transferidos en fiducia se mantiene totalmente independiente del personal del fiduciario, de conformidad con el planteamiento clásico que ve en ellos un patrimonio de afectación (58). Es lo que refleja luego el artículo 2.068 y también el artículo 2070-5, II del Código Civil. Todo hace pensar, pues, que algo deberá cambiar en la dogmática de los conceptos (59).

En otros países de tradición civilista, en la base de la regulación del *trust* también está la noción (restringida) de «patrimonio de afectación» (60). *Ad exemplum*, artículos 2.2, 302, 911, 915, 1.260 y siguientes del CCQ (61); o los artículos 516-544 del Código Civil etíope de 1960 (62), o el artículo 514-1,1 de la propuesta de anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios (63).

(57) Sobre el tema, vid. *infra* epígrafe 4.

(58) EM I, 17: «Pour protéger les bénéficiaires, les droits mis en *trust* ou en fiducie sont détenus de façon séparée, dans un patrimoine d'affectation. Cette seule caractéristique justifie le recours à une loi pour introduire la fiducie, afin de prévoir une exception aux articles 2.092 et 2.093 du Code Civil»; EM, II D Proposition de loi 2005: «Les droits transférés vont former un “patrimoine séparé”, distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Les droits ne pourront être saisis ni par les créanciers du constituant, ni par ceux, personnels, du fiduciaire. La “faillite” personnelle du fiduciaire ne permettra pas de mettre ces biens fiduciaires à la portée des organes de la procédure collective ou des créanciers au titre du patrimoine personnel du fiduciaire. Il s'agit, donc, d'un patrimoine d'affectation».

(59) Parece deducirse de las citas de doctrina aportadas por CÁMARA, *Trust*, 21, n. 53.

(60) Extensamente, y siempre con especial referencia al Derecho navarro, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *La fiducia sucesoria secreta*, Universidad de Navarra-Dykinson, Madrid, 1996, 1306 y sigs., 1323-1332.

(61) Vid. ARROYO I AMAYUELAS, *La regulación quebequesa*, 102-104 y allí bibliografía.

(62) La definición que del *trust* (= fideicomiso, en la versión francesa) proporciona el artículo 516 es la siguiente: «Le fidéicommis est l'institution en vertu de laquelle un ou plusieurs biens sont constitués en une masse autonome, pour être administrée par une personne, le fidéicommissaire, selon les instructions données par le constituant du fidéicommis». Vid. VOŠKIS, Nicolas Chr., *Le trust dans le Code Civil éthiopien. Étude de Droit éthiopien avec référence au droit anglais*, Librairie Droz, Genève, 1975, 145, 251.

(63) Art. 514-1: «(1) [E] patrimoni fiduciari és un acte d'afectació de béns i drets a una finalitat, que pot consistir en el benefici de persones determinades o determinables». Publicado en *Observatori de Dret Patrimonial de Catalunya*. Secció de Dret Patrimonial (ed.), *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya. Els drets reals*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior, 2003. El texto no ha sido incorporado, finalmente, en el articulado del Libro V CCC y ni siquiera se llegó a discutir en su momento.

Con todo, en estos ordenamientos, el debate no se orienta tanto hacia la preocupación por el acomodo de la segregación de patrimonios en una hipotética preexistente teoría acerca de su unidad, sino que se centra en la configuración jurídica que deba darse a tal patrimonio: ¿con personalidad jurídica o sin ella? ¿con o sin titular? Como se sabe, el *trust* anglosajón implica siempre traspaso de titularidad al fiduciario; ese es el esquema que seguía también el proyecto de ley francés (art. 2062,1). Por el contrario, la fiducia quebequesa es un patrimonio afectado sin titularidad y sin personalidad jurídica (art. 1.261 CCQ). Ese es el esquema que sigue también el anteproyecto de ley catalán (art. 514-2,1). Otra posibilidad radica en contemplar la hipótesis de que la titularidad del patrimonio vinculado pase del constituyente al beneficiario, como en Holanda (art. 3:126-165 NBW). Y, finalmente, que el patrimonio se configure como un sujeto con personalidad, como en el Código Civil etíope.

Desde luego, la cuestión tiene mucho más que ver con la creación de nuevos derechos reales o con la necesidad de conservar las características típicas de la propiedad (64) que con la posibilidad de sustraer bienes de la responsabilidad patrimonial universal que es algo que, desde el momento en que la propia ley reconoce el *trust*, es obvio que ya no se cuestiona.

3.2. *La situación en España*

La doctrina clásica francesa del patrimonio fue bien recibida por Ramón M.^a ROCA SASTRE (1899-1979) (65), que insiste en la configuración del patrimonio como universalidad integrada por elementos evaluables económicamente y, en cuanto a su pertenencia, continúa desarrollando la idea de que sólo las personas pueden tener un patrimonio, que todas lo tienen, que éste es inseparable de las mismas y que, además, éstas no puede tener más de uno.

La perspectiva de otro jurista contemporáneo era radicalmente distinta. Federico DE CASTRO Y BRAVO (1903-1983) (66) admitía la existencia de patrimonios separados —aunque como algo anómalo y excepcional—; patri-

(64) Tal y como afirma DAVID, René, en el prólogo a VOSIKIS, *Le trust*, 8, se trataba de evitar la creación de un nuevo derecho real —lo cual hubiera sucedido si se reconociera la teoría inglesa de la doble titulación—, pero, a la vez, no se admitía la creación de una masa autónoma que no tuviera personalidad porque, de otra manera, no habría habido manera de reconducir la figura a alguna de las categorías existentes. VOSIKIS, *Le trust*, 142-144, 145.

(65) ROCA SASTRE, Ramón María, «El patrimonio», *Estudios Varios*, Instituto de España, Madrid, 1988, 13-26.

(66) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «El patrimonio», *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976 (reimpresión de la edición de 1972), 35-66.

nios en situación interina, esto es, transitoriamente sin titular; patrimonios afectados a fines y patrimonios colectivos (67).

A lo largo de los años, algunas de sus tesis han sido objeto de matices. Así, en relación con la afirmación de que toda persona es titular de un patrimonio, la jurisprudencia ha tenido ocasión de recordar que el patrimonio y la capacidad patrimonial son cosas distintas:

«[E]sta última, como uno de los atributos de la personalidad (capacidad jurídica), es permanente e invariable, y acompaña a la persona durante toda su vida como posibilidad abstracta de adquirir bienes, derechos y obligaciones, pero es independiente del contenido concreto que pueda tener en un momento determinado. Esto último lo constituye el patrimonio que tiene un contenido dinámico y puede evaluarse como situación de hecho en un momento determinado, y está sujeto a una permanente mutación, en más o menos, según adquiera el interesado derechos u obligaciones a lo largo de su vida» (68).

Otras veces, son los ejemplos los que, con el paso del tiempo, han cambiado. Pero, sin duda, la perspectiva de CASTRO es todavía válida en el contexto del ordenamiento jurídico actual, que reconoce tanto la existencia de patrimonios sin titular o derechos sin sujeto, como titulares con pluralidad de patrimonios sometidos a regímenes jurídicos distintos, tal y como en su momento explicó CASTRO tomando en consideración la que entonces era la normativa vigente.

Actualmente, la forma en que las leyes (de diferente naturaleza: civil, fiscal, mercantil, administrativa, procesal) y la doctrina designan a este fenómeno es variada. Se utilizan indistintamente expresiones como «patrimonio separado» (69),

(67) DE CASTRO Y BRAVO, *El patrimonio*, 56-60.

(68) SAP Madrid, de 20 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/8756).

(69) Artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, *General Tributaria* (BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1963) establecía que: «[T]endrán la consideración de sujetos pasivos, en las leyes tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición». Aludía igualmente el artículo 10.1 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE, núm. 295, de 10 de diciembre de 1998), *del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias*: «[L]as rentas correspondientes a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, de acuerdo con lo establecido en la sección 2.ª del Título VII de esta Ley». En los mismos términos se expresa el actual artículo 35.4 de la vigente *Ley General Tributaria*, Ley 58/2003, de 17 de diciembre (BOE, núm. 302, de 18 de diciembre de 2003) y el RDLeg. 3/2004, de 5 de marzo (BOE, núm. 60, de 10 de marzo de 2004), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; en la línea, el artículo 84.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, *del Impuesto sobre el Valor Añadido* (BOE, núm. 312, de 29 de diciembre de 1992) considera sujetos pasivos del Impuesto a «las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de persona-

«masa patrimonial sin titular» (70), «patrimonio “de destino” (71) o “de finalidad”» (72), «patrimonio especial», «patrimonio de afectación» (73), «patrimonio en representación» (74). Todos ellos son casos en que la ley toma en considera-

lidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto». También la configuración de los fondos de pensiones, «se sitúa en su modalidad genuina de fondos externos a las empresas o entidades que los promuevan, adoptando la naturaleza de patrimonios separados e independientes de éstas, carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los Planes de Pensiones adscritos» (Preámbulo de la Ley 8/1987, de 8 de junio, *reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones* [BOE, núm. 137, de 9 de junio de 1987] en relación con sus arts. 10 y 11; y art. 25 de su Reglamento). Además, el artículo 3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE, núm. 265, de 5 de noviembre de 2003, 39220).

(70) Artículos 6.1.4.º y 7.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*.

(71) En cuanto a la afectación de bienes para cubrir las necesidades del discapacitado, la EM, II, 2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad* (BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003) se refiere al patrimonio que resulta afectado como: «[...] patrimonio de destino, en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares». La ley no prevé que puedan existir «destinos especiales» a los que podrían afectarse determinados bienes aportados por terceros a ese patrimonio especial del discapacitado previamente constituido con la finalidad anunciada (lo niega, EM, IV, 1), pero sí que, a su extinción, se les da tales bienes el destino previsto por los aportantes. Así, EM, III, 4 y IV, 7 y artículo 4.3 de la Ley 41/2003.

(72) En relación con los fondos especiales de las fundaciones, artículo 41 *b* de la Ley 5/2001, Ley 5/2001, de 2 de mayo, *de fundacions* (DOGC, núm. 3388, de 15 de mayo de 2001, 6899): «[E]ls fins per als quals es constitueix el fons...». Los fondos son aportaciones al patrimonio fundacional, especialmente destinado al cumplimiento de determinadas finalidades que deben coincidir con los fines fundacionales (art. 40.1 de la Ley 5/2001). Sobre el tema, FERRER RIBA, Josep, «Els fons especials en les fundacions privades», 1 (2002), *Revista Catalana de Dret Privat*, 81-118, que, además, califica a los fondos como «patrimonio especial», separado del general de la fundación, remarcando que el artículo 42 de la Ley 5/2001 usa la expresión «patrimoni del fons» (*op. loc. cit.*, 101). *Ídem*, BADOSA, *Manual*, 174, 205.

(73) Los preceptos de la Ley 41/2003, se refieren al «patrimonio protegido» y a la «afección de bienes y derechos», para referirse al patrimonio separado del discapacitado cuya constitución la ley trata de promover (aunque, también, como se ha dicho, se refieren al patrimonio «de destino» [EM, II, 3]). Más claramente, el artículo 1.2 de la Ley 5/2001, *de fundacions*: «[...] l'afecció d'uns béns o d'uns drets de realització a finalitats d'interès general». Además, el artículo 1.1 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (BOE, núm. 298, de 13 de diciembre de 2002, 43361): «[...] funcionamiento del patrimonio que al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse.» Y el artículo 2 del mismo RDLeg. 1/2002: «[L]os fondos de pensiones son patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a planes de pensiones [...]». *Ídem*, artículo 3.1 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones* (BOE, núm. 48, de 25 de febrero de 2004, 8859): «[...] creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento [...]».

(74) Tanto el artículo 8.2 CS, en relación con la herencia yacente, como los artículos 107.2 y 156 del Reglamento del Registro Civil aluden a la representación de patrimonios. También el artículo 5.7 de la Ley 41/2003 se refiere al administrador del patrimonio

ción la autonomía patrimonial de ciertos bienes vinculados o destinados a una finalidad que, por eso mismo, considera aisladamente del resto del patrimonio de la persona y les dota de un régimen de administración especial, que puede estar o no a cargo de persona distinta del beneficiario (75). Esa concesión de amplios poderes de gestión y de disposición al administrador sería, precisamente, un sólido argumento en contra de la prohibición de vinculación indefinida de los bienes (arts. 649, 781 del CC y arts. 166, 204 del CS) porque, en realidad, así administrados, éstos se mantienen productivos y, por tanto, no son un obstáculo para la circulación de la riqueza. Tal vez, las consideraciones contrarias deberían ir dirigidas a la posibilidad de que el patrimonio vinculado quede indefinidamente fuera de la realización del interés general. Lo que no es nunca el caso de las fundaciones, visto que el artículo 3.3 de la Ley 50/2002, *de fundaciones* prohíbe las de carácter familiar (76).

3.2.1. Instrumentos de cohesión

Tanto la «finalidad» como la «personificación» son técnicas idóneas para mantener la unidad y cohesión de los elementos integrantes del patrimonio. En algunos casos coexisten pero, en general, el destino («*Zweck*») no está al servicio de la personalidad (77). Todo lo contrario, históricamente ésta sólo nace como expediente técnico que permitirá justificar la existencia de patrimonios autónomos para obtener el privilegio de la limitación de responsabilidad que, en esencia, se pone al servicio de una nueva clase económica

especial del discapacitado en términos de «representante legal» (referido a los casos de la EM, IV, 4; si no, la representación es del discapacitado [EM, IV, 5], si bien sólo en relación con los actos patrimoniales).

(75) Sobre la teoría del patrimonio separado en el Derecho Civil catalán (pero generalizable), BADOSA COLL, Ferran, «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret civil català», 5 (2002), *La Notaría*, 41 y sigs. En cuanto a las precisiones terminológicas que implican profundizar en las diferencias entre patrimonios segregados, separados o autónomos, en el Derecho italiano, LUPOI, Mauricio, *Trusts*, University Press, Cambridge, 2000, 376 y sigs.; BIANCA, Mirzia, *Vincoli di destinazioni e patrimoni separati*, Cedam, Milan, 1996, 176-177.

(76) *BOE*, núm. 310, de 27 de diciembre de 2002, 45504-45515; corrección de errores *BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2003, 15229. Artículo 3.3 de la Ley 50/2002: «[E]n ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.» En cuanto a la tradicional polémica sobre su admisibilidad, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares» (1953), *Anuario de Derecho Civil*, 623-651; lo recoge y desarrolla ahora, con perspectivas de Derecho comparado, CÁMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria*, 1333-1341.

(77) BADOSA, *La constitució*, 15-16, lo califica de «elemento circunstancial».

emergente (78). Hoy el principio alcanza su máxima expresión en los casos de particulares que constituyen sociedades de responsabilidad ilimitada unipersonales, fenómeno que en España viene representado por la Ley 2/1995 (art. 125) (79). La norma española un ejemplo entre tantos otros en toda Europa (80).

3.2.2. Patrimonios autónomos de destino (sin personalidad)

Una muestra clara de que la subsistencia de la afectación a los intereses previstos por el constituyente no tiene nada que ver con la personificación del patrimonio vinculado es la fundación. Desde luego, pueden existir fundaciones sin personalidad (arts. 12 y 13 de la Ley 5/2001; art. 12 de la Ley 50/2002), aunque la ley lo prevea como una cuestión transitoria (81). Es además

(78) BIANCA, *Vincoli*, 120-123, 134-136; ROPPO, Enzo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in RESCIGNO, Pietro, *Trattato di Diritto Privato*, 19, *Tutela dei Diritti*, I, UTET, Torino, 1985, 389-390: «Questa [la persona giuridica] [...] non è tanto una "qualità" del gruppo organizzato, quanto una costruzione del pensiero giuridico, storicamente escogitata (e fatta propria dai legislatori) proprio per occultare il privilegio della responsabilità limitata che si voleva conferire ad una intera classe di operatori economici, e per disimularlo sotto l'apparenza di un formale rispetto del principio oggi codificato all'art. 2740 c.c.». Sobre el principio consagrado en el artículo 2.740 del *Codice*, vid. *infra*, III, 4. Todos los autores remiten a GALGANO, Francesco, «Delle persone giuridiche», in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario al Cc, I (Delle persone e della famiglia (artt. 11-35))*, Bologna-Roma, 1969, 3 y sigs. En España, CASTRO, *El patrimonio*, 72.

(79) Artículo 125 LSRL: «[S]e entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada: (1) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. (2) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal». Artículo 129: «[T]ranscurridos seis meses desde la adquisición por la sociedad del carácter unipersonal sin que esta circunstancia se hubiere inscrito en el Registro Mercantil, el socio único responderá personal, ilimitada y solidariamente de las deudas sociales contraídas durante el período de unipersonalidad. Inscrita la unipersonalidad, el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad».

(80) Francia admitió la sociedad unipersonal como «Empresa unipersonal de responsabilidad limitada» (E.U.R.L.) en la Ley 85.697, de 11 de julio de 1985, completada por el Decreto 86.909, de 30 de julio de 1986. También en los años ochenta, Alemania reguló la Gmb HG. En 1993, Italia incluyó en su Código Civil la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal (art. 2.475 bis y sigs. del CC).

(81) La inscripción de la carta fundacional es necesaria para que la fundación adquiera personalidad jurídica (art. 6.2 de la Ley 5/2001; art. 4.2. de la Ley 50/2002), aunque lo cierto es que en ningún lugar se afirma que esta personalidad sea un requisito para entender constituida la fundación. Según el artículo 1 de la Ley 5/2001 y 2.1 de la Ley 50/2002, sólo es necesaria la afectación de bienes por voluntad del fundador a una finalidad de interés general. De todas maneras, tanto los artículos 12 y 13 de la Ley 5/2001 como los artículos 4.2 y 13 de la Ley 50/2002, no permiten dudar de que el proceso de inscripción es necesario y de que, por lo tanto, el periodo durante el cual la fundación actúa sin persona-

posible la existencia de cargas afectas a finalidades de interés general, que tampoco la tienen (82). En este punto es clara la analogía con la fundación no autónoma (*unselbständige* o *fiduziarische Stiftung*) del Derecho alemán (§ 80 BGB) o suizo (reconocida jurisprudencialmente), generalmente constituidas mediante una donación o un legado modal, aunque en todos estos casos el patrimonio tiene un titular, que es la persona física o jurídica a quien aquél ha sido transferido y confiado (83).

Otro ejemplo de patrimonio autónomo sin personalidad es la *universitas rerum* herencia yacente (arts. 8, 148 CS, 1.934 CC), que incluso puede ser declarada en concurso (arts. 1.2, 3.4, 6.2.2.º, IV, 40.5, 40.6,II de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* [= LC]) (84), exactamente igual que una persona natural o jurídica (art. 1.1 LC).

Cabe referirse igualmente a los fondos de titulación hipotecaria, formados por un conjunto de títulos cada uno de los cuales representa un porcentaje del crédito hipotecario originario cedido (art. 15 de la Ley 1/1981, *de regulación del mercado hipotecario*, según redacción de la Ley 19/1992, de 7 de julio, *sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulación Hipotecaria*). El conjunto de participaciones, llamado «fondo», forma un patrimonio separado y cerrado, diferente del

lidad es transitorio. Lo cual también demostraría, *a contrario*, que incluso sin personalidad la entidad existe. En relación con el Derecho Civil catalán, BADOSA, *Manual*, 169, incluso afirma que la situación de «fundación-entidad» (por contraposición a la «fundación-persona jurídica») es potencialmente indefinida puesto que la obligación de inscribir no es ejecutable por el Protectorado (art. 3.2 de la Ley 5/2001 final a contrario).

(82) A pesar de que la DA 1.ª de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, *de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General* (BOE, núm. 282, de 25 de noviembre de 1994), ha sido derogada por la DD Única de la Ley 50/2002, son todavía vigentes la DA 1.ª del *Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal* [Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero (BOE, núm. 57, de 6 de marzo)] y los artículos 3 l, 7.1 y 4 y 8.3 del *Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal* [Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo (BOE, núm. 77, de 29 de marzo)]. Esta normativa permite la constitución de cargas sobre bienes que, con carácter permanente, estén afectados a finalidades de interés general, sin necesidad de otorgarles personalidad jurídica (y, sin embargo, la DA 1.ª 7 RF, les otorga igualmente el nombre de «fundación»). Esta regulación no es nueva. También el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas, de 27 de julio de 1972 (Decreto 2930/1972, BOE, núm. 260, de 30 de octubre) preveía la disposición patrimonial con carga permanente de destino a una finalidad (arts. 64-71), sin que necesariamente sus adquirentes tuvieran que constituir una fundación o invertir los bienes en otra ya constituida (en idéntico sentido, DA 1.ª 2 y 3 RF).

(83) DUNAND, *Le transfert*, 465; para las similitudes con los fondos especiales regulados en la Ley 5/2001, FERRER, *Els fons especials*, 86. En cuanto a su funcionamiento y las similitudes de la fundación fiduciaria con la fiducia continuada navarra, así como otros ejemplos de Derecho comparado en las que podría apreciarse aquélla aun sin estar regulada con este nombre, CÁMARA, *Fiducia sucesoria*, 1314-1323; CÁMARA, «El trust y la fiducia», en CÁMARA (coord.), *Derecho Privado europeo*, 1145-1146.

(84) BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003, 26905.

emisor de los títulos y carente de personalidad jurídica (art. 5 de la Ley 19/1992 y lo mantiene, para la titulación de otros créditos diferentes a los de carácter hipotecario, el art. 1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, *por el que se regulan los fondos de titulación de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulación*), que es administrado por una entidad financiera especializada (las denominadas sociedades gestoras de fondos de titulación hipotecaria), también encargada de gestionar el proceso de titulación hipotecaria. Recientemente, vid. también el artículo 3 de la Ley 35/2003 (85). Y, en el ámbito de los planes de pensiones, el artículo 11 del RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, *Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, establece que:

«[L]os fondos de pensiones [...] carecerán de personalidad jurídica y serán administrados y representados conforme a lo dispuesto en esta Ley [...]» (86).

Aparecen, pues, los elementos de un esquema fiduciario típico: el patrimonio independiente y la gestión separada (87). Efectivamente, las citadas leyes siempre se refieren a las sociedades gestoras como legitimadas para la «*administración y representación legal de los Fondos*» (arts. 5.2 de la Ley 19/1992), «*gestoras de negocios ajenos*» que asumen «*la representación y defensa de los intereses de los titulares de los valores emitidos*» (art. 6.1 de la Ley 19/1992; *idem*, art. 12 del Real Decreto 926/1998) (88).

(85) Artículo 3.1 de la Ley 35/2003: «[L]os fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos».

(86) BOE, núm. 298, de 13 de diciembre de 2002. Lo mismo el artículo 3.2 del Real Decreto 304/2004, *por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones*: «[L]os fondos de pensiones regulados en esta normativa carecerán de personalidad jurídica y serán administrados necesariamente por una entidad gestora con el concurso de una entidad depositaria que cumplan las condiciones establecidas en este reglamento».

(87) BADOSA, *La constitució*, 32-33. De ahí que no falte en la doctrina quien plantee las bases teóricas para la incorporación en los países civilistas, del sistema inglés de titulación (hipotecaria), que funciona sobre la base del *trust*, NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Cambridge, 2004, esp. cap. 6.

(88) BADOSA, *La constitució*, 36, trae también a colación la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, *de ordenación del sistema eléctrico nacional*, para afirmar que «la DA 8.^a-8 rebla la idea de que les Societats gestores tenen com a objecte social el “*poder administrar y representar*” els fons, sense que es parli de “*tutularitat*”». Vid. además, BADOSA COLL, Ferran, «Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el Derecho español», en *Libro-Homenaje a Díez-Picazo*, I, Civitas, Madrid, 2003, 230-231. La afirmación es lugar

A todos estos patrimonios «sin titular» y «sin personalidad jurídica» alude recientemente, la Ley 1/2000, *de Enjuiciamiento Civil*, reconociéndoles legitimación activa y pasiva para estar en juicio (art. 6.1.4.º y 5, art. 7.5 y 6 LEC) (89). A ellos debería poder ser reconducible el fondo de alimentos al que se refiere la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, *de suport a les famílies* (90), cuyo artículo 44.2 se expresa en los siguientes términos:

«[E]l Govern ha de crear un ens encarregat de gestionar el fons de garantia de les pensions alimentàries o compensatòries».

De momento, sin embargo, para un supuesto idéntico, el artículo 7 de la Proposición de Ley (estatal) «de creación del fondo de garantía de alimentos en supuestos de ruptura matrimonial o del núcleo familiar» presentado por el GP Mixto, el 7 de mayo de 2002, recurre al expediente técnico más complejo de la personalidad jurídica (91). La última proposición, de 10 de septiembre de 2004, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, sigue sin apartarse de ese mismo esquema (92).

3.2.3. *Patrimonios separados de destino*

A veces ocurre que la finalidad justifica la existencia de regímenes jurídicos distintos en los bienes o patrimonios de un mismo titular. La diferencia con los supuestos anteriores vendría gráficamente señalada en la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 22 de julio de 2004 (93), dictada a propósito de la impugnación de una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, en el que se acep-

común en la doctrina, también en la italiana, que a propósito de los nuevos institutos fiduciarios regulados en la legislación especial, remarca: «[il legislatore] non solo si disinteressa del profilo statico della titolarità, ma pone attenzione al solo profilo dinamico della gestione». La cita es BIANCA, Mirzia, *La fiducia atributiva*, Torino, Giappichelli, 2002, 18 y allí más citas (n. 55, págs. 18-19).

(89) BADOSA, *La constitució*, 35-36.

(90) DOGC, núm. 3926, de 16 de julio de 2003, 14212. A propósito de este fondo y las alternativas de Derecho Privado (fiducia) que pueden plantearse como solución al impago de pensiones, vid. ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «Los fondos de garantía del pago de pensiones: ¿públicos o privados?», 88 (2004), *Revista de Derecho Privado*, 309-324.

(91) Proposición 122/000215, publicada en el BOCG de 17 de mayo de 2002.

(92) Proposición 122/00096, publicada en el BOCG de 10 de septiembre de 2004. En relación con la naturaleza jurídica de los fondos, el artículo 2.1 dispone: «[E]l fondo de Garantía de Alimentos y Pensiones Compensatorias tendrá personalidad jurídica y estará constituido por las dotaciones con cargo a los presupuestos Generales del Estado para cumplir la finalidad establecida en la presente Ley».

(93) *JUR* 2004/232957.

ta el aumento de la base imponible declarada, al no admitir la inspección la deducibilidad fiscal (del impuesto de sociedades) de una cantidad empleada en la dotación a un sistema de pensiones interno. El Tribunal diferencia este fondo interno (fondos constituidos por las empresas a favor de sus propios trabajadores), del fondo de pensiones, propiamente dicho, al que califica de fondo externo, alegando que sólo éste tiene naturaleza jurídica de «patrimonio separado», cuya administración se encarga a una entidad gestora (art. 29 de la Ley 8/1987):

«[...] el legislador fundamenta el tratamiento fiscal especial de los Planes y Fondos de Pensiones sobre la nota característica, antes apuntada, de la naturaleza de “patrimonio separado” de estas instituciones, así como sobre la “imputación fiscal” de lo contribuido».

«[...] las dotaciones realizadas por la entidad bancaria no se erigen en un “fondo externo”, con las consecuencias jurídicas de ello derivadas (*no son gasto deducible*), sino en un “fondo interno”, cuya administración y disposición no escapa del control de la entidad recurrente, quien ostenta la titularidad de dicho fondo».

La diferencia estriba en el hecho de ser o no titular del fondo especial afecto al pago de pensiones. Según la Disposición Adicional 1.ª, 3 de la Ley 8/87, de 8 de junio, *reguladora de Planes y Fondos de Pensiones* (94), están excluidos de la deducibilidad del Impuesto sobre Sociedades:

«[...] cualquier dotación de fondo interno o concepto similar que suponga el mantenimiento de la titularidad de los recursos constituidos, destinada a la cobertura de las prestaciones a las que se alude en el presente número».

Según la sentencia analizada, lo tenido en cuenta por el legislador al establecer el régimen fiscal de estos «fondos externos», en contraposición de los «fondos internos», es precisamente la trascendental función social de los Fondos de Pensiones y su naturaleza jurídica (95).

Además del señalado, en la parte que ahora interesa, otros ejemplos que demuestran la existencia de patrimonios autónomos o separados son ya clásicos y, salvo el que se refiere a la dote, todavía hoy frecuentes: fideicomiso,

(94) Que la DT 1.ª RDLeg. 1/2002 todavía mantiene en vigor: «[E]l régimen de integración voluntaria en planes de pensiones de fondos e instituciones de previsión, contenido en la Disposición Transitoria primera de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en las normas de desarrollo y complementarias de la misma, mantendrá su vigencia respecto de las empresas, trabajadores y beneficiarios, y planes de reequilibrio, que se acogieron a dicha disposición para la integración de los derechos reconocidos en planes de pensiones al amparo de la misma».

(95) *Ídem*, sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 16 de septiembre de 2004 (sin número de repertorio en la base de datos Aranzadi); STSJ de Baleares, de 5 de julio de 2004 (Sala de lo Social) (AS 2004/2639).

reserva, herencia aceptada a beneficio de inventario o con el beneficio de separación de bienes, patrimonio común en un régimen económico de gananciales (96), sociedad de responsabilidad limitada con un único socio, patrimonio en concurso (97), transmisión fiduciaria de gestión (art. 40-42 LF, en relación con los fondos especiales de la fundación) (98) o en garantía, etc. Precisamente, en el contexto del negocio fiduciario, a partir de los conceptos de «titularidad fiduciaria» —que no llevaría aparejada la transmisión de la propiedad— y de «patrimonio de afectación», la doctrina propone «civilizar» en España la noción de *trust*, al menos tal y como lo presenta el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, *sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento* que, como se sabe, si bien toma como modelo subyacente el *trust* anglosajón, en cambio no proporciona definiciones rígidas, precisamente para facilitar la adhesión del mayor número de países (99). La propuesta es acertada teniendo en cuenta los limitados efectos que en el negocio fiduciario tiene la disociación entre la gestión de los bienes y su titularidad. Efectivamente, si frente a terceros el fiduciario aparece como único propietario, pero resulta que el fiduciante mantiene su derecho de separación en el concurso y a su disposición está todavía la acción reivindicatoria y la tercería de dominio (100), entonces no existe verdadera creación de un patrimonio separado que se mantenga independiente: ni del general del fiduciante —sus acreedores personales mantienen el poder de agresión a pesar de la transfe-

(96) En relación con los gananciales, vid., *ex plurimis*, SAP de Asturias de 10 de abril de 2003 (*JUR* 2003/131046): «[...] masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación [...]»

(97) SAP Madrid, de 12 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/88833): «[...] ello supone reconocer que este supuesto especial de inhabilitación afecta exclusivamente a los bienes que se encuentren vinculados a la responsabilidad patrimonial por deudas anteriores o concurrentes con la declaración de quiebra. Y es que, como se ha señalado con indudable acierto, la masa de la quiebra forma un patrimonio separado del que el quebrado ha quedado desposeído trasladando su administración a los órganos de la quiebra»; SAP Barcelona, 30 de noviembre de 2004 (*JUR*), FJ 2.º: «[L]a declaración de quiebra o concurso [...] determina únicamente la pérdida por parte del quebrado o concursado del poder de disposición sobre su patrimonio y sobre cualquier elemento que lo componga, que pasa a integrar una masa independiente cuya administración se atribuye a los órganos de la quiebra [...]».

(98) En cuanto a la consideración de transmisión fiduciaria de gestión de tales fondos, BADOSA, *La constitució*, 51.

(99) CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Operaciones fiduciarias o trusts en el Derecho español», 654 (1999), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1779-1780. En otro contexto, BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría-GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, «National report for Spain», in HAYTON, D.J.-KORTMANN, S.C.J.J.-VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer international Law, The Hague-Deventer (The Netherlands), 1999, 165.

(100) Vid. STS 2-12-1996 (*RJ* 1996/8784), FJ 4.º; SAP Málaga de 15-11-2002 (*JUR* 2002/41909), FJ 3.º También la doctrina suele primar la posición del fiduciante frente a los acreedores del fiduciario, considerando aquél como un acreedor de dominio. Por todos, CÁMARA, *Operaciones fiduciarias*, 1810.

rencia—, ni del general del fiduciario, porque sus acreedores personales tampoco encuentran límites a la agresión de tales bienes así afectados.

Se ha querido ver una aplicación concreta de lo que en el Reino Unido sería el «*trust for disable persons*» en la Ley 41/2003, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad* (101). La norma prevé en los artículos 1-8 la creación de un patrimonio especial para los discapacitados, afecto a cubrir sus propias necesidades. Igual que el *trust*, el patrimonio especial del discapacitado se configura como un patrimonio vinculado, de destino (EM, II, 3; arts. 1.1,I, 5.4 de la Ley 41/2003) (102); pero, a diferencia del *trust*, en el caso español no hay transmisión de la propiedad de los bienes afectados a persona distinta del discapacitado (103). Es éste quien detenta la doble titularidad de patrimonios y nunca hay transferencia de la propiedad a otra persona para que administre en beneficio suyo (EM, II, 2 de la Ley 41/2003) (104). Desde luego, tal administración en persona distinta puede existir (EM, IV, 4; art. 5.7 de la Ley 41/2003), pero el encargo nunca lleva aparejado la previa transmisión de titularidad al administrador, contrariamente a lo que sí siempre sucede en el *trust*.

Además, según la ley española, es el mismo discapacitado quien constituye el patrimonio de destino y, naturalmente, lo hace siempre con cargo a sus propios bienes (EM, III; art. 3.1 *a* de la Ley 41/2003); si actúa otro por él —supuesto que, además de discapacitado el sujeto fuera incapaz de obrar (art. 3.1 *b, c* de la Ley 41/2003)— éste otorga un acto de disposición sobre bienes ajenos y aunque aún así debe ser calificado de constituyente, tal y como expresa la EM, IV, 4, 5 de la Ley 41/2003, la diferencia con el *trust* es que la ley (esta ley) no prevé que los padres puedan constituir con cargo a sus propios recursos un patrimonio de afectación en beneficio del discapacitado; en todo caso, podrían aportar bienes —igual que cualquier tercero—

(101) BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, 40852. MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, «El patrimonio de destino en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al *trust*?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 19 de febrero de 2004, 2.

(102) Art. 1.1,I de la Ley 41/2003: «[E]l objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares»; art. 5.4 de la Ley 41/2003: «[T]odos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido».

(103) Otras diferencias y similitudes, en MARTÍN SANTISTEBAN, *El patrimonio de destino*, 2 y sigs.

(104) EM, II, 2: «[L]os bienes y derechos que forman este patrimonio que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico».

para incrementar un patrimonio previamente constituido y destinado a esa finalidad (art. 4 de la Ley 41/2003) (105).

III. ¿LÍMITES DE ORDEN PÚBLICO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIOS FIDUCIARIOS?

En todos los patrimonios autónomos o separados se plantea el problema de la delimitación de la responsabilidad patrimonial del deudor. En determinados supuestos la ley se pronuncia expresamente a favor de la limitación —beneficio de inventario [art. 1.023 del CC; art. 35 del CS], beneficio de separación de patrimonios [art. 37 del CS; art. 319 del FN de Navarra] (106),

(105) La ley distingue entre el acto de constitución y el de aportación, aunque no siempre con la claridad que sería deseable. Vgr. la EM, III,2 se refiere incorrectamente a la «aportación originaria» y el artículo 1.1 declara como objetivo prioritario de la ley la «aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio [...]»; en realidad, debería referirse a la «constitución», porque sin esta previa constitución es imposible realizar posteriores aportaciones. Y es aquella y no éstas el objetivo prioritario de la ley, tal y como demuestra la EM, II,1, fin., que, esta vez correctamente, declara que se trata de favorecer «[...] la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma». También el artículo 3.2 de la Ley 41/2003 diferencia entre los terceros que no son constituyentes (porque «solicitan la constitución») pero sí aportantes («ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes»).

(106) Los artículos 37 CS y 319 FNN delimitan el ámbito de la garantía *cum viribus hereditatis* (limitada a los bienes que forman el caudal relicto) en beneficio de los acreedores del causante y de los legatarios y establecen, sobre esos mismos bienes, la prelación ante los acreedores personales del heredero que acepta una herencia pura y simplemente. Se trata de evitar la concurrencia de unos y otros sobre el patrimonio resultante de la aceptación, a base de considerar separados el del causante y el del heredero. Naturalmente, ello comporta sustraer a los acreedores de este último —al menos *a priori*— la garantía patrimonial que el artículo 1.911 del Código Civil atribuye a los «bienes futuros» de cualquier deudor, teniendo en cuenta que los bienes hereditarios lo son si en el momento en que se contrae la deuda el obligado aun no es heredero; y, correlativamente, permite a los acreedores del causante mantener la garantía que ya existía en vida suya con sus «bienes presentes» y que a su muerte es la herencia. La separación de patrimonios existe igualmente cuando el heredero obtiene el beneficio de inventario [= b. de i] —(art. 35.3r CS, 1023.3.º CC)— y esta separación también beneficia (de rebote) a los acreedores del causante porque «els creditors particulars d'aquest [de l'hereu] no poden perseguir els béns de l'herència» (art. 35.3r CS). Tanto el b. de i. com el beneficio de separación de patrimonios provocan el efecto común de afectar el pasivo de la herencia a una garantía *cum viribus hereditatis*. Aunque se diferencian por el tipo de responsabilidad del heredero: sólo el b. de i. excluye la responsabilidad *ultra vires* (art. 35.1r y 3r CS). El b. de i. está destinado a proteger una herencia deficitaria, mientras que el b.s.p. sólo está pensado para salvaguardar los intereses de aquellos que tengan alguna pretensión sobre los bienes relictos (acreedores del causante y legatarios) frente a un heredero que también tiene acreedores personales (art. 37.1 CS, «per tal de salvaguardar el seu dret davant els creditors particulars d'aquest últim») de manera que, como mínimo, existe la sospecha de que el patrimonio

fideicomiso [art. 210 del CS «*deutes de què respoungui el fideïcomís*»; art. 214.3 del CS], fondos de pensiones [art. 12 del RDLeg. 1/2002] (107), fondos de inversión [art. 6.1 de la Ley 35/2003] (108), etc.— (109). En otros, por el contrario, mantiene silencio [vgr. la Ley 41/2003, en relación con el patrimonio de los discapacitados (110); la Ley 5/2001, en cuanto a los fondos especiales de la fundación (111)]. Y, finalmente, hay casos en relación con los cuales la ley afirma expresamente que los administradores del fondo especialmente afectado a la realización de un fin responden,

personal del nuevo deudor sea menos solvente que el del ya difunto. En este caso, la separación es sólo parcial y temporal (art. 37.2 final CS) al efecto de jerarquizar (y ejecutar) las pretensiones de los acreedores y legatarios que hubieran obtenido el beneficio, con total exclusión de los acreedores personales del heredero. Respecto a estos últimos, en cambio, existe confusión de patrimonios y, como consecuencia, también confusión/consolidación (art. 35.2n CS *a contrario*) y responsabilidad ilimitada (art. 35.1r *a contrario*, 34.1 CS). Sobre el tema, ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», 3 (2000), *Revista Jurídica de Catalunya*, 645-677.

(107) Artículo 12 RDLeg. 1/2002, *Texto Refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones*: (1) «[L]os acreedores de los fondos de pensiones no podrán hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores de los planes y de los partícipes, cuya responsabilidad está limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus planes de pensiones adscritos (2). El patrimonio de los fondos no responderá por las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria. Además, el artículo 3.5 del Real Decreto 304/2004, *Reglamento de planes y fondos de pensiones*: «[L]os acreedores de los fondos de pensiones no podrán hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores de los planes y de los partícipes, cuya responsabilidad está limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus planes de pensiones adscritos. ¶ El patrimonio de los fondos de pensiones no responderá por las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria.

(108) Artículo 6.1 de la Ley 35/2003: «[E]l patrimonio de los fondos de inversión no responderá por las deudas de los partícipes, sociedades gestoras o depositarios».

(109) Vid. CÁMARA, «El trust y la fiducia», en CÁMARA (coord.), *Derecho Privado europeo*, 1137, para los casos que, en el ámbito comercial y financiero, podrían ser considerados «fiducias legales» y que implican una limitación de la responsabilidad patrimonial universal que casi todos los Códigos Civiles reconocen (para lo cual, vid. *infra* epígrafe III, 4).

(110) La doctrina se muestra disconforme frente a lo que considera una solución poco arriesgada del legislador, que no sólo no ha realizado ninguna modificación expresa al artículo 1.911 del Código Civil, sino que además ha rechazado las enmiendas al proyecto de ley que así lo preveían. Vid. MARTÍN SANTISTEBAN, *El patrimonio*, 3-4. Le sigue, RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, JESÚS-RUIZ HIDALGO, Carmen, *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (ed.), Madrid, 2004, 103. A falta de otros argumentos, parece poco probable que RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M.^a JESÚS-RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», *La Ley*, 29 de junio de 2004, 2, piensen que el artículo 1.911 del Código Civil queda excepcionado al afirmar: «[...] se trata [...] de un *patrimonio de destino*, sometido a una regulación legal propia y de carácter especial frente a la general que ofrece el Código Civil respecto de los demás bienes que integran el patrimonio de una persona».

(111) En este caso, es ese mismo silencio el que permite afirmar a la doctrina que la limitación de responsabilidad no es posible. Así, FERRER, *Els fons especials*, 85, 103.

pero tampoco se dice con qué bienes ni si los que componen el fondo podrían servir para satisfacer a los acreedores personales de sus gestores o promotores (así, en relación con las cuestaciones y suscripciones públicas, la DA 4.^a LO 1/2002, de 22 de marzo, *reguladora del Derecho de asociación*) (112).

Que los bienes afectados a la finalidad prevista no respondan de las deudas contraídas por el constituyente, sino sólo de las que genere la administración de esos mismos bienes y la consecución de la finalidad a la que están afectados, se adapta sin ningún problema a los patrimonios a los que la ley dota de personalidad jurídica, porque también es la ley la que, al mismo tiempo, asegura una serie de controles formales que son los que, precisamente, justifican la derogación del principio de tutela del crédito (113). En este caso, además, la limitación de la responsabilidad patrimonial se justifica porque los bienes se sustraen a un sujeto para pasar a formar parte de otro (114). Con todo, también cuando la creación de un patrimonio separado no va acompañada del otorgamiento de personalidad, es en muchos casos también la ley la que igualmente establece la limitación o exoneración de responsabilidad del deudor (*vgr.* beneficio de inventario).

Por tanto, es un hecho que la ley permite establecer excepciones al artículo 1.911 del Código Civil (115). Lo que ahora procede determinar es si el principio del *favor creditoris* que consagra aquel precepto podría ser derogado por los particulares, de manera que parte del activo del constituyente pasase a formar parte de un patrimonio separado que pudiese ser declarado exento de la responsabilidad general a la que están afectos el resto de sus

(112) BOE, núm. 73, de 26 de marzo de 2002, 11981. La citada DA 4.^a de la LO 1/2002 se pronuncia en los siguientes términos: «[L]os promotores de cuestaciones y suscripciones públicas, actos benéficos y otras iniciativas análogas de carácter temporal, destinadas a recaudar fondos para cualquier finalidad lícita y determinada, responden, personal y solidariamente, frente a las personas que hayan contribuido, de la administración y la inversión de las cantidades recaudadas». Al amparo de la anterior legislación, PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA DE, «Patrimonios adscritos a fines», 19 (1996), *Revista Jurídica del Notariado*, 177, había sugerido que tratándose de patrimonios de fin, sin sujeto conocido, debían ponerse al abrigo de los acreedores personales de los recaudadores».

(113) En relación con las sociedades, PRADA, *Patrimonios adscritos a fines*, 157-158; para el Derecho francés, FLOUR-AUBERT, *Les obligations*, 22: «[C]elui qui ne veut affecter qu'une partie de sa fortune à ses affaires peut constituer une société anonyme ou une société à responsabilité limitée, où il se réserve la majorité. Il ne répondra ainsi des dettes de cette société que jusqu'à concurrence de l'apport qu'il y a fait».

(114) ROCA SASTRE, *El patrimonio*, 19.

(115) Además de los ejemplos señalados en páginas anteriores, todos los cuales implicaban la creación de patrimonios separados, *vid.* todavía GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXIV, Edersa (ed.), Madrid, 1984, 663, señala además el ejemplo que proporcionaría el artículo 1.857 del Código Civil (hipoteca y prenda en garantía de deuda ajena).

bienes. Generalmente se niega, por considerar que el artículo 1.911 del Código Civil es de orden público (116). Por las razones que luego explicaré, yo no estoy segura de que esto necesariamente siempre sea o deba ser así; pero, aun admitiendo que, efectivamente, el *favor creditoris* es un límite a la plena autonomía negocial, no creo que ello debiera para nada interferir en la necesidad de que en el futuro la ley reconozca técnicas de gestión de la responsabilidad patrimonial creadas por voluntad de los particulares. De esta manera, se posibilitaría el reconocimiento de *trusts* o fiducias en nuestro país. Lo que, como se verá, no tiene porqué tildarse *ab initio* y *a priori* de actividad o institución fraudulenta.

Conviene por ello presentar el *trust* como mecanismo de protección patrimonial, los remedios que establecen las jurisdicciones que lo reconocen para evitar el fraude y, como muestra, el ejemplo que, en el ámbito *inter vivos* proporcionan las fiducias de protección de activos («*protective trust*»; «*asset protection trust*»).

1. PRESENTACIÓN DEL *TRUST* COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE ACTIVOS

Con independencia de quién sea la persona que los adquiera, supuesto que deba encontrarse algún propietario (no es el caso ni en Québec, ni en Cataluña [en la propuesta de anteproyecto sobre el patrimonio fiduciario]), es claro que en todos los sistemas que reconocen el *trust*, los bienes afectados siempre dejan de pertenecer al constituyente. Por tanto, quedan al abrigo de sus acreedores personales.

Desde el punto de vista económico, el instituto es muy eficiente porque permite de entrada limitar la propia responsabilidad sin tener que soportar unos costes asegurativos que pueden ser muy elevados; puede darse incluso el caso de que determinados riesgos resulten imposibles de cubrir. En definitiva, gracias al *trust*, el patrimonio personal del constituyente siempre queda a salvo frente a eventualidades sobrevenidas (*vgr.*, la responsabilidad del empresario por daños ambientales, cada vez más frecuente) y le protege frente a una insolvencia probable, supuesto que en el futuro tenga reveses de fortuna. No debe olvidarse que, al menos en Estados Unidos, donde este tipo de *trust* prolifera, las responsabilidades derivadas de divorcios reportan muchas veces gastos enormes, puesto que no siempre se dan —o no siempre son eficaces— acuerdos prematrimoniales que fijan la pensión a satisfacer en caso de ruptura; o, aunque existan y desplieguen toda su eficacia, éstos no

(116) CASTRO Y BRAVO, *El patrimonio*, 55; ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, 510; PRADA, *Patrimonios adscritos a fines*, 153, 154, 201; en el contexto de los fondos especiales de las fundaciones, FERRER, *Els fons especials*, 85, 103.

comprenden el crédito derivado de la reclamación por el daño emocional que aquella comporta (117).

2. EL ASSET PROTECTION TRUST Y SUS MODALIDADES: UK, EE.UU., QUÉBEC

El *asset protection trust*, modalidad de *trust inter vivos* constituido sin finalidades comerciales, es un ejemplo que permite poner en práctica todo lo dicho. Tradicionalmente utilizado por las jurisdicciones de *Common Law*, ha sido también recientemente incorporado en Québec (provincia de *Civil Law*), en donde se conoce con el nombre de «*fiducie de protection d'actifs*» (118). En su virtud, una persona constituye algunos de sus bienes en patrimonio fiduciario y él mismo se autodesigna beneficiario (art. 1.275 CCQ), de manera que continua disfrutando de aquéllos, prácticamente igual que antes —aunque ahora otro los tiene en administración—, pero con la gran diferencia que, una vez declarado insolvente, los bienes en fiducia no constan ya como de su pertenencia y, además, deja de percibir su derecho a la percepción de las rentas o del capital, que pasa a otros beneficiarios (119).

La modalidad quebequesa se nutre de los antecedentes que proporcionan el «*spendthrift trust*» y el «*protective trust*». El primero, también conocido como «*trust con cláusula de prodigalidad*» (120), significa afectar con una prohibición de disponer y de inembargabilidad las rentas que el beneficiario percibe del *trust* (121); el segundo, parecidamente, implica sustraer a los

(117) LUPOI, *Trusts*, 119; VICARI, Andrea, «I trust di protezione patrimoniale», in *Trusts e attività fiduciaria. Quaderni*, IPSOA, Milano, 2003, 3-4, n. 11; FOX, Charles D. IV-HUFT, Michael J., «Asset Protection and Dynasty Trust», 37 (2002), *Real Property, Probate and Trust Journal*, 291-292.

(118) BEAULNE, Jacques, *Droit des fiducies*, Wilson & Laffleur, Montréal, 1998, 69; *id.*, «La fiducie et le droit civil québécois», en ARROYO I AMAYUELAS, Esther (ed.), *El Québec: un model de dret comparat per a Catalunya*, Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya (ed.), Barcelona, 2001, 117; BEACHEMIN, Lucie, «Fiducies entre vifs de protection d'actifs», en *Congrès 95*, APFF, Montréal, 1996, 1-47; NADEAU, Éric, «L'utilisation de la fiducie pour fins de protection: une perspective commerciale», 6 (2000), *Revue d'Études Juridiques*, 129-169, esp. 139 y sigs.; PAYETTE, Louis, *Les sûretés réelles*, Cowansville (Québec), 2000², 29-30.

(119) BEAULNE, *Droit des fiducies*, 69-71, 202, nota 724; *id.*, «La fiducie», en ARROYO (ed.), *El Québec*, 112-113.

(120) BÉRAUDO, Jean-Paul, «Les trusts anglosaxons et le droit français», *LGDJ*, Paris, 1992, 166.

(121) *Restatement (Second) of Trusts* (1959) § 152 (1), lo define como aquél en el que «[...] is provided that [the beneficiary's] interest shall not be transferable by him and shall not be subject to the claims of creditors. Vid. LISCHER, Henry J. Jr., «Domestic Asset Protection Trust: Pallbearers to liability?», 35 (2000), *Real Property, Probate and Trusts Journal*, 490-497; DANFORTH, Robert T., «Rethinking the Law of Creditors's Rights in Trusts», 53 (2002), *Hastings Law Journal*, 292; LYNN, Robert J., *Introduction to Estate Planning*, West Publishing Company, St. Paul (Minnesota), 1991, § 8.6, 183.

acreedores del beneficiario el derecho a cobrar con cargo a las rentas que éste percibe del *trust*. Se trata de un derecho sometido a resolución, esto es, que dura hasta que se produzca cualquier circunstancia que permitiría que aquél pasara a manos de terceros (insolvencia, compraventa, etc.) (122).

Tal tipo de *trusts*, en los casos en que el constituyente y el beneficiario son una misma persona, han sido tradicionalmente admitidos con cautelas, en virtud de lo dispuesto en la regla de derecho inglés según la cual:

«[A]ll deeds of gift of goods and chattels made or to be made in trust, to the use of that person or persons that made the same deed of gift, be void and of none effect» (123).

La norma fue asumida por numerosos *statutes* de Derecho americano o, cuando menos, repetida por la jurisprudencia, que bien declara la nulidad de un *trust* así constituido, bien su inoponibilidad frente a los acreedores del constituyente (124). Así lo reflejan también tanto el § 156 2d. *Restatement of Trusts* (125), como el § 58 (2) del (*in itinere*) *Restatement (Third) of Trusts* (126), como, finalmente, el § 505 del *Uniform Trust Code* (127).

(122) BÉRAUDO, *Les trusts anglosaxons*, 85; VICARI, *Il trust*, 26-28; LISCHER, «Domestic Asset Protection Trust», 498 y sigs.

(123) 3 Hen. 7, c. 4 (1487), en cita de DANFORTH, *Rethinking*, 292-293. Esta es la norma que puede considerarse el origen de la legislación contra el fraude, a pesar de que tradicionalmente se suele citar la que data de casi un siglo más tarde, *The Fraudulent Conveyances Act* [13 Eliz ch 5 (1571)]. Lo pone de relieve, LUPOI, *Trusts*, 117.

(124) BÉRAUDO, *Les trusts anglosaxons*, 167: «[M]ême dans les États qui valident largement les clauses de prodigalité, certaines conditions ont été edictées quant à leur constitution et leur efficacité. Au regard de la création du trust, la personne qui constitue un trust sur des biens qu'elle possède ne peut pas se déclarer bénéficiaire protégée par une clause de prodigalité. Si une telle clause est présente dans l'acte du trust, elle n'est pas opposable aux créanciers, passés et présents, du constituant. Elle ne peut pas non plus l'empêcher de céder ses droits dans le trust. Autrement, ainsi que l'a observé la cour d'appel de Pennsylvanie, la clause «révolutionnerait le système du crédit en son entier, détruirait toute confiance dans la propriété apparente des biens et annulerait tous nos textes et décisions contre la fraude (Mackason's Appeal, 42 Pa, 330)»; DANFORTH, *Rethinking*, 293.

(125) *Restatement (Second) of Trusts* (1959) § 156: «(a) [W]here a person creates for his own benefit a trust with a provision restraining the voluntary or involuntary transfer of his interests, his transferee or creditors can reach his interest. (b) Where a person creates for his own benefit a trust for support or discretionary trust, his transferee or creditors can reach the maximum amount which the trustee under the terms of the trust could pay to him or apply for his benefit. Vid. LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 489: «[...] these rules prevent settlor from using trusts to evade creditors while continuing to enjoy the property in trust».

(126) *Restatement (Third) of Trusts* § 58 (2): «[A] restraint on the voluntary and involuntary alienation of a beneficial interest retained by the settlor of a trust is invalid». Vid. LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 519-523.

(127) *Uniform Trust Code* (revised in 2003) § 505: «Creditor's claim against settlor»: (a) «Whether or not the terms of a trust contain a spendthrift provision, the

Ahora bien, tal tipo de *trusts* se admiten sin restricciones en las jurisdicciones *off shore* (Isla de Man, Islas Cooke, Islas Cayman, Mauricio, Seychelles, Bahamas, Barbados, Belize, Bermudas, Jersey, etc.) (128) y, recientemente, han sido objeto de regulación favorable en algunos Estados americanos: Missouri, Alaska, Delaware (en 1997), Nevada y Rhode Island (en 1999) (129).

Siguiendo tales precedentes, también lo reconocía la propuesta de anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios, al prever el artículo 514-7,2 que:

«[L]a persona constituent pot autodesignar-se fiduciària i beneficiària».

3. AUTONOMÍA NEGOCIAL VS. FAVOR CREDITORIS EN LAS JURISDICIONES QUE RECONOCEN EL TRUST

Naturalmente, la huida del principio del *favor creditoris* en beneficio de la autonomía negocial del disponente —*favor debitoris*— no es ni absoluta ni incondicionada. Si se da es porque existen remedios correctores frente a la utilización del *trust* con fines defraudatorios. Desde el punto de vista civil, existe el límite de la acción pauliana, que permite rescindir o declarar inoponible a los acreedores el acto de constitución de una fiducia. Además, existen normas fiscales, a cuyos efectos el *trust* en que el constituyente se autodesigna beneficiario es como si no existiera, que también contemplan sanciones penales contra las personas que aconsejan a otras constituir *trusts*

following rules apply: (2) With respect to an irrevocable trust, a creditor or assignee of the settlor may reach the maximum amount that can be distributed to or for the settlor's benefit. If a trust has more than one settlor, the amount the creditor or assignee of a particular settlor may reach may not exceed the settlor's interest in the portion of the trust attributable to that settlor's contribution». En el comentario que acompaña al precepto se prescribe expresamente que: «Subsection (a)(2), which is based on Restatement (Third) of Trusts Section 58(2) and cmt. e (Tentative Draft No. 2, approved 1999), and Restatement (Second) of Trusts Section 156 (1959), follows traditional doctrine in providing that a settlor who is also a beneficiary may not use the trust as a shield against the settlor's creditors. The drafters of the Uniform Trust Code concluded that traditional doctrine reflects sound policy. Consequently, the drafters rejected the approach taken in States like Alaska and Delaware, both of which allow a settlor to retain a beneficial interest immune from creditor claims [...]. Under the Code, whether the trust contains a spendthrift provision or not, a creditor of the settlor may reach the maximum amount that the trustee could have paid to the settlor-beneficiary. If the trustee has discretion to distribute the entire income and principal to the settlor, the effect of this subsection is to place the settlor's creditors in the same position as if the trust had not been created. For the definition of "settlor", see Section 103(14)».

(128) Con detalle, VICARI, *Il trust*, 30 y sigs.; SPERO, *Asset Protection*, 165; LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 503-508, 515 y sigs.; DANFORTH, *Rethinking*, 306-310.

(129) FOX-HUFT, *Asset Protection*, 320-328; LISCHER, *Domestic Asset Protection Trust*, 485, 508 y sigs.; DANFORTH, *Rethinking*, 311-326.

con la intención de defraudar (130). En Québec, además de la acción pauliana (arts. 1.631-1.636 CCQ) (131), el artículo 1.292 CCQ establece la responsabilidad solidaria del fiduciario, del constituyente y de los beneficiarios que participen en actos ejecutados en fraude de los derechos de los acreedores, ya sean los del constituyente o los de la fiducia (132). Y, aunque el constituyente puede ser beneficiario y, a la vez, fiduciario, esto último sólo es posible si no es administrador único (arts. 1.275, 1.281 CCQ) (133). Naturalmente, se trata de evitar que aquél se encuentre en la misma posición de control que con anterioridad a la constitución del trust y que lo que se produzca sea un simulacro de fiducia, caso en el cual el tribunal deberá ignorar su constitución y permitir a los acreedores la aprensión de los bienes (134).

Al margen del CCQ, la *Loi sur la faillite e l'insolvabilité* (= LFI) permite al síndico de la quiebra rescindir los actos del fallido anteriores a la declaración de insolvencia, si ésta se produce en los plazos legalmente previstos (tres meses), o cuando al realizar la disposición el constituyente ya estuviese en tal situación, aunque la misma sólo se declare cinco años después (art. 95). Otra cosa es que la doctrina, siguiendo la opinión de la jurisprudencia, estime que la expresión «disposición» no se aplica más que a las alienaciones en favor de terceros (135). En cualquier caso, las rentas que la fiducia produzca, en la medida que son bienes futuros (arts. 2, 67.1 c de la LFI), sí que deben quedar en poder del síndico (136).

Las condiciones de aplicabilidad de la acción revocatoria son hasta cierto punto parecidas en ambos sistemas, si se tiene en cuenta que tanto el artículo 1634.2 CCQ (137), como el § 2 de la inglesa «*Fraudulent Conveyances*

(130) LUPOI, *Trusts*, 135; FOX-HUFT, *Asset Protection*, 308; DANFORTH, *Rethinking*, 326-333. En Québec, NADEAU, *L'utilisation*, 162-164.

(131) Artículo 1.631 CCQ: «[L]e créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu'il est insolvable, une préférence à un autre créancier».

(132) BEAULNE, *Droit des fiducies*, 70, n. 247, 202; *id.*, «La fiducia», en ARROYO (ed.), *El Québec*, 112-113; sin embargo, PAYETTE, *Les sûretés*, 33-34, no cree que el artículo pueda aplicarse a los acreedores del constituyente (nunca a los posteriores, en todo caso) y, más bien, sí sólo a los de la fiducia.

(133) BEAULNE, *Droit des fiducies*, 121: «[C]ette possibilité pour le constituant de cumuler la fonction de fiduciaire est intéressante, non seulement dans le cadre [...] mais également [...] de la "fiducie de protection d'actif". En effet [...] ce contrôle est crucial pour l'atteinte des objectifs de la fiducie».

(134) PAYETTE, *Les sûretés*, 31.

(135) LEGENDRE, Michel, «L'utilisation de la fiducia à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières», 18 (1996), *Revue de Planification Fiscale et Successorale*, 15-22; NADEAU, *L'utilisation*, 160-162; PAYETTE, *Les sûretés*, 30-37.

(136) NADEAU, *L'utilisation*, 161.

(137) Artículo 1634.2 CCQ: «[L]a créance doit être antérieure à l'acte juridique attaqué, sauf si cet acte avait pour but de frauder un créancier postérieur».

Act» (138), que debe completarse con el § 423 de la también inglesa «*Insolvency Act*» de 1986 (139), exigen que la afectación se haga con ánimo de defraudar a los acreedores (140).

En todo caso, tanto los artículos 1.632-1.633 CCQ (141) como las normas últimamente citadas presumen/objetivizan el fraude para las transacciones y en los supuestos que anuncian (142).

En la misma línea debe situarse el § 4 del americano *Uniform Fraudulent Transfert Act* [= UFCA] (143) por no citar, además, todos los *Statutes* de los

(138) R.S.O. 1990, Ch. F 29. Art. 2: «[E]very conveyance of real property or personal property and every bond, suit, judgment and execution heretofore or hereafter made with intent to defeat, hinder, delay or defraud creditors or others of their just and lawful actions, suits, debts, accounts, damages, penalties or forfeitures are void as against such persons and their assigns».

(139) § 423 *Insolvency Act*: (3) In the case of a person entering into such a transaction, an order shall only be made if the court is satisfied that it was entered into by him for the purposes - (a) of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or (b) of otherwise prejudicing the interest of such a person in relation to the claim which he is making or may make ¶ [...]. Sobre su interpretación, UNDERHILL, Arthur-HAYTON, David J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Butterworths, London, 1987, 223-226.

(140) Con todo, las opiniones no coinciden cuando se trata de interpretar la *Insolvency Act*. UNDERHILL-HAYTON, *Law of Trusts*, 225, considera necesaria la intención de defraudar: «[T]he claimant must prove that the transaction was entered into for the purpose of putting assets beyond the reach of an existing or potential creditor or of otherwise prejudicing the interests of such a person»; «[P]utting assets beyond the reach of creditors may be a necessary effect of a transaction without it being a purpose of the transaction». No así, FLETCHER, Ian F., *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell, London, 20023, § 8-083, 244.

(141) Artículo 1.632 CCQ: «[U]n contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder si le cocontractant ou le créancier connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que celui-ci, par cet acte, se rendait ou cherchait à se rendre insolvable»; art. 1.633: «[U]n contrat à titre gratuit ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder même si le cocontractant ou le créancier ignorait ces faits, dès lors que le débiteur est insolvable ou le devient au moment où le contrat est conclu ou le paiement effectué».

(142) § 423 *Insolvency Act*: «(1) This section relates to transactions entered into at an undervalue; and a person enters such a transaction with another person if - (a) he makes a gift to the other person or he otherwise enters into a transaction with the other on terms that provide for him to receive no consideration; (b) he enters into a transaction with the other in consideration of marriage; or (c) he enters into a transaction with the other for a consideration the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by himself».

(143) Art. 4 UFTA: (A) A transfer made or obligation incurred by a debtor is fraudulent as to a creditor, whether the creditor's claim arose before or after the transfer was made or the obligation was incurred, if the debtor made the transfer or incurred the obligation: (1) with actual intent to hinder, delay, or defraud any creditor of the debtor; or (2) without receiving a reasonably equivalent value in exchange for the transfer or obligation, and the debtor: (i) was engaged or was about to engage in a business or a transaction for which the remaining assets of the debtor were unreasonably small in relation to the business or transaction; or (ii) intended to incur, or believed or reasonably

diferentes Estados americanos que están en la misma órbita y, además, las provisiones del *Bankruptcy Code* federal (11 U.S.C., § 548) (144).

El artículo 1634.2 CCQ exige que la deuda exista en el momento del acto constitutivo de fiducia, salvo que la constitución tenga precisamente por objeto defraudar a los acreedores futuros. También las jurisdicciones de *Common Law* admiten la legitimación de los acreedores anteriores al acto de otorgamiento del *trust*, pero en cuanto a la de los acreedores futuros, no siempre coinciden en su alcance. Parece que la jurisprudencia inglesa declara expresamente que la tienen los que no lo fueran en el momento de otorgamiento del acto aunque ni siquiera fuera previsible que acabaran siéndolo (145). Ésta, sin embargo, es una afirmación que debe ser atemperada a la vista de los pronunciamientos de los tribunales americanos. Efectivamente, aunque el artículo 4 de la UTFA no distingue entre las diferentes clases de acreedores, los tribunales han matizado que la persona cuyo crédito nace tras la realización del acto que se considera fraudulento, únicamente podría ser considerada como «acreedor futuro» legitimado para impugnarlo si «[the] *transfert was made with the intention to de-*

should have believed that he [or she] would incur, debts beyond his [or her] ability to pay as they became due. ¶ (b) In determining actual intent under subsection (a) (1), consideration may be given, among other factors, to whether: (1) the transfer or obligation was to an insider; (2) the debtor retained possession or control of the property transferred after the transfer; (3) the transfer or obligation was disclosed or concealed; (4) before the transfer was made or obligation was incurred, the debtor had been sued or threatened with suit; (5) the transfer was of substantially all the debtor's assets; (6) the debtor absconded; (7) the debtor removed or concealed assets; (8) the value of the consideration received by the debtor was reasonably equivalent to the value of the asset transferred or the amount of the obligation incurred; (9) the debtor was insolvent or became insolvent shortly after the transfer was made or the obligation was incurred; (10) the transfer occurred shortly before or shortly after a substantial debt was incurred; and (11) the debtor transferred the essential assets of the business to a lienor who transferred the assets to an insider of the debtor.

(144) DANFORTH, *Rethinking*, 327, n. 168: «[...] § 548 varies significantly from the state fraudulent transfert laws only with respect to limitations period; whereas state fraudulent transfert laws generally include a four-year statute of limitations, § 548 applies only to transfers made or obligations incurred within one year before the date of the filing of the bankruptcy petition. 11 U.S.C. § 548 (a) (1). But in a bankruptcy proceeding, the authority of the trustee or debtor in possession to set aside a transfer as fraudulent is not limited to that granted by § 548; under § 544(b) the trustee or debtor in possession may also avoid a transfer that is fraudulent under applicable state law, as long as the transfer could have been set aside by someone who is a creditor in the bankruptcy proceeding».

(145) Re *Butterworth* (1882) 19 Ch. D. 588, at 598, 601. En cita de la doctrina, vgr. VICARI, *Il trust*, 16; SPERO, Peter, «Asset Protection-a US Perspective» 5 (10) (2003) *Retirement & Estate Planning Bulletin*, 164; UNDERHILL-HAYTON, *Law of Trusts*, 225: «[...] a man is not entitled to go into a hazardous business, and immediately before doing so, settle all his property voluntarily, the object being this: "If I succeed in business, I make a fortune for myself. If I fail, I leave my creditors unpaid. They will bear the loss". That is the very thing the Statute of Elisabeth was meant to prevent"».

fraud that particular creditor» (146). En América, los jueces han establecido la distinción entre acreedores con los que el deudor contaba y aquellos otros cuya existencia no podía prever (147).

Por tanto, la validez del acto dispositivo depende de las circunstancias de cada caso, está en función de la prueba que demuestre la intención de defraudar —o, en otro caso, de la falta de constatación de la existencia de algunos de los supuestos de hecho que caracterizan al «*constructive fraud*» (fraude objetivo) (148)— y en función de esa intención (actual) cabrá precisar también a qué acreedores se pretendía obviar (149).

(146) Roland v. United States 838 F.2d 1400 at 1402 (5th Cir. 1988). En cita de SPERO, *Asset Protection*, 163. Además, vid. Re Gabor 280 B.R. 149, at 161 (Bkrtcy. N.D. Ohio 2002), en relación con el § 1336.04 del *Ohio Revised Code*, respecto del cual se dice que «appears to be limited to existing creditors and does not permit a future creditor, whose claim matured following the subject transfer(s) to set them aside». Lo mismo, ya en 1904, fue declarado por el Tribunal Supremo de Illinois, en Chicago Daily News Co et alii v. Siegel et alii (212 Ill. 617, 72 N.E. 810) at 629: «Where a conveyance is alleged to be made in fraud of the rights of creditors, the creditors injured are those whose claims exist at the time of the conveyance. Only creditors having claims when the fraud is committed can avoid such conveyances. In Mixell v. Lutz, 34 Ill. 382, it was said (page 387): “If the conveyance was made before the indebtedness was incurred, then there was no fraud, as there was no design to hinder or delay creditors at the time; and the credit was not given upon the supposition that this property could be rendered liable for its payment”. In Seaman v. Bisbee, 163 Ill. 91, 45 N.E. 208, it was held that a husband having conveyed his property to his wife without consideration, the conveyance could not be attacked by creditors whose debts did not exist at the time of the voluntary conveyance. See, also, Wooldridge v. Gage, 68 Ill. 157; Moritz v. Hoffman, 35 Ill. 553; Tunison v. Chamblin, 88 Ill. 378».

(147) Distinción que niega VICARI, *Il trust*, 14-15, al amparo del § 4 UFTA; sin embargo, en relación con esa misma norma, vid. FOX-HUFT, *Asset Protection*, 10; DANFORTH, *Rethinking*, 330-333. En general, todos los Estados americanos, de acuerdo con sus propios statutes o siguiendo la jurisprudencia, sigue el parecer apuntado en el texto. Vid. *infra*.

(148) Sobre lo cual, VICARI, *Il trust*, 15; ZARETSKY, Barry L., «Fraudulent Transfert Law as the Arbitrator of Unreasonable Risk», 46 (1995), *South Carolina Law Review*, 1170-1171.

(149) *Ad exemplum*, Supreme Court of Missouri in Addison Payne et alii (Respondents) v. Edgar Staton (Appellant) [59 Mo. 158, 1875 WL 7876 (Mo.)]: «[T]he doctrine is well settled that a voluntary conveyance by a person in debt, is not, as to subsequent creditors, fraudulent *per se*. To make it fraudulent, as to subsequent creditors, there must be proof of actual or intentional fraud. As to creditors existing at the time, if the effect and operation of the conveyance are to hinder or defraud them, it may as to them, be justly regarded as invalid, but no such reason can be urged in behalf of those who become creditors afterwards. Idem, Supreme Court of the United States in Wallace Adm’s v. Penfield and another (106 U.S. 260, 16 Otto 260, 1 S.Ct. 216, 27 L.Ed. 147). Id. Supreme Court of Pennsylvania in Buckley v Duff (114 Pa. 596, 8 A. 188): «[T]he rule in Pennsylvania is that a transfer void as to existing creditors is not necessarily void as to subsequent creditors. It is bad only as to those it was intended to defraud. *Byrod’s Appeal*, 31 Pa. St. 241; *Monroe v. Smith*, 79 Pa. St. 459. If the transaction is not fraudulent as to existing creditors —and in this case, as we have said, there were none— subsequent creditors can

El Tribunal Supremo de Ohio, en el caso «*Schofield v. Cleveland Trust Co et alii*» (150), tras reconocer que las decisiones no son unánimes en las diferentes jurisdicciones, estableció que:

«[...] a transfer of property by one who is solvent will not be set aside as to subsequent creditors unless there is proof of actual intent to defraud such creditors; and the burden of showing such intent is on the party asserting it».

La razón que se alegaba es que:

«[...] future creditors give credit to their debtor on the basis of what he has, and not on the basis of what the once had» (151).

De lo dicho se deduce, pues, que sería incorrecto generalizar la idea en virtud de la cual constituir un *trust* es un acto fraudulento (152) y que ni

avoid the sale only under special circumstances; as, for instance, by showing that it was made with a view to incurring liabilities, or to provide against the contingencies of a hazardous business, which gave rise to their debts; and cases of this character are ordinarily, under proper instructions, for the determination of a jury. Such is the doctrine of *Snyder v. Christ*, 39 Pa. St. 499; *Monroe v. Smith*, 79 Pa. St. 459; *Harlan v. Maglaughlin*, 90 Pa. St. 293»; *id.*, Supreme Court of Nebraska, in *United States National Bank of Omaha v. Max E. Rupe et alii* (Appellants), *Bob & Boots, Inc.*, a Nebraska Corporation (Intervenor-Appellee) (207 Neb. 131, 296 N.W.2d 474): «[I]n *First National Bank in Kearney v. Bunn*, 195 Neb. 829, 832, 241 N.W.2d 127, 129 (1976), we said, “A different standard is applied to creditors whose debts are in existence at the time of conveyance, as opposed to subsequent creditors. A creditor whose debts did not exist at the date of a voluntary conveyance by the debtor cannot attack such conveyance for fraud unless he pleads and proves that the same was made to defraud subsequent creditors whose debts were in contemplation”. Likewise, in *Tanner v. Frink*, 103 Neb. 817, 174 N.W. 417 (1919) we said, “The question of fraudulent intent is to be considered as of the time when the conveyance is made and with reference to the particular conveyance alleged to have been fraudulent as against creditors” (Syllabus by the court) Finally, in *DeForge v. Patrick*, 162 Neb. 568, 575, 76 N.W.2d 733, 738 (1956), we said, “The rule seems to be well settled that, to set aside a conveyance on the ground that it is fraudulent as to subsequent creditors, such creditors must allege and prove that such conveyance was made with intent to defraud subsequent creditors and in contemplation of such future indebtedness” Likewise, see, *Jayne v. Hymer*, 66 Neb. 785, 92 N.W. 1019 (1902)».

(150) 135 Ohio St. 328, 21 N.E.2d 119, 14 O.O. 224.

(151) Con cita de *Crumbaugh v. Kugler*, 2 Ohio St. 373, 379 y de la doctrina (Perry on Trusts and Trustees, 7 ed., at pages 116 and 117, Section 96): «Voluntary conveyances or declarations of trusts are subject to the general rules as to fraud upon creditors. If they are made with actual intent to hinder, delay or defraud either prior or subsequent creditors of the settlor, they are voidable by such creditors. As to subsequent creditors the fraudulent intent must be shown. The mere fact that there is a benefit for the settlor is not conclusive of fraudulent intent, even when the trust for the settlor is secret. A power of revocation in the settlor does not necessarily render the trust fraudulent, and creditors of the settlor cannot compel its exercise for their benefit».

(152) Lupo, *Trusts*, 135: «[E]xcept under an action for revocation, no criticism may be levelled at a person who places his estate on trust by transferring it into a trustee who actually administers it in favour of beneficiaries (among whom may be the settlor himself).

siquiera necesariamente lo es cuando se dé el caso de que entre los beneficiarios se encuentre el constituyente.

Sin perjuicio de describir luego los remedios que para prevenir el fraude arbitra el anteproyecto catalán sobre los patrimonios fiduciarios, creo conveniente comentar ahora lo que me parece un punto débil del citado texto en relación con la posibilidad de que el constituyente sea a la vez beneficiario. No porque considere que esto no deba o pueda ser así —al contrario, es uno de los alicientes del *trust*— sino porque cuando el anteproyecto catalán adopta en el artículo 514-7,2 el principio quebequés que permite reunir en una misma persona la cualidad de constituyente, beneficiario y fiduciario (según permite deducir una interpretación conjunta de los arts. 1.275, 1.281 CCQ), también debería haber asumido las mismas limitaciones que este derecho prevé para prevenir el fraude. Hubiera sido conveniente optar por una fórmula menos amplia, del estilo siguiente (153):

«El constituent pot autodesignar-se fiduciari i beneficiari alhora, sempre i quan no sigui fiduciari i beneficiari únic».

Otra posibilidad, aun más limitativa, hubiese sido:

«El constituent que no sigui alhora fiduciari pot autodesignar-se beneficiari o reservar-se el dret de participar en els aventatges que procuri el patrimoni fiduciari».

4. ¿Y EN ESPAÑA? EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL. EXCEPCIONES Y GARANTÍAS

Hasta donde me ha sido posible consultar, todas las legislaciones de nuestro entorno cultural reconocen el principio de responsabilidad patrimonial universal. Por poner sólo algunos ejemplos, vid. artículos 2.092 y 2.093 del Código Civil francés (154) y artículos 2, 13 de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, *portant réforme des procédures civiles d'exécution* (155); artículo 2740.1

Divestiture of all the settlor's personal assets (and, therefore, the loss of any rights on the part of his creditors to a general charge against his estate) is a natural result of this situation, and is a typical element of trust».

(153) Son propuestas que, aunque se discutieron, no aparecen publicadas en el libro de los trabajos de la Secció de Dret Patrimonial.

(154) Artículo 2.092 del *Code*: «[Q]uiconque s'est oblige personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens mobiliers et immobiliers, presents et à venir»; artículo 2.093 del *Code*: «[L]es biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

(155) Artículo 2 de la Ley número 91: «[L]e créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les

del Código Civil italiano de 1942 (156); § 1 *Konkursordnung* austríaca (157); § 35 *Insolvenzordnung* alemana (158); artículo 3:276 BNW holandés (159); artículo 1.911 del Código Civil español (160) y artículo 76 de la Ley 22/2003, *concurzal* (161); artículo 2.644 CCQ (162). Tampoco al *Common Law* le es desconocida la regla (163), lo cual a primera vista puede sorprender al civilista teniendo en cuenta que son principalmente las jurisdicciones de *Common Law* las que admiten que gracias al *trust* determinados bienes queden al margen de la agresión de los acreedores personales del constituyente.

En los sistemas de *Civil Law* no hay unanimidad en cuanto a la admisibilidad de excepciones (convencionales) al citado principio. Algunos Códigos, ciertamente aperturistas, las consagran expresamente [art. 2645.2 CCQ (164) y art. 3:276 NBW (165)]; pero, en el otro extremo, otros las niegan (art. 2740.2

biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution; artículo 13: (1) Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers. (2) Elles peuvent également porter sur les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive. Les modalités propres à ces obligations s'imposent au créancier saisissant».

(156) Artículo 2.740 del *Codice*: (1) «[I]l debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti I suoi beni presenti e futuri».

(157) § 1 KO: (1) «[D]urch Eröffnung des Konkurses wird das gesamte, der Exekution unterworfene Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt (Konkursmasse), dessen freier Verfügung entzogen. Lottogewinne und Spareinlagen bei der Postsparkasse gehören zur Konkursmasse. (2) Die Konkursmasse ist nach den Vorschriften der Konkursordnung in Verwahrung und Verwaltung zu nehmen und zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden».

(158) § 35 InsO: «[D]as Insolvenzverfahren erfasst das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse)».

(159) Artículo 3:276 NBW: «[S]auf disposition contraire de la loi ou du contrat, le créancier peut recouvrer sa créance sur tous les biens du créancier»/«[U]nless otherwise provided by law or contract, a creditor can take recourse for his claim against all the property of his debtor».

(160) Artículo 1.911 del Código Civil: «[D]el cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

(161) Artículo 76.1 LC: «[C]onstituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

(162) Artículo 2.644 CCQ: «[L]es biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers».

(163) «[I]t is the policy of our law, that all the property of a debtor should be responsible for his debt. And his equitable estate may be taken, as well as his legal, provided it is subject to his control». En cita del juez J. Aurigemma en «*State od Connecticut v. Catherine Henneberry*», de 16 de diciembre de 2003, con referencia al caso «*Johnson v. Connecticut Bank*».

(164) El artículo 2.645 CCQ: «(2) [T]outefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent».

(165) Vid. *supra* n. 156.

Codice) (166). En la mayoría de casos, sin embargo, los preceptos respectivos no se manifiestan expresamente ni en un sentido ni en otro; y en la doctrina, la impresión generalizada es la de falta de unanimidad en cuanto a la posibilidad de tolerancia de pactos limitativos de la responsabilidad patrimonial universal entre el deudor y sus acreedores (167). Con todo, en España, contra las opiniones que así lo estiman (168), baste recordar que el artículo 1.807 del Código Civil permite pactar la inembargabilidad de la pensión vitalicia y que el artículo 140 LH legitima para acordar la exclusión de la agresión del acreedor sobre bienes distintos de los hipotecados. Además, el artículo 1.920 del Código Civil admitía que por voluntad de los particulares los bienes futuros (en una situación concursal) no quedasen incluidos en la garantía (169).

(166) Artículo 2.740 del *Codice*: «(2) Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge». No se encontraba tal norma en el Código Civil de 1865 (art. 1.948) y en ese contexto, la doctrina sí admitía la validez de pactos limitativos. Vid. BIANCHI, «Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale», en FIORE, Pasquale (curatore), *Il Diritto Civile italiano*, Napoli, Eugenio Margheri, 1894, 41-42. Pero hoy la norma imperativa del artículo 2740.2 del Código Civil provocaría la nulidad de tal tipo de pactos. La doctrina italiana muestra unanimidad en este punto. Así, NICOLÒ, Rosario, «Comentario al artículo 2.740 del Código Civil», en SCIALOJA, ANTONIO-BRANCA, Giuseppe, *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli-Foro Italiano (ed), Bologna-Roma, 1954, 11, 15; BARBIERA, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Jovene (ed.), Napoli, 1971, 73-74; ROPPO, «La responsabilità», en RESCIGNO, *Trattato*, 1985, 390-391; aunque alguna vez haya habido opiniones aisladas contrarias. Vid. RUBINO, Domenico, «La responsabilità patrimoniale», en VASSALLI, Filippo, *Trattato di Diritto civile italiano*, XIV-1, UTET, Torino, 1952, 12: «[Q]uesta limitazione convenzionali hanno una portata meramente obbligatoria, non solo in quanto non si può fare valere di fronte ai creditori rimaste estranei al negozio, ma anche in el senso che rispetto allo stesso creditore intervenuto nel negozio importano semplicemente un'obbligazione negativa, come tal suscettibile di violazione, e non una parziale scomparsa di quello esecutiva per il creditore». *Idem*, PINO, Augusto, *Il patrimonio* separado, Cedam, Padova, 1950, 29-30.

(167) En el Derecho francés, a favor, ZENATTI, Frédéric, «Jurisprudence française en matière de Droit Civil, C. Propriété et droits réels, 1. Patrimoine», 4 (1994), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 888-889, 889: «[...] la règle de l'article 2092 du code civil n'est pas d'ordre public (Civ. 1ère, 15 févr. 1972, *Bull. Civ.*, I, n. 50). Il est vrai qu'il est extrêmement compliqué d'organiser conventionnellement un patrimoine d'affectation, car cela nécessite des conventions avec tous les créanciers. Il n'en demeure pas moins qu'il est loisible de les faire, ce qui permet de douter de l'existence d'un véritable principe s'y opposant, au sens d'une norme fondamentale structurant tout l'ordre juridique». Contra, FLOUR-AUBERT, *Les obligations*, 22: «[S]i le patrimoine est ainsi fractionné dans les cas prévus para la loi, il reste très généralement admis que ceux-ci sont limitatifs. En dehors de là, un individu n'est jamais en droit de procéder par sa seule volonté, à un tel fractionnement: un commerçant [...] ne saurait ériger son fonds de commerce en patrimoine d'affectation». En Alemania, se admiten generalmente, vid. TUHR, *Derecho Civil*, I-1, § 18, 327-328; LARENZ, *Allgemeine Teil*, § 17, II, 217.

(168) PRADA, «Patrimonios adscritos a fines», 201. El autor asume que de producirse pactos limitativos de la responsabilidad, éstos deberían tener eficacia meramente obligatoria frente a terceros.

(169) Vid. ECHEVARRÍA SUMMERS, FRANCISCO, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en BERCOVITZ, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi (ed.),

En Italia, de la negación a la autonomía privada para crear patrimonios separados, deduce parte de la doctrina italiana, *ad maiorem*, la imposibilidad de pactos de exclusión de la responsabilidad (170) y, de esta manera, los autores confirman y justifican la regla del artículo 2740.2 del *Codice*, al menos en lo que concierne a los *trusts* «domésticos» (171). Pero, a la inversa, seguramente se daría el caso de que la doctrina no italiana y no *common lawyer* que sí reconoce la permisividad de pactos limitativos de la responsabilidad universal, tampoco sería necesariamente partidaria de no reconocer limitaciones a las que estableciera unilateralmente el deudor. Con todo, no faltan autores que parecen opinar que sí estaría legitimada tal actuación, al considerar que es evidente que el deudor evita conscientemente el respeto al principio de garantía patrimonial universal cuando él mismo crea preferencias a través de la manipulación del título de propiedad (*vgr.* compras con cláusulas de reserva de dominio o de *leasing*) (172). En España, la DGRN de 22 de febrero de 1989 se ha pronunciado expresamente en contra al afirmar que la responsabilidad patrimonial es «materia excluida de la autonomía de la voluntad» (173).

En el plano legislativo, el artículo 2645.1 final CCQ, sí que admite que por voluntad del deudor parte de su patrimonio pueda quedar al margen de los acreedores personales del constituyente. Efectivamente, el precepto dispone que no queden afectos a la garantía los bienes «*qui font objet d'une division de patrimoine [...]*» (174). Pero añade: «[division] *permise par la*

Pamplona, 2001, 2138. Se excluye, con todo, un pacto en virtud del cual el deudor se exima por completo de responsabilidad. Así, GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en Ministerio de Justicia (ed.), *Comentario del Código Civil*, II, 2055-2056; *id.* *Comentarios*, XXIV, 663.

(170) BARBIERA, *Garanzia*, 74-75.

(171) La situación en Italia es cuanto menos paradójica, puesto que al haber ratificado la Convención de La Haya de 1 de julio de 1985, *sobre la ley aplicable al trust y su reconocimiento*, resulta que el artículo 2.740 del Código Civil no resulta oponible a los *trust* extranjeros —naturalmente también se contempla la posibilidad de que hayan sido constituidos por ciudadanos italianos en el extranjero—, mientras que, en cambio, en el ámbito doméstico continúan estando prohibidos en virtud de aquella regla. Son las consecuencias de haber procedido antes a su reconocimiento que a su regulación. Un apunte, MAIMERI, Fabrizio, «Operatività bancaria corrente è trust», en BENEVENTI, Ilaria, *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 237. Salva las contradicciones en favor de la Convención, MANES, Paula, «Trust e art. 2.740 c.c.: un problema finalmente risolto», 2 (2002), *Contrato e Impresa*, 580-583, esp. 579 y sigs.

(172) DUNAND, *Le transfert*, 348; MACDONALD, Roderick A., «The security trust: origins, principles and perspectives», *Conférence Meredith Lectures*, McGill Faculté de Droit, Montreal, 1997, 158.

(173) *RJ* 1989/1696, FJ 5.º, en un caso en el que se discutía sobre la ejecutabilidad de bienes sometidos a prohibición de disponer.

(174) Según los comentarios del Ministro de Justicia, la expresión «división del patrimonio» se refiere tanto a los patrimonios de afectación (arts. 1.256-1.298 CCQ) como a la separación de patrimonios en sede sucesoria (arts. 780-782 CCQ). Vid. *Commentaires du Ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, Québec, I, 1993, 748.

loi». Es decir, presenta como legal tal excepción, de la misma manera que otros códigos admiten que, por cuestiones de orden público, determinados bienes del deudor no sean embargables. La norma reconoce y avala que por voluntad unilateral del deudor parte de su patrimonio personal no responda ante sus acreedores personales, supuesto que éste haya sido previamente segregado con la finalidad de crear un patrimonio de afectación (art. 2.2 CCQ). Claro que si el deudor puede hacerlo es porque es la ley la que admite expresamente tal posibilidad. Lo que no ocurre, de momento, en España.

Es deseable, sin embargo, que así sea en el futuro. Es obvio que la afectación fiduciaria disminuye el patrimonio del deudor-constituyente, puesto que la misma implica una disposición sin contrapartida. Pero, obviamente, en si misma considerada, la afectación de bienes no tiene porqué presumirse realizada con intención fraudulenta. Sin embargo, si es así, es claro que en ese caso se activarían las técnicas clásicas de tutela del crédito, exactamente igual que en las jurisdicciones vistas. Lo recuerda últimamente la Ley 41/2003, aunque la norma no se refiera al constituyente de un patrimonio de destino, sino a quien a él aporta bienes (175).

Estas técnicas o remedios a las que aludía son la acción pauliana (art. 1.111 CC) (176), el efecto de la inoponibilidad del negocio a los acreedores perjudicados (arts. 340 CDCC y 86.1 CS) o las acciones «de reintegración» (de naturaleza igualmente rescisoria) previstas en los artículos 71-73 LC, supuesto que el constituyente deviniera insolvente —a cuya insolvencia se presume que ha contribuido el acto de afectación si éste ha sido realizado en el período establecido legalmente— y se hubiese iniciado un procedimiento de ejecución colectivo contra él. En todos los casos, además, debe tratarse de acreedores perjudicados ya existentes en el momento de realización del acto, tal y como establecen las normas que regulan la donación [art. 643.2 CC (177); art. 340.3

(175) EM, III, 5 L. 41/2003: «[P]or otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos o negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores [...]».

(176) Así, STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004/2082): «[L]a acción revocatoria no puede ser esgrimida [...], pues siendo ésta un instrumento de reintegración del patrimonio del deudor, que pretende dotar de plena eficacia al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1.911 del Código Civil [...]». Sobre la acción pauliana, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *Fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998; JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos: la acción de rescisión por fraude de acreedores*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.

(177) Artículo 643.2 del Código Civil: «[S]e presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores [...] reservado bienes bastantes para pagar las *deudas anteriores* a la donación».

CDCC (178)] y, en Cataluña, también el *heretament* (art. 86.1 CS) (179), que son las instituciones con las que mayor analogía presenta la naturaleza del acto constitutivo de un *trust*: dispositivo-constitutivo y con ausencia de contraprestación. Todos los preceptos citados se refieren expresamente al perjuicio de los acreedores anteriores al acto de que se trate.

No cualquier acto dispositivo supone una violación de la garantía patrimonial universal y, a tenor de lo dicho, en principio no debería serlo el que se otorga con anterioridad a la existencia de acreedores. Con todo, ésta es una afirmación que no puede hacerse con rotundidad, vista la práctica unanimitad con la que la doctrina exige que en estos casos el acto dispositivo no se haya hecho expresamente con la intención de defraudar (180).

La regulación que de este tema hacía el artículo 3.1 del anteproyecto de ley catalán sobre los patrimonios fiduciarios era la siguiente:

«La constitució de la fidúcia requereix plena capacitat d'obrar i ple poder de disposició del constituent i s'ha de fer en document públic. La destinació de béns en fidúcia no és oposable als creditors del constituent anteriors a la perfecció del negoci, els quals podran embargar els béns que integren el patrimoni fiduciari àdhuc després de llur inscripció en el registre a nom del fiduciari. Tampoc no pot perjudicar els legitimaris».

El comentario de la subcomisión encargada de su redacción especificaba que los créditos anteriores eran los ya contraídos, aunque no estuvieran vencidos en el momento de constitución del patrimonio fiduciario (181). La regla relativa al embargo suponía una modificación del artículo 658.2 LEC, en virtud del cual si los bienes constaran inscritos a nombre del fiduciario-administrador, posiblemente aquel ya no podría practicarse y, en ese caso, la regla de la inoponibilidad que establecía la ley catalana podría haber acabado siendo inútil y no habría habido más remedio que recurrir a la acción pauliana; es decir, a la necesidad de impugnar el acto para conseguir que los bienes retornasen al patrimonio del constituyente (182).

(178) Artículo 340 CDCC: (3) «[N]o perjudicaran els creditors del donant les donacions que aquest atorgui amb posterioritat a la data del fet o de l'acte del qual neixi el crèdit d'aquells, sempre que manquin altres recursos legals per a llur cobrament». Vid. SAT Barcelona de 2 de julio de 1986 (*RJC* 1986, 914) y STS 18 de marzo de 1988 (*RJ* 2218).

(179) Artículo 86 CS : (1) «[L]’hereu només respon dels deutes de l’heretat anteriors a l’heretament, amb els béns transmesos de present [...]».

(180) En cuanto a la discusión doctrinal, con análisis de Derecho comparado, sobre si los actos anteriores al nacimiento del crédito pueden llegar a ser susceptibles de impugnación si se prueba la intención de defraudar, vid. FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude*, 205-213. Además, JEREZ, *Los actos jurídicos*, 121-122.

(181) En relación con este tema, véase el minucioso análisis de jurisprudencia que trae a colación con acierto FERNÁNDEZ CAMPOS, *El fraude*, 209-211.

(182) Para la diferencia entre revocación e inoponibilidad, VAQUER ALOY, Antoni, «From Revocation to Non-Opposability: modern developments of the Paulian Action», in

Pero, sin explicar por qué, la Sección de Derecho patrimonial, además de modificar la estructura del precepto, obvió cualquier referencia al embargo. Y así, lo que dice ahora el artículo 514-4 es lo siguiente:

«[L]’afectació de béns no és oposable a les persones creditors de la constituent que siguin anteriors a la constitució del negoci i tampoc no pot perjudicar els legítimaris».

Se consideró innecesario intercalar la frase «[...] i als creditors posteriors si la fiducia es fa amb ànim de defraudar» porque, junto al perjuicio de párrafo 1, ello implicaba introducir el requisito subjetivo del fraude. Efectivamente, no todo acto perjudicial es fraudulento porque no es necesaria la intención de defraudar para que el daño se produzca (los arts. 81.2 y 241 CS contraponen ambas expresiones) (183). El perjuicio es un resultado y tiene carácter objetivo. El fraude es subjetivo porque siempre tiene en cuenta la intención de quien lo ha producido (184). Implica valorar una conducta subjetiva del individuo que no siempre será fácil de probar: la actuación no conforme con los principios de la buena fe (arts. 36.3, 79.3, 270.3, 245.4, 383.2, 389.1 CS), sin que sea requerida confabulación (arts. 79.3, 389.1 CS).

En fin, la Sección de Derecho patrimonial tampoco consideró la propuesta de añadir un segundo y tercer párrafo en los que se especificara que:

«[C]omet frau la persona que afecta béns en fiducia sense els quals no pot fer front als seus deutes actuals o previsibles».

«La inoposabilitat només ha d’ésser en la mesura necessària per a protegir els creditors. En allò que excedeixi aquesta finalitat, el patrimoni fiduciari continua aprofitant als beneficiaris».

IV. CONCLUSIONES

Si los mecanismos o «garantías» acabadas de exponer son las que dan sentido al principio reconocido en el artículo 1.911 del Código Civil, me parece razonable defender que, aisladamente considerado, el precepto no es un obstáculo al reconocimiento legal de la existencia de patrimonios separados con un régimen de responsabilidad especial, que privaría el acceso a los acreedores generales del constituyente. Reconocerlo así no supone derogar los mecanismos de tutela del crédito que son, precisamente, los únicos que dan sentido y virtualidad al precepto.

MCQUEEN, Hector-VAQUER, Antoni-ESPIAU, Santiago (eds.), *Regional private laws and codification in Europe*, University Press, Cambridge, 2003, 212-213. Antes, del mismo autor, «Inoponibilidad y acción pauliana» (1999), *ADC*, 1491-1570.

(183) BADOSA COLL, Ferran, *Dret d’obligacions*, Barcanova, Barcelona, 1990, 214.

(184) BADOSA, *Dret d’obligacions*, 216-217.

Se trataría, pues, de otorgar mayor protagonismo a la autonomía privada, no sólo porque, como se ha visto y se reclama desde la doctrina más proclive al reconocimiento del *trust* en los países civilistas, existe un «elenco claro de remedios contra la utilización [del *trust*] como instrumento defraudatorio de los acreedores» (185) —elenco que, si se estima conveniente, aun se podría reforzar más—, sino porque sería hipócrita no reconocer que el principio de responsabilidad universal es sistemáticamente obviado por la legislación especial que permite a los particulares constituir sociedades de responsabilidad ilimitada unipersonales, o por la que consiente la proliferación de privilegios crediticios que reducen a nada el principio de *par conditio creditorum* que es, por cierto, uno de los exponentes de ese otro en que consiste la responsabilidad patrimonial universal del deudor. Y aunque este último argumento puede parecer más débil tras la promulgación de la LC, que pretende acabar con la multiplicidad de créditos preferentes del pasado (EM, V LC), sin embargo conviene recordar que no es cierto que no pueda haber más privilegios que los que la propia Ley Concursal reconoce —de entrada porque no puede impedir que las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil legislen sobre el tema— y, además, que la poda de privilegios no se proyecta sobre las ejecuciones singulares (DD Única, 3,2.º), al menos de momento (DF 33.ª LC).

Se propone pasar del reconocimiento —mediante la adhesión al Convenio de La Haya de 1985— a la posterior regulación del *trust* en nuestro país y, entre otras, en la modalidad *inter vivos* de protección de activos que se ha descrito, si quiera se estime conveniente proveer a más y mayores controles, como podrían ser la fijación de una cuantía máxima transferible o el tiempo límite de afectación. Pero esta última es una cuestión de política jurídica sobre la que no me corresponde pronunciarme.

RESUMEN

FIDUCIA

En las páginas que anteceden se apuntan algunos datos que permiten explicar por qué el reconocimiento y posterior regulación del trust en nuestro país no chocaría con ningún principio de orden público. La autora constata la existencia en el Derecho español (y catalán) de algunos de los elementos que le son inherentes, como los patrimonios

ABSTRACT

TRUSTSHIP

The pages above outline some points explaining why the recognition and subsequent regulation of trusts in our country would not collide with any principles of public order. The author shows evidence of the existence of some of the elements inherent in the trust in Spanish (and Catalan) law, such as autonomous and separate estates, recognised both by

(185) Vid. CÁMARA, «El trust y la fiducia», en CÁMARA (coord.), *Derecho privado europeo*, 1157.

autónomos y separados, reconocidos tanto por la legislación como por la doctrina y la jurisprudencia y, seguidamente, analiza por qué la operación de afectar bienes en trust no merece ningún tipo de rechazo basado en una hipotética infracción del artículo 1.911 del Código Civil. Como ejemplo, se utiliza la hipótesis del trust «de protección de activos», por ser su recepción en los países que ya regulan el trust la que más polémica suscita en torno a la aceptación de que determinados bienes o rentas queden al abrigo de los acreedores personales del constituyente. El reconocimiento de trusts o fiducias en nuestro país no tendría por qué tildarse ab initio y a priori de actividad o institución fraudulenta.

legislacion and by doctrine and case law, and follows this by analysing why the operation of putting assets in a trust is not deserving of rejection of any sort based on a hypothetical violation of article 1911 of the Civil Code. The hypothesis of the «asset protection» trust is used as an example, because its reception in countries that already have trust regulations is that which arouses the most debate over the issue of allowing certain assets or incomes to be protected by the personal creditors of the trust maker. The acknowledgment of trusts in our country would not necessarily have to be branded, ab initio and a priori, as a fraudulent activity or institución.

(Trabajo recibido el 20-12-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho Civil*, I, Librería Bosch, Barcelona, 2002¹⁵.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther, «La regulación quebequesa del trust», 10-11 (2001), *La Notaría*, 91-119.
- «El benefici de separació de patrimonis en el Dret civil català», 3 (2000), *Revista Jurídica de Catalunya*, 645-677.
- «Los fondos de garantía del pago de pensiones: ¿públicos o privados?», 88 (2004), *Revista de Derecho Privado*, 309-324.
- (Ed.), *El Québec: un model de dret comparat per a Catalunya*, Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya (ed.), Barcelona, 2001.
- ATIAS, Christian, *Droit Civil. Les biens*, Litec, Paris, 2002⁹.
- AUBRY, Charles-RAU, Charles, *Cours de Droit Civil français d'après la méthode de Zachariae*, IX, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1917⁵.
- BADOSA COLL, Ferran, «Examen de tres "esquemas fiduciarios" en el Derecho español», *Libro-Homenaje a Díez-Picazo*, I, Civitas-Thomson, Madrid, 2003, 221-236.
- «La constitució de patrimonis fiduciaris en el Dret Civil català», 5 (2002), *La Notaría*, 15-63.
- BADOSA COLL, Ferran, en BADOSA COLL, Ferran (dir.) - MARSAL GUILLAMET, Joan (coord.), *Manual de Dret Civil català*, Marcial Pons (ed.), Barcelona-Madrid, 2003.
- BARBIERA, Lelio, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Jovene (ed.), Napoli, 1971.

- BEACHEMIN, Lucie, «Fiducies entre vifs de protection d'actifs», en *Congrès 95*, APFF, Montréal, 1996, 1-47.
- BEAULNE, Jacques, «La fiducie et le droit civil québécois», in ARROYO I AMAYUELAS, Esther (ed.), *El Québec: un model de dret comparat per a Catalunya*, Edicions de la Universitat de Barcelona-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2001.
- *Droit des fiducies*, Wilson & Laffleur, Montréal, 1998.
- BEKKER, Ernst Immanuel, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Hermann Böhlau, Weimar, 1886.
- «Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handels Vermögen und Actiengesellschaften» IV (1861), *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht*, 499-567.
- BÉNABENT, Alain, *Droit Civil. Les contrats spéciaux*, Paris, 1995².
- BÉRAUDO, Jean-Paul, «Les trusts anglosaxons et le droit français», *LGDJ*, Paris, 1992.
- BIANCA, Mirzia, *Vincoli di destinazioni e patrimoni separati*, Cedam, Milan, 1996.
- BIANCHI, «Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito in generale», in FIORE, Pasquale (curatore), *Il diritto civile italiano*, Napoli, Eugenio Marghieri, 1894.
- BONNEAU, Thierry, «Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil», 1 (1991), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1-48.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría-GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, «Nacional report for Spain», in HAYTON, D.J.-KORTMANN, S.C.J.J.-VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer internacional Law, The Hague-Deventer (The Netherlands), 1999.
- BRINZ, Aloys, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1873².
- *Lehrbuch der Pandekten*, III-2 Abtheilung, 1. Lieferung, Verlag von Andreas Deichert, Erlangen, 1888.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Operaciones fiduciarias o trusts en el derecho español», 654 (1999), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1757-1865.
- «El trust y la fiducia: Posibilidades para un armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (coord.), *Derecho Privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, 1099-1172.
- *La fiducia sucesoria secreta*, Universidad de Navarra-Dykinson, Madrid, 1996.
- CAMY, Buenaventura, «Instituciones hereditarias en usufructo a una persona y en nuda propiedad a otra: problemas que plantean», 49 (1965), *Revista de Derecho Privado*, 947-964.
- CANTIN CUMYN, Madeleine, «The trust in a civilian context: the Québec case», 2 (1994), *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 69-77.
- «La fiducie, un nouveau sujet de droit?», in BEAULNE, Jacques (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Wilson & Laffleur (ed.), Montréal, 2002.
- CHAMPAUD, Claude, «La fiducie ou l'histoire d'une belle juridique au ois dormant du droit français», 5 (1991), *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 689-705.
- COHET-CORDEY, Frédérique, «La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français», 4 (1996), *Revue trimestrielle de Droit français*, 819-839.
- COING, Helmut, *Derecho Privado europeo*, II, Fundación Cultural del Notariado (ed.), Madrid, 1996 (trad. y apostillas de Antonio Pérez Martín, en base a la obra original, *Europäisches Privatrecht*, II, Beck, München, 1989).

- COURBE, Patrick, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 2001.
- DANFORTH, Robert T., «Rethinking the Law of Creditors's Rights in Trusts», 53 (2002), *Hastings Law Journal*, 287-366.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares» (1953), *Anuario de Derecho Civil*, 623-651.
- «El patrimonio», en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976 (reimpresión de la edición de 1972), 35-66.
- DE LOS MOZOS, José Luis, «Aproximación a una teoría general del Patrimonio», 2 (1991), *Revista de Derecho Privado*, 587-609.
- DE PRADA GONZÁLEZ, José María, «Patrimonios adscritos a fines», 19 (1996), *Revista Jurídica del Notariado*, 149-202.
- DUNAND, Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre». Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000.
- ECHEVARRÍA SUMMERS, Francisco, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en BERCOVITZ, RODRIGO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi (ed.), Pamplona, 2001, 2137-2138.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, *Fraude de acreedores: la acción pauliana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.
- FERRER RIBA, Josep, «Els fons especials en les fundacions privades», 1 (2002), *Revista Catalana de Dret Privat*, 81-118.
- FLETCHER, Ian F., *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell, London, 2002³.
- FLOUR, Jacques-AUBERT, Jean Luc, *Les obligations. I. L'acte juridique*, Paris, 1996⁷.
- FOX, Charles D. IV-HUFT, Michael J., «Asset Protection and Dynasty Trust», 37 (2002), *Real Property, Probate and Trust Journal*, 287-361.
- GAMBARO, Antonio, «Il diritto de proprietà», en CICU, Antonio-MESSINEO, Francesco-MENGGONI, Luigi, *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, VIII-2, Giuffrè, Milano, 1995, 608-650.
- GHESTIN, Jacques-GOUBEAUX, Gilles-FABRE-MAGNAN, Muriel, «Traité de Droit Civil. Introduction générale», *LGDJ*, Paris, 1994.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en AA.VV. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia (ed.), Madrid, 2055-2056.
- «Comentario al artículo 1.911 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXIV, Edersa (ed.), Madrid, 1984, 662-664.
- HALPÉRIN, Jean Louis, *Histoire du Droit privé français depuis 1804*, PUF, Paris, 1996.
- JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos: la acción de rescisión por fraude de acreedores*, Centro de Estudios Registrales (ed.), Madrid, 1999.
- JESTAZ, Philippe-JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2003.
- KUHN, Céline, *Le patrimoine fiduciaire. Contribution à l'étude de l'universalité* (tesis dirigida por el Prof. Dr. Thierry Revet, Paris I, 2003).
- LARROUMET, Christian, «La fiducie inspirée du trust» (1990), *Recueil Dalloz*, 119-121.

- LEGENDE, Michel, «L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières», 18 (1996), *Revue de Planification Fiscale et Successorale*, 11-67.
- LISCHER, Henry J. Jr., «Domestic Asset Protection Trust: Pallbearers to liability?», 35 (2000), *Real Property, Probate and Trusts Journal*, 479-592.
- LUPOI, Mauricio, *Trusts*, University Press, Cambridge, 2000.
- LYNN, Robert J., *Introduction to Estate Planning*, West Publishing Company, St. Paul (Minnesota), 1991.
- MACDONALD, Roderick A., «The security trust: origins, principles and perspectives», *Conférence Meredith Lectures*, McGill Faculté de Droit, Montreal, 1997, 157-313.
- «Reconceiving the Symbols of Property: universalities, Interests and other heresies», 39 (1994), *McGill Law Journal*, 762-812.
- MAIMERI, Fabrizio, «Operatività bancaria corrente è trust», in BENEVENTI, ILARIA, *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 231-247.
- MANES, Paula, «Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto», 2 (2002), *Contrato e Impresa*, 570-583.
- MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, «El patrimonio de destino en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 19 de febrero de 2004, 1-7.
- MASTROPAOLO, Eugenio Maria, «La fiducie nel diritto positivo francese», 1 (2000), *Rivista di Diritto Civile*, 35-58.
- NADEAU, Éric, «L'utilisation de la fiducie pour fins de protection: une perspective commerciale» 6, (2000), *Revue d'Études Juridiques*, 129-169.
- NASARRE AZNAR, Sergio, *Securitisation & mortgage bonds: legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Cambridge, 2004.
- NICOLÒ, Rosario, «Comentario al artículo 2.740 del Código Civil», en SCIALOJA, Antonio-BRANCA, Giuseppe, *Comentario del Codice Civile*, Zanichelli-Foro Italiano (ed), Bologna-Roma, 1954,1-16.
- OBSERVATORI DE DRET PATRIMONIAL DE CATALUNYA. Secció de Dret Patrimonial (ed.), *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya. Els drets reals*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Interior, 2003.
- PAYETTE, Louis, *Les sûretés réelles*, Cowansville (Québec), 2000².
- PINO, Augusto, *Il patrimonio separato*, Cedam, Padova, 1950.
- ROCA SASTRE, Ramón María, «El patrimonio», *Estudios Varios*, Instituto de España, Madrid, 1988, 13-26.
- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús-RUIZ HIDALGO, Carmen, *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (ed.), Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M.^a Jesús-RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José A., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», *La Ley*, 29 de junio de 2004, 1-11.
- ROPPO, ENZO, «La responsabilità patrimoniale del debitore», in RESCIGNO, Pietro, *Trattato di Diritto privato*, 19, *Tutela dei Diritti*, I, UTET, Torino, 1985, 365-375.

- RUBINO, Domenico, «La responsabilità patrimoniale», in VASSALLI, FILIPPO, *Trattato di Diritto Civile italiano*, XIV-1, UTET, Torino, 1952, 5-25.
- SÉVE, R., «Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau», 24 (1979), *Archives de Philosophie de Droit*, 247-257.
- SPERO, Peter, «Asset Protection-a US Perspective», 5 (10) (2003), *Retirement & Estate Planning Bulletin*, 163-167.
- TERRÉ, François-SIMLER, Philippe, *Droit Civil. Les biens*, Dalloz, Paris, 1998⁵.
- TUHR, Andreas von, *Derecho Civil*, I-1, Depalma, Buenos Aires, 1946 (anastática, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, del original alemán *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* [sin indicación de fecha]).
- UNDERHILL, Arthur-HAYTON, David J., *Law Relating to Trusts and Trustees*, Butterworths, London, 1987.
- VAQUER ALOY, Antoni, «Inoponibilidad y acción pauliana» (1999), *ADC*, 1492-1570.
- «From Revocation to Non-Opposability: modern developments of the Paulian Action», in McQUEEN, Hector-VAQUER, Antoni-ESPIAU, Santiago (eds.), *Regional private laws and codification in Europe*, University Press, Cambridge, 2003.
- VICARI, Andrea, *I trust di protezione patrimoniale*, in *Trusts e attività fiduciarie. Quaderni*, IPSOA, Milan, 2003.
- VOSIKIS, Nicolas Chr., *Le trust dans le Code civil éthiopien. Etude de droit éthiopien avec référence au droit anglais*, Librairie Droz, Genève, 1975.
- ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, Karl Salomo, *Handbuch des französischen Privatrechts*, III, Ernst Mohr's Verlag, Heidelberg, 1886⁷ (edición preparada por Heinrich Dreyer).
- ZARETSKY, Barry L., «Fraudulent Transfert Law as the Arbitrer of Unreasonable Risk», 46 (1995), *South Carolina Law Review*, 1165-1201.
- ZENATTI, Frédéric, «Jurisprudence française en matière de droit civil, C. Propriété et droits réels, I. Patrimoine», 4 (1994), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 888-898.
- «Mise en perspectiva et perspectives de la théorie du patrimoine» (2003), *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 667-677.

La capacidad jurídica en las personas físicas y en los entes morales

por

JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE
*Profesor Titular de Universidad
Universidad de Alcalá*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO CONCEPTO UNITARIO.
- III. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LAS PERSONAS NATURALES.
- IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ENTES MORALES:
 1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXIGENCIA DE ESTA CUALIDAD EN LOS ENTES MORALES.
 2. SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD O CAPACIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS.
 3. REQUISITOS PARA OBTENER LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
 4. EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS ENTES MORALES.
- V. APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES A LAS LLAMADAS SOCIEDADES CIVILES.
- VI. EPÍLOGO PARA EL CUARTO CENTENARIO DE «EL QUIJOTE».

I. INTRODUCCIÓN

A) Me propongo estudiar en el presente trabajo la capacidad jurídica como cualidad atribuida por el Ordenamiento Jurídico a las personas por antonomasia y a las personas jurídicas o morales. Trataré de señalar lo que hay de común en la atribución de aquella a unas y otras, y lo que hay de específico y privativo. ¿En qué consiste la capacidad jurídica sea quien sea

el sujeto titular de ella? ¿Cuáles son los requisitos necesarios para su reconocimiento? ¿Son los mismos para individuos y para entes morales?, esto es, ¿se encuentra el Estado en semejante situación de sujeción o libertad a la hora de decidir su concesión a unos o a otros? Y los efectos, ¿son siempre los mismos? ¿Cabe hablar, como se hace, de grados en la personalidad o capacidad? ¿Qué relación existe, si existe alguna, entre adquisición de personalidad o capacidad y el derecho fundamental de asociación? Estas y otras cuestiones irán saliendo en las páginas siguientes.

En contra de lo que pudiera pensarse, no es asunto bien estudiado, a mi parecer. Para empezar, es cosa cuya sustancia se da normalmente por sabida, de modo que en el campo que quizá se ha tocado con mayor detenimiento, que es el referido a las sociedades mercantiles, el concepto se presupone y se pasa directamente al tema de los requisitos para obtenerla. En materia de persona, la doctrina ofrece un concepto, ciertamente valioso, pero no consigue diferenciarla de la personalidad jurídica: repásense los conceptos que se proponen de una y otra y se advertirá en los autores, sin excepción, un confusionismo muy notable porque a la postre dicen lo mismo para ambas cualidades jurídicas, pero sin afirmar entonces como sería lógico, que son la misma cosa. Y la insatisfacción es aún mayor cuando se trata la persona jurídica: aquí no se dice nada, dando por supuesto su concepto. Casi todas las energías se van en relatar las innumerables teorías sobre la naturaleza de la persona jurídica y su historia, pero muy poca reflexión sobre el significado que tiene para un grupo adquirir aquella cualidad que, por otra parte, parece equipararse a la que se reconoce al individuo.

B) Para justificar más mi esfuerzo —con independencia de que luego resulte fructífero o baldío— invito a recordar algunas cuestiones graves desde el punto de vista dogmático en las que la vacilación doctrinal, legislativa y jurisprudencial tienen su causa, en mi opinión, en la indeterminación, imprecisión, desconocimiento, en fin, de lo que sea la personalidad o capacidad jurídica. Veamos:

- El todavía irresuelto problema de la consideración de las llamadas sociedades civiles. No pueden sino calificarse de llamativos los bandazos de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto o los fallidos intentos del Legislador de conseguir su inscripción, ya en el Registro Mercantil, ya en el Registro de la Propiedad por la vía de inscribir sus adquisiciones inmobiliarias.
- La reciente opinión pero que se va extendiendo, según la cual el artículo 22 de la Constitución, al recoger como derecho fundamental el de asociación, impone el reconocimiento de cualquier ente moral como sujeto de Derecho, sin más presupuesto que su voluntad asociativa, de manera que el Estado no puede negarle la personalidad. Así, no se sabe muy bien qué hacer con el requisito de la inscripción

registral, que se diluye en la Ley de Asociaciones y que se recupera en la Ley de Fundaciones.

- La tendencia en la más reciente legislación, que ya parece imparable, de reconocer determinadas capacidades a «comunidades de bienes», a «las entidades sin personalidad jurídica», a «grupos de consumidores y usuarios»; en otras palabras, a grupos sociales que por respetables que puedan ser carecen de personalidad jurídica. Así, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 o la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, por citar una en el terreno procesal y otra en el sustantivo, pues si aquélla reconoce capacidad para ser parte a quien no tiene personalidad, ésta permite el contrato de arrendamiento a quien carece de ella. Lo examinaremos con mayor detenimiento.
- La reacción que corresponde al Ordenamiento Jurídico, si es que le corresponde alguna, cuando un grupo pseudopolítico delinque: se duda por miedo a vulnerar el mencionado derecho fundamental; o cuando desaparece el presupuesto natural de toda sociedad, aunque sea mercantil, es decir, la pluralidad de socios; o se utiliza la obtención de la personalidad para defraudar la ley, lo que pretende resolverse con la insegura doctrina del levantamiento del velo.

En fin, entiendo que con lo expuesto queda justificado mi intento de reflexionar sobre la cuestión que subyace a todas las indicadas y cuya cabal comprensión necesariamente ha de ayudar, al menos, a resolver los problemas apuntados y otros que iremos viendo.

II. LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO CONCEPTO UNITARIO

A) Antes de continuar es preciso hacer una advertencia importante sobre un asunto que volverá a salir pero sobre el que conviene parar mientes cuanto antes. ¿Personalidad o capacidad? En mi criterio, son dos cualidades distintas y con efectos diferentes si hablamos de las personas físicas, pero coinciden si nos referimos a los entes morales. Y ello porque así lo impone la naturaleza de las cosas. Los hombres crecen; los entes morales no. El hombre experimenta un desarrollo: desde siempre se ha creído oportuno asegurarse de su viabilidad antes de reconocerle la titularidad de derechos y obligaciones. En cambio, la persona jurídica nace plenamente desarrollada; al margen de cuando sea el momento en que lo haga, que ya nos ocuparemos de ello. No hay necesidad de cautelas. De lo expuesto yo deduzco —y trataré de probar— que la persona física adquiere personalidad, como cualidad distinta de la capacidad, antes de obtener ésta. Pero en los entes, no hay más que una cualidad adquirida, llámese personalidad, capacidad jurídica o capacidad de obrar. También ésta última se

confunde con las anteriores en las personas morales, porque en éstas ni cabe el desarrollo progresivo de su capacidad natural, ni cabe su pérdida o aminoramiento, circunstancias que, como es sabido, determinan en los individuos la modificación de su capacidad de obrar (1).

Se impone entonces que convengamos en la terminología utilizada. Cuando la doctrina habla de adquirir personalidad jurídica, salvo excepciones contadísimas, quiere aludir a la adquisición de capacidad jurídica, esto es, a la aptitud de ser titular de relaciones jurídicas, ya se refiera a individuos, ya a entes morales. Tal lenguaje es muy correcto para estos últimos en quienes, como acabo de expresar, todas estas cualidades se confunden o son la misma. Pero sería equivocado, en mi criterio, si nos refiriéramos a los hombres, por cuanto he anunciado más arriba y trataré de explicar más adelante.

Así las cosas —siempre en mi opinión, que puede ser desacertada—, cuando se alude a cuestiones de personalidad jurídica, requisitos para su reconocimiento, efectos, extinción, etc., en rigor se quiere aludir a cuestiones de capacidad jurídica, porque es ésta y no aquélla la que determina la adquisición de derechos subjetivos y la posibilidad de obligarse. De manera que la personalidad jurídica es cosa atinente, en exclusiva, a las personas naturales y que no puede predicarse de las jurídicas, respecto de las que no podrían distinguirse entre efectos de una y otra cualidad, como sucede, en cambio, en aquéllas, en quienes la personalidad produce unas consecuencias y la capacidad jurídica añade otras distintas.

Conocida la argumentación precedente, se comprenderá el título del trabajo: que hablemos de capacidad y no de personalidad, porque son cuestiones relativas a aquélla de las que vamos a tratar, aunque, de paso, alguna luz intentaré proyectar sobre la distinción personalidad-capacidad. Y si alguna vez, por licencia literaria, sigo la terminología al uso y hablo de adquirir personalidad jurídica, se entenderá el significado del término, aunque nunca lo utilizaré en el estudio de la persona natural, porque en tratándose de ella las imprecisiones terminológicas no dejan de traer malas consecuencias, a la larga o incluso antes.

B) Y vamos ya con el concepto de capacidad jurídica, cuya determinación exige también poner en claro si estamos ante un concepto unitario, común a personas físicas y jurídicas, o no es posible semejante construcción.

(1) La doctrina dominante piensa que la capacidad de obrar depende del estado civil, no de la aptitud natural de entender y de querer. A mi juicio, olvidan que precisamente ese cambio de estado civil se debe al cambio previo de aptitud natural, de modo que lo importante es esto y no aquello. Al tomar por decisivo no el hecho natural o voluntario sino la cualidad jurídica que aquél origina, dan pie a la censura. Así, el profesor LASARTE ÁLVAREZ cuando duda sobre el sentido o utilidad del concepto estado civil (vid. *Principios de Derecho Civil*, 1, 5.ª ed., Trivium, Madrid, 1996, págs. 198-200).

No contamos con mucha ayuda ni del Legislador ni de la jurisprudencia, ni de la doctrina. En general, es de esos conceptos que se dan por sabidos. Sin embargo, sí creo que disponemos de los datos legales suficientes para determinar el contenido típico de la capacidad jurídica o su sustancia.

Nada se dice de nuestro asunto en las Recopilaciones o Leyes anteriores. El Proyecto de 1851 tampoco trata de la capacidad de las personas físicas; no existe el correspondiente al artículo 29 vigente. Sí hay referencia a la de las personas jurídicas. Su artículo 33 ordenaba: «*Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley, se consideran personas morales para el ejercicio de los derechos civiles*». Parece, pues, que la sustancia de la persona moral consistía en poder ejercer derechos civiles. La expresión «derechos civiles» quizá resulta imprecisa. En el ámbito constitucional se usa para contraponerlos a los «derechos políticos». Con todo, pienso que aquí la expresión bien puede traducirse por la de derechos subjetivos.

El Código Civil es más generoso en la atención prestada al tema. Para las personas naturales dedica los artículos 29 y 30, pero que aportan poco para la fijación del concepto de capacidad. Más bien se ocupan del momento de adquisición y de los requisitos que deben concurrir para la obtención de aquella. Existe, sin embargo, un inciso en el artículo 30 que no ha merecido mucha atención, en verdad, y que yo estimo de la mayor trascendencia. Empieza este precepto afirmando: «*Para los efectos civiles...*». Tendremos ocasión de examinar el artículo, pero adelanto que interpreto esta expresión equivalente a «para ser titular de derechos y obligaciones». De la capacidad de las personas jurídicas, el Código se ocupa en los artículos 37 y 38. El primer párrafo de este segundo artículo establece: «*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*». Este precepto es más explícito y, como anunciaba antes, creo que es de gran ayuda para concretar la esencia de la capacidad. El primer inciso de la norma no tiene relevancia actual: me parece que sólo pretendía confirmar la derogación de las restricciones adquisitivas que pesaban sobre las llamadas manos muertas. Recuérdese que el artículo 608 del Proyecto de 1851 ordenaba: «*Las iglesias y cabildos eclesiásticos, los ayuntamientos y concejos, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia é instrucción pública, y todos los cuerpos ó asociaciones que se comprenden bajo la denominacion de manos muertas, no pueden adquirir, por testamento, bienes inmuebles de ninguna especie; para adquirir bienes muebles, les será necesaria autorización especial del Gobierno*». Digo que no tiene relevancia hoy por hallarse incluida tal previsión en la que cierra el artículo 38. En efecto, en ésta se reconoce la capacidad para ejercitar acciones procesales, lo que implica la titularidad previa de los correspondientes derechos subjetivos, de modo que la facultad de adquirir bienes va comprendida en esa aptitud

general de adquirir derechos. Y el inciso anterior se refiere a la asunción de obligaciones. En conclusión, para el artículo 38, la capacidad jurídica de las personas morales se concreta en la aptitud para adquirir derechos y asumir obligaciones.

De nada serviría acudir a otras leyes. Ya se refieran a personas físicas o jurídicas, dan por supuesto el concepto que nos ocupa: así las leyes mercantiles sobre sociedades, o las que disciplinan asociaciones o fundaciones.

En cuanto a la doctrina, es unánime en conceptualizar la capacidad jurídica de los individuos como aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, esto es, para ser sujeto de derechos u obligaciones. Sin embargo, al tratar de los entes morales, en general, no se ofrece un concepto distinto, por lo que habrá que suponer que se acepta el construido para las personas físicas. Es verdad que algunos autores, como veremos, parece que sí han dedicado alguna atención al concepto de capacidad en las sociedades mercantiles —no, por tanto, con carácter más general, en los entes morales— y como consecuencia han defendido la graduación de la capacidad en aquéllas, de suerte que habría que hablar de diferentes grados o niveles de capacidad, según estuviéramos ante sociedades perfectas o menos perfectas. Adelanto que no me convencen estas opiniones, pero remito al epígrafe correspondiente, cuando tratemos especialmente del asunto en los entes morales.

Con los prolegómenos expuestos, voy a ofrecer, en las líneas que siguen, mi idea sobre capacidad jurídica.

C) Lo primero que salta a la vista es que la capacidad jurídica —dígase lo mismo de la personalidad, para quienes creemos que son cualidades distintas— es atribuida por el Estado, sea al individuo, sea al ente social. Se trata de una cualidad que el Ordenamiento Jurídico reconoce, atribuye o concede. Nadie nace con cualidades jurídicas, ni, por tanto, con derechos. Unas y otros, en tanto que creación del Derecho, son atribuidos por éste a la persona o al ente moral. Ciertamente, el Estado no goza de igual ámbito de libertad ante la persona, razón última del Derecho, que ante el grupo que pretende erigirse en sujeto de Derecho, cuando de reconocer capacidad o derechos se trata, pero ello no debe llevar a conclusiones equivocadas, por muy bien intencionadas que estén: veremos que no es menester, me parece, forzar la dogmática para amparar a la persona.

En segundo lugar, entiendo que el concepto de capacidad es unitario: es el mismo para personas físicas y jurídicas. Y ello porque la doctrina de la persona jurídica se ha confeccionado a imagen y semejanza de la persona física. Se crea lo que se crea sobre la naturaleza de aquélla, de lo que no hay duda es de que se trata de erigir otro sujeto de Derecho que se comporte como si fuera un individuo en el tráfico jurídico: libre y responsablemente. Si en las personas naturales la cualidad que les permite moverse en el tráfico, adquirir derechos o asumir obligaciones, convertirse, en fin, en sujeto de

Derecho, es la capacidad jurídica, no otra cosa será lo que permita a las personas morales hacer esas mismas actuaciones. Y si el resultado es el mismo, la causa es la misma.

Luego el concepto tradicional que se maneja para la persona, vale también para la persona jurídica: aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas, con las notas que enseñaba CASTÁN de ser una, indivisible, irreductible, y esencialmente igual siempre y para todos. Y así como no es posible que sobrevengan modificaciones en la capacidad jurídica de un individuo (2), tampoco lo es para una persona jurídica. Se tiene o no se tiene esta cualidad, pero no puede tenerse parcialmente, aumentarse o disminuirse. Al ser indivisible e irreductible, su contenido es típico: titularidad de todos los derechos subjetivos susceptibles de ser adquiridos por el sujeto. No puede ser que para unos —por ejemplo, las llamadas sociedades personalistas— la capacidad otorgue un elenco de derechos diferente, mayor o menor, que para otros —las sociedades de capital—. Y mientras el grupo social no obtenga el reconocimiento de la personalidad, no podrá ejercer derechos porque antes de ejercerlos hay que adquirirlos. Y afirmar, aunque lo diga una Ley, que un ente sin personalidad puede ejercitar, por ejemplo, una acción judicial, lo que arguye titularidad previa de un derecho, es un quebrantamiento grave de la dogmática jurídica que sólo engendra confusión: pueden encontrarse otras fórmulas más respetuosas probablemente, pero desprestigiar la dogmática so pretexto de utilidad conduce a consecuencias indeseables también en el orden práctico. Aunque volveré sobre todo esto, pero ya se ve que no comparto las teorías que hablan de sociedades más o menos perfectas, o de grados en la personalidad de aquéllas.

D) Aun reconociendo la dosis de elaboración propia que pueda tener la del concepto unitario de capacidad jurídica que acabo de pergeñar, también quedo firmemente persuadido de que los artículos del Código Civil citados, treinta para las personas y treinta y ocho para los entes morales —incluso el antecedente del 33 del Proyecto de GARCÍA GOYENA— dan suficiente base para mantener la tesis expuesta. La conclusión más sobresaliente que se extrae de lo anterior es la de que la capacidad tiene un contenido típico que no puede desconocerse: quien adquiere capacidad, sea hombre o grupo constituido, adquiere, sin más, la titularidad de los derechos subjetivos congruentes, porque según la Ley en eso consiste la capacidad, en el bien entendido de que no existe más que una capacidad; no hay diferentes niveles de capacidad o

(2) No obstante lo dicho, no es menos cierto que algunos derechos de la persona no se adquieren con los demás, al obtener la capacidad jurídica, sino en momento posterior: así, como es sabido, los derechos de testar, contraer matrimonio o adoptar. Y este fenómeno, que la doctrina suele conocer como capacidades especiales, afecta en rigor a la capacidad jurídica porque no es que no se puedan ejercitar, es que no se tienen hasta que llega el momento determinado por la Ley.

modalidades de ésta. O se tiene o no, pero si se obtiene se consigue con todo su contenido.

A mi juicio, como apunté más arriba, la única diferencia que existe entre personas físicas y jurídicas en punto a capacidad radica en el origen de ésta: en la diferente postura que el Estado puede observar respecto a una y otra a la hora de reconocer su personalidad. Ante la persona física, el Estado, que sólo existe para su servicio, no puede por menos de atribuirle, primero personalidad y luego capacidad jurídica, tan pronto se cerciora de que existe, de que ha venido a la vida con razonable perspectiva de viabilidad. No es que se nazca con personalidad y el Estado se limite a reconocer lo preexistente, sino que el Estado otorga esa cualidad, que es siempre creación del Derecho. Lo que pasa es que no puede dejar de hacerlo sin incurrir en tacha de tiranía y deslegitimación. Su ámbito de arbitrio, que existe, es reducido: puede decidir el otorgamiento al tiempo de la concepción, o al del nacimiento, o esperar unas horas, pero ahí acaba su ámbito de libertad. La persona reclama su reconocimiento inmediato o casi inmediato por el Derecho. Porque la persona existe con o sin personalidad, que son cosas distintas, como ya insistiré más adelante. En cambio, ante el grupo que pugna por su reconocimiento como sujeto de Derecho, la libertad del Estado es incomparablemente mayor. El grupo, llámese sociedad, asociación, fundación, partido político, etc., no tiene cuerpo y alma como tiene el individuo, no es un ser racional anterior y previo al Estado. Hay quienes confunden el derecho natural de asociación con la asociación misma, en tanto que ente dotado de personalidad jurídica. En su lugar me ocuparé de esto. De lo que no hay duda, a mi parecer, es de que al no ser el ente moral una realidad natural, el Ordenamiento puede y debe establecer los requisitos que ha de llenar aquél para obtener capacidad jurídica. Precisamente exigirá aquellos requisitos que permitan asimilar, dentro de lo posible, la persona jurídica a la física. Será menester, como se expondrá más adelante, que el grupo social que quiera funcionar como sujeto de Derecho se «parezca» a la persona, a cuya imagen y semejanza se construye su capacidad. Que garantice, en lo posible, permanencia, fines lícitos, patrimonio, voluntad social, publicidad, etc. Y si no se cumplen estas exigencias, o desaparecen, el Estado hará muy bien en denegar la pretensión de gozar de personalidad jurídica, sin que ello signifique violación de ningún derecho constitucional, ni siquiera del 22.

Expuesto el concepto general o común de capacidad jurídica, procede a seguido que nos ocupemos de verlo ya con detalle, primero, en la persona física y, a continuación, en la persona jurídica.

III. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LAS PERSONAS NATURALES

A) Al comenzar el tratado de la persona, salen al paso unos conceptos fundamentales y por tanto previos que, a pesar de ser tan manejados y cuyos términos son bien conocidos, generan no poco confusión entre algunos de ellos. Falta precisión para llenar el contenido de cada uno, para determinar sus efectos jurídicos. Y como siempre, la oscuridad teórica engendra graves desórdenes prácticos. Veamos.

Estos conceptos fundamentales son: persona, personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. La mayor parte de los autores cuando escriben de estas cuestiones no aciertan a fijar y distinguir más que los dos últimos conceptos, pero no consiguen hacerlo con los tres primeros entre sí. Probablemente sí distinguen entre persona y personalidad, pero si es así no logran expresar la diferencia. Yo creo que entienden por personalidad algo parecido a «persona en sentido jurídico», como si la persona fuera una realidad poliédrica, en mutación constante según la disciplina científica que de ella se ocupare: una para juristas, otra para sociólogos, una tercera para filósofos, una cuarta para biólogos, y así sucesivamente. Vacilación que tal vez pueda obedecer, en los autores más inclinados al positivismo, al temor a hacer concesiones al iusnaturalismo, y en los más proclives a éste al miedo a caer en el terreno del positivista.

Aun es más acentuada la perplejidad si de separar personalidad y capacidad jurídica se trata, como ya advertí al comienzo de estas reflexiones. Aquí sí que la cosa no admite atenuantes: nadie se atreve a decir que son la misma cosa, pero cuando quieren definir las como distintas, por lo común, ofrecen idéntico concepto para ambas realidades, si bien cambiando los términos y utilizando palabras imprecisas, ambiguas, incapaces de ocultar que se está diciendo lo mismo.

B) Empecemos con el concepto de persona. Siempre me ha producido desasosiego leer la expresión «no se es persona hasta que transcurren veinticuatro horas desde el nacimiento» o similar. Es una sentencia común en nuestra doctrina. Los más prudentes advierten que «en sentido jurídico no se es persona hasta que...» o que «para el Código Civil no se es persona hasta que...» No son menester citas porque son expresiones mil veces repetidas por todos. Pues bien, en mi opinión, el Derecho no tiene nada que decir sobre el concepto de persona, que es cabalmente metajurídico: filosófico, sociológico, biológico... pero en ningún caso jurídico. El Derecho se encuentra con la realidad persona, de existencia previa y anterior a él, como se encuentra con tantas otras realidades que regula pero que no crea ni inventa. Se dirá que esta afirmación es una obviedad nunca ignorada; precisamente, la distinción ya aludida y que utiliza la doctrina, entre persona natural y persona «en sentido jurídico» prueba que conoce y acepta tan manifiesta observación. De

acuerdo. Estoy seguro de que ningún jurista ha pretendido construir el concepto de persona. Pero, entonces, ¿por qué no cuidar la terminología? ¿Por qué utilizar términos equívocos o que pueden inducir a error a los menos preparados, por ejemplo, a estudiantes en su primer año de carrera, que es cuando estudian estas cosas? Además, al aceptar que existe un concepto jurídico de persona, ya no se sabe qué hacer con el siguiente concepto de personalidad jurídica. Con este razonamiento «ser persona en sentido jurídico» es lo mismo que tener personalidad. ¿Es así como piensan los autores? Pues entonces sobra un concepto: en el campo jurídico, que no se hable de persona y personalidad porque es lo mismo.

Metodológicamente, ya lo he dicho, me parece mal camino hablar de diferentes conceptos de persona, según el terreno que se pise. Semejante profusión de conceptos conduce, a la postre, a no saber en verdad qué sea la persona, a un relativismo que en tema tan trascendental, no es deseable en absoluto. La persona es lo que es. Y eso vale para todos los campos del saber, que saldrían ganando si aceptaran esa realidad metafísica sin pretender amañarla a sus propias conveniencias (3). Hay un concepto de persona más allá de las ciencias positivas, cuya determinación no corresponde a sus cultivadores, por falta de competencia y preparación.

C) Cosa bien distinta es la personalidad jurídica. Éste sí que es un concepto rigurosamente jurídico. Decir que es «una manifestación de la persona»; o que significa «titularidad de derechos fundamentales»; que es la «investidura jurídica que confiere aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas»; que permite «atribuir derechos al ser humano»; y afirmaciones análogas, sin dejar de contener cierta dosis de verdad, o bien arguyen reiteración del concepto de persona «a efectos jurídicos» o bien invaden el terreno de la capacidad jurídica, de manera que se hace imposible, como anunciaba antes, separar y distinguir ambas cualidades.

Personalidad jurídica es una cualidad que crea y atribuye el Derecho y que consiste en la entronización formal y solemne de la persona en el mundo de lo jurídico. En un momento determinado de la vida de la persona —*prius* respecto al Derecho— el Ordenamiento decide recibirla formalmente en la comunidad jurídica: a partir de ese momento, es importante para el Derecho, éste cuenta con ella, se producen determinados efectos jurídicos, podrá adquirir las sucesivas cualidades jurídicas. El Derecho no crea a la persona: se la encuentra en el mundo. Pero en determinado momento la inviste de juridicidad. No es que no existiera la persona antes, es que ahora ya es tomada

(3) Tráigase a la consideración, por ejemplo, lo que significa en Bioética el baile de conceptos en torno a la persona. Para asegurar experimentos que tan prometedores horizontes económicos sugieren, laboratorios y «científicos» hay dispuestos a defender el mayor retraso en el reconocimiento de esta realidad.

en consideración por el Derecho. La persona, con su dignidad, es anterior al Derecho. Éste, para hacer posible su servicio a aquélla —*omne ius hominum causa constitutum est*—, le atribuye una cualidad que es la puerta de todas las demás, que desencadena la función tuitiva del Derecho, sin esperar a la titularidad de derechos subjetivos, que proyecta sobre ella determinados efectos protectores, que enseguida veremos. Esto es la personalidad jurídica. No hay todavía adquisición de derechos subjetivos, pero sí recepción, siquiera sea parcial, de importantes efectos favorables dispuestos para su beneficio por el Ordenamiento Jurídico.

Decía antes que no es fácil encontrar, en la doctrina, una elaboración debidamente perfilada del concepto, que permita distinguirlo del de capacidad jurídica. Citaré sólo a un maestro indiscutido, nada sospechoso, además, de cicatero a la hora de descubrir y defender la misión protectora del Derecho Civil para la persona. Escribe don Federico DE CASTRO: «la personalidad sería la cualidad jurídica de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede (traslativamente) a ciertas organizaciones humanas» (4). Hay dos puntos que no quedan claros: ¿qué quiere decir exactamente «ser titular»? Porque ser titular alude a ser titular de derechos, pero esto es lo propio de la capacidad jurídica, no de la personalidad, so pena de confusión insuperable entre ambas cualidades. Tampoco queda patente su carácter de cualidad otorgada por el Derecho, también a la persona física, no sólo «a ciertas organizaciones humanas». Y sin embargo, como va escrito, la personalidad es siempre cualidad otorgada o atribuida por el Derecho. No hay peligro de pecar de positivismo, sino justa demarcación de territorios. Lo que no crea el Derecho es a la persona, que es realidad natural, anterior a aquél. Pero la personalidad, claro que la crea: como que es un concepto jurídico y los conceptos jurídicos siempre los crea el Derecho. Otra cosa —para ahuyentar temores infundados— es que, en efecto, el Ordenamiento Jurídico no pueda dejar de reconocer personalidad a toda persona natural. Repito que en esto reside una importante diferencia con los entes morales: para reconocer la personalidad de éstos, el Derecho puede mostrarse con un grado de exigencia, que sería intolerable tratándose de personas físicas, para las que la atribución de personalidad es un acto debido. Pero en ambos casos la personalidad es reconocida por el Estado. Así se zanja definitivamente la tradicional querrela científica entre iusnaturalistas y positivistas, sobre el carácter natural o jurídico de la personalidad: tiene razón el positivismo en afirmar su naturaleza jurídica, pero sin que ello suponga que el Derecho tenga algo que decir sobre la esencia y existencia de la persona que es realidad metajurídica. Por lo demás, repárese en que el

(4) Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, tomo 2.º, pág. 31.

Código Civil jamás habla de ser persona o de dejar de serlo: correctamente habla de adquirir o extinguirse la personalidad (5).

Visto el concepto de personalidad, señalemos el momento de su reconocimiento por el Derecho. La personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento. Basta con nacer para ganarla. Y por nacer entenderemos lo que se entiende en el lenguaje común; si queremos concretar más, puede decirse que se nace tan pronto se corta el cordón umbilical. En este momento la persona es recibida formalmente en la comunidad jurídica. Y esto y no otra cosa es lo que dice el artículo 29 del Código: «*el nacimiento determina la personalidad...*» Nunca he comprendido el afán de la doctrina por acudir al artículo 30... para entender el 29, cuando se entiende perfectamente por sí solo. No hay remisión expresa en este artículo a ningún otro; la regla general en materia de interpretación es la de que si un precepto se comprende por sí solo, no es menester peregrinar a otro precepto; el entendimiento literal del primer inciso del repetido artículo 29 es mucho más satisfactorio para el amparo debido a la persona natural que el que se consigue completándolo con el artículo siguiente. En conclusión, mantengo que el nacimiento determina el momento de adquisición de la personalidad jurídica, sin ningún otro requisito, y ello porque así lo manda el artículo 29, que se ocupa de fijar tan importante momento, al igual que el artículo 30, como veremos, se ocupa de fijar otro momento: el de adquisición de la capacidad jurídica. Dos cualidades diferentes, dos momentos diferentes de adquisición, dos artículos distintos para manifestar plásticamente aquella diferencia. También serán distintos los efectos.

Ya es hora de atender a los efectos. Porque si aconteciera que toda esta construcción encaminada a separar nítidamente ambas cualidades careciera de consecuencias prácticas, el esfuerzo sería baldío y no se justificaría aquella, como no se justifica teoría jurídica alguna si, a la postre, no es útil. Yo creo que la adquisición de personalidad determina efectos jurídicos protectores de naturaleza personal, que no patrimonial: para éstos habrá que aguardar a obtener la capacidad jurídica. Desde que nace, el niño entra en el ámbito tuitivo del Derecho Penal, por ejemplo: quien lo mata o lesiona comete un delito, aunque el niño no haya cumplido las veinticuatro horas. Pueden consultarse los artículos 138, 139 y 144 del Código Penal. Y quién duda de que los padres —en su propio nombre e interés, si se estima que aún no pueden representarle— podrán reclamar reparación de los daños y perjuicios que se le infligieran, por mucho que no tenga todavía veinticuatro horas de vida

(5) El olvido de obras clásicas es causa de confusiones: FERRARA advirtió que con frecuencia se confunde persona con personalidad; que la personalidad es una cualidad jurídica que se otorga al sustrato persona; que la personalidad es un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del Derecho objetivo. Cfr. FRANCISCO FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción española de la segunda edición italiana. Editorial Reus, Madrid, 1929, págs. 319 y sigs., y 330.

extrauterina. Véanse también los artículos 45 de la Ley del Registro Civil y 171 y siguientes de su Reglamento, para comprobar que las criaturas abortivas, esto es, «*las que no reúnen las circunstancias exigidas para que un feto se reputa nacido a los efectos civiles*», en otras palabras, criaturas que no han llegado a las veinticuatro horas, provocan, sin embargo, la atención del Ordenamiento Jurídico: según los artículos 173 y 174 del Reglamento, es obligatorio el parte de alumbramiento, con expresión de determinadas circunstancias; se extenderá acta; se incorporará al legajo de abortos, etc. En esta línea de pensamiento, el profesor ALBALADEJO sostiene que con aquella cualidad fundamental y previa, la persona ya tiene nacionalidad y vecindad civil, y está sometida a la patria potestad de sus padres (6).

Todos estos efectos jurídicos no se explicarían técnicamente si la persona nacida y aún sin haber cumplido las veinticuatro horas de vida no hubiera entrado ya en la comunidad jurídica, hubiera atraído ya la atención del Derecho. Todavía no es titular de derechos, pero sí recibe ya los efectos beneficiosos de aquél. Este hecho es de una importancia incalculable porque significa que se desvincula la protección del Derecho de la titularidad de derechos subjetivos: que no es menester tener derechos para ser amparado por el Ordenamiento Jurídico. Aceptado este principio, se abren vías no ya para proteger a la persona durante sus primeras horas de vida fuera del claustro materno, que ya es muy importante, sino para ensayar —yo lo he hecho en libros y publicaciones (7)— la extensión de esa protección antes del nacimiento, una vez que se admite, primero, que la persona no es creada por el Derecho y, segundo, que no es necesario que sea titular de derechos subjetivos para merecer la defensa del Ordenamiento. Pero éste es otro asunto sobre el que no podemos detenernos ahora.

No será ocioso recordar, para concluir este apartado, que la tesis mantenida sobre el momento de adquisición de la personalidad —justamente al nacer, sin más espera—, es la más conforme con el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada en el *BOE* el 31 de diciembre siguiente, por lo que ha pasado a formar parte del Ordenamiento Jurídico español. Dice este precepto: «*El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*». En cumplimiento de este pacto internacional, algunos autores, por ejemplo,

(6) Manuel ALBALADEJO, *Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro*, Edersa, Madrid, 1997, pág. 102.

(7) Principalmente en *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS piensan que acaso sea necesaria alguna modificación legal para borrar el obstáculo de las veinticuatro horas (8). Me parece más segura la opinión de ALBALADEJO de entender automáticamente derogados los preceptos del Código o de la legislación del Registro Civil que exijan el transcurso del plazo para inscribir, por aplicación del artículo 1.5 del Título Preliminar, al haberse publicado ya el Convenio en el *BOE* (9).

De todos modos, lo importante no es la inscripción sino la adquisición de personalidad con contenido distinto del de capacidad. El Convenio habla de inscripción. ¿Entiende que la personalidad es presupuesto de ésta? Para mí es indudable: la personalidad es el pórtico de cualquier efecto jurídico, de cualquier toma en consideración de la persona por el Derecho. Sea como fuere, en mi opinión: El Convenio no ha introducido novedad alguna en nuestro Ordenamiento, pero sí ha constituido una confirmación autorizada de la postura expuesta sobre adquisición y contenido de la personalidad jurídica.

D) Procede a continuación tratar de la capacidad jurídica. No hay que insistir en su concepto, que es cosa pacífica en la doctrina y que ya hemos recordado. Lo que interesa es llamar la atención sobre lo que no es común en aquélla. Mientras que con la adquisición de personalidad, la persona consigue un primer nivel de protección jurídica, con la obtención de esta siguiente cualidad que es la capacidad jurídica, logra ya la plenitud de amparo, pues a partir de ese momento ya es titular de derechos subjetivos, personalísimos, familiares o patrimoniales. Pero no sólo es diferente el contenido de cada una de estas cualidades; como vengo repitiendo, también son distintos los momentos de adquisición, circunstancia por muy pocos advertida. En efecto, es el artículo 30 el que señala este segundo momento, al expresar que: «*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*». Ha sido escasa la atención prestada al primer inciso de este precepto: no ha tenido suerte. Y sin embargo, entiendo que es decisivo para distinguir ambas cualidades, porque nada mejor para hacerlo que separar los tiempos de adquisición. Estimo que esa expresión, «para los efectos civiles», no tiene otro significado que el de «para ser titular de derechos y obligaciones», «para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas»; en otras palabras, está indicando los requisitos que deben concurrir para adquirir la capacidad jurídica. A diferencia de lo que ocurre con la personalidad, ahora el Derecho estima prudente obtener cierta seguridad sobre la viabilidad de la persona, a fin de evitar desplazamientos patrimoniales o modificaciones de situaciones jurídicas que podrían ser efímeras.

(8) Así en la 11.^a edición de su *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 216.

(9) Vid. *Op. cit.*, pág. 30.

Adviértase, no obstante, que, una vez transcurridas las veinticuatro horas, la adquisición de capacidad se retrotrae al momento del nacimiento, circunstancia que quizá explique las dificultades de unos y otros para deslindar adecuadamente ambas cualidades. Incluso podría pensarse que tampoco tiene mayor trascendencia la distinción, dada la brevedad del tiempo durante el que produce efectos prácticos.

Es cierto que, cumplido el plazo, personalidad y capacidad jurídica se superponen, pero, aparte de que sí me parece trascendental anticipar los efectos jurídicos protectores de la persona tanto como sea posible, es que también creo puede mantenerse la distinción: cualquier efecto jurídico de signo tuitivo proporcionado a la persona durante su vida, y que no se traduzca en el reconocimiento de un derecho subjetivo, se explicará por razón de su personalidad, como círculo de amparo más amplio y que engloba el correspondiente a la capacidad jurídica.

E) Para cerrar este epígrafe, baste recordar que con la titularidad de los derechos no se adquiere simultáneamente la posibilidad de ejercitarlos: para ello, como todo el mundo sabe, es preciso obtener la tercera y última cualidad que otorga el Derecho, la capacidad de obrar. Eso acontece al cumplir la mayoría de edad, sin perjuicio de lo mucho que pueden hacer los menores, pero que no es ahora nuestro tema. Nada hay que añadir al respecto porque el binomio capacidad jurídica-capacidad de obrar no plantea problemas de concepto ni de distinción.

IV. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LOS ENTES MORALES

1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXIGENCIA DE ESTA CUALIDAD EN LOS ENTES MORALES

No es preciso repetir aquí el concepto de capacidad jurídica que ya expuse en el epígrafe II, al tratar de ese concepto, común a personas físicas y jurídicas. Sólo quiero recordar que en relación con los entes morales no existe distinción entre las tres fundamentales cualidades de personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar. Cuando el ente logra su reconocimiento por el Derecho, simultáneamente, es recibido en la comunidad jurídica (personalidad), adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones correspondientes (capacidad jurídica), y es capaz para el ejercicio de aquéllos y el cumplimiento de éstas (capacidad de obrar). Ello es así por la diferencia ontológica entre individuo y grupo social: entre otras diferencias aun más importantes, la que ahora nos interesa es la de que la persona no nace plenamente desarrollada, mientras que el ente moral sí. De lo expuesto, se sigue que utilizaré como términos sinónimos personalidad y capacidad. Sería erróneo en referencia al hombre, pero no para la persona jurídica.

A) Pero antes de continuar se hace necesario, nada más y nada menos, que justificar el trabajo que me voy a tomar. Porque si acontece que tanto da tener personalidad como no tenerla, si cualquier grupo más o menos estable puede actuar en el tráfico jurídico haya o no conseguido el reconocimiento oficial de su personalidad, entonces elucubrar sobre el concepto del instituto, reflexionar sobre los requisitos que deben llenarse para que la agrupación de individuos adquiera capacidad, tratar de identificar sus efectos o consecuencias, todo esto sería vano y sin sentido. VALPUESTA piensa que es dogmatismo exagerado el de exigir personalidad para actuar en el tráfico jurídico; aquélla no es, afirma, sino un concepto instrumental que «sirve para designar masas patrimoniales a las que imputar relaciones jurídicas de crédito y deuda» (10). La verdad es que no acabo de entender esta última frase. Puedo comprender el criterio de actuar en el tráfico aun sin personalidad, pero no comprendo qué diferencia hay entre actuar en el tráfico e imputar créditos y deudas a un patrimonio. Me temo que es lo mismo. Porque esa imputación habrá sido consecuencia de una actuación en el tráfico: primero, se habrá actuado como parte de un contrato, por ejemplo, o se habrá incurrido en acto que genera responsabilidad; es decir, se habrá actuado como sujeto de Derecho, y luego, se imputarán créditos o deudas al patrimonio de ese sujeto. Pero no imagino lo segundo —en que consistiría la capacidad o personalidad, si entiendo bien al autor citado—, sin haber recorrido antes el camino indicado, para lo que, según él, no es menester tener atribuida aquella cualidad. Pero a los efectos dialécticos que ahora me conciernen, basta con retener la primera afirmación. ¿Realmente puede un ente actuar en el tráfico jurídico sin haber obtenido personalidad?

Pues hay que reconocer que el Legislador parece que lo cree posible y da la razón al autor citado. Veamos algunos botones de muestra.

La reciente Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, en su artículo 9.2 establece que: «*También podrán ser arrendatarios las comunidades de bienes dedicadas a actividades agrícolas*». Y en el terreno procesal, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 7.3, para la defensa de lo que llama «*derechos e intereses colectivos*», reconoce legitimación no sólo a «*corporaciones*» y «*asociaciones*», sino incluso a los «*grupos que resulten afectados*». Nada de extraño, por tanto, que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando en su artículo 6 ordena la capacidad para ser parte, la reconozca sin ambages a: «...5.º *Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte...* 7.º *Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo (sic) compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en jui-*

(10) VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María, *La sociedad irregular*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 73.

cio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. 2. (sic) Sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado».

Renunciando a la exégesis de los preceptos transcritos y a la expresión de los numerosos problemas prácticos que puede suscitar su aplicación, lo que nos interesa ahora es dejar constancia de que, en efecto, el Legislador viene reconociendo derechos sustantivos o la capacidad de accionar —que implica un derecho sustantivo subyacente—, a entidades sin personalidad jurídica, regulación que bien puede reiterarse en futuras leyes. Y es que, al parecer, razones de política legislativa aconsejan permitir la realización de ciertos actos jurídicos a grupos no reconocidos formalmente, para no dejar insatisfechos intereses o derechos que se estiman merecedores de atención.

El asunto no es nuevo en nuestro Derecho, aunque estaba bien delimitado y no manifestaba, como ahora, síntomas de propagación. Me refiero, como es bien conocido, a las comunidades de copropietarios de la Ley de Propiedad Horizontal. La Ley hace posible la actuación de la comunidad de vecinos a través de sus órganos de gobierno (vid. art. 13), que es el modo arbitrado para que actúen las personas jurídicas, por cuanto ellas no pueden hacerlo por sí mismas, al ser entes de ficción. Pero lo llamativo del caso es que nadie reconoce personalidad a las comunidades que nos ocupan y, sin embargo, funcionan como si lo fueran... hasta cierto punto. El asunto se expone en estos términos, más o menos, y no se pasa a mayores explicaciones porque no las hay. Los ingredientes del problema son éstos: está la exigencia dogmática de que sin personalidad no cabe actuar como sujeto de Derecho; pero no es fácil decidirse por reconocerla a las comunidades de propietarios de casas por pisos ya que su atribución arguye la existencia de patrimonio propio y separado del de sus componentes, y no se ve cómo se integraría ese patrimonio, aparte otras dificultades técnicas en punto a objeto social, ámbito de capacidad de obrar, extinción, etc.; y choca contra el sentido común negarles capacidad de contratar —al menos, para obtener algunos servicios o cosas—, de demandar o de ser demandadas. Y como no se ve salida al laberinto, hemos convenido en aceptar el caso de las comunidades de copropietarios como anomalía insoluble del sistema. No obstante, no olvidemos que no es sencillo ir contra la naturaleza de las cosas, de manera que no pensemos que con aceptar el estado de cosas expuesto quedan resueltos los intereses de la vida real que se querían satisfacer. Ya advertía antes que estas comunidades funcionan como si fueran personas jurídicas... pero menos: Una comunidad de vecinos podrá contratar el suministro de gasóleo, pero no

encontrará un Banco que le preste dinero para hacer la instalación de la caldera, tuberías, etc... a menos que firmen como fiadores, con renuncia a todos los privilegios, copropietarios solventes de esa comunidad. Por no hablar del problema cotidiano para cualquier abogado de tratar de ejecutar forzosamente una sentencia de condena a pago de cantidad, dictada contra una comunidad de vecinos. Se admitirá su legitimación pasiva, a pesar de no tener personalidad, pero no se encontrarán bienes sobre los que practicar el embargo. La reforma introducida por la Ley 8/1999, de 6 de abril, ha intentado resolver el problema en su artículo 22, pero el problema no ha desaparecido ni mucho menos. De hecho, la única forma de asegurar la ejecución será la de demandar también a los copropietarios, esto es, tomar conciencia de que la comunidad carece de capacidad jurídica y de que los únicos sujetos del tráfico son los individuos que la componen.

En resumen, existía en nuestro Derecho un precedente de grupo social sin personalidad jurídica y con aptitud, empero, de realizar determinados actos jurídicos; pero se trataba de un caso aislado que nadie pretendía multiplicar; que se mantenía, a falta de mejor solución y a sabiendas de sus limitaciones desfavorables, con la conciencia de su irregularidad técnica, a modo de ejemplar único y en peligro de extinción. Sin embargo, a la vista de leyes recientes, parece abrirse paso la idea de que, en efecto, es posible actuar en el tráfico jurídico sin personalidad, continuando la línea de pensamiento incoada en materia de propiedad horizontal. Y la misma tendencia revela la postura doctrinal —que también se va extendiendo, como veremos—, de que basta la voluntad de los individuos integrantes del grupo para obtener la capacidad jurídica de él, porque el Estado no puede condicionar su otorgamiento a control alguno. A mi juicio, ante la cuestión expuesta son oportunas las siguientes consideraciones:

1. Ante todo, no echar en el olvido las insuficiencias de la anomalía de no ser pero parecerlo. Quiero decir que el hecho de que el Ordenamiento no reconociera personalidad a las comunidades de vecinos respondía a su respeto por la realidad, respeto que nunca debe desdenar el Legislador. Como a seguido veremos, la personalidad de un grupo ni se concede ni se deniega arbitrariamente. Ahora bien, si no se concede por ausencia de los presupuestos fácticos precisos, permitir que la agrupación de personas físicas realice actos jurídicos, aunque sólo sean algunos, los que se consideren más indispensables para la consecución de los fines de aquélla, originará graves perturbaciones. Lo hemos mostrado en las comunidades de la propiedad horizontal: podemos reconocerles capacidad para ser parte, pero no podemos inventarnos un patrimonio que no tienen, lo que constituye valladar insuperable para asumir obligaciones (art. 1911 CC). Y lo mismo sucederá con la novísima Ley de Arrendamientos Rústicos cuando

permite a las comunidades de bienes contratar un arriendo de esta clase, salvo que firmen el contrato todos los comuneros, caso éste que hace inútil la previsión legal, pero que será el habitual a poca importancia que tenga el contrato y sepa algo de Derecho la contraparte. Síguese de lo dicho, en mi opinión, que no es bueno deslumbrarse por la pseudosolución que introdujo la Ley de Propiedad Horizontal —y reconociendo sus ventajas—, hasta el punto de tomarla como avanzadilla de un movimiento renovador en materia de capacidad de los grupos sociales.

2. No me parece imposible imaginar otras salidas más respetuosas con la dogmática jurídica a la cuestión de defender intereses de grupos sociales. ¿Cuántos suelen integrar una comunidad de bienes de naturaleza rústica? ¿En verdad se estima molestia intolerable la comparecencia en el contrato de todos los comuneros? ¿Acaso no cabe, si se cree preferible, la representación a favor de uno de ellos? Y parecidas reflexiones para las novedades procesales. ¿Qué es eso de los «grupos de afectados»? Son bien conocidas las llamadas «asociaciones de afectados»: que se constituyan en una de ellas y ya está resuelto el problema técnico. Pero es que, además, antes o después habrá que hacer la relación de esos afectados, sobre todo si hay algo que repartir. Pues si se cuenta con ella, que demanden en litisconsorcio activo, y de nuevo habremos respetado la técnica jurídica.
3. Debemos ser conscientes de que a poco que se continúe por el camino emprendido de quitar importancia al hecho de gozar o no de personalidad jurídica —incluso aunque ya no se avance legislativamente más: basta con lo ya hecho—, se impondrá el recurso a la analogía jurídica para reconocer a un elenco cada vez más numeroso de grupos aptitud para ciertos actos jurídicos, que también se irán multiplicando. De la analogía al caos, porque a lo último cualquier grupo pretenderá realizar cualquier acto jurídico, y para la contraparte tampoco habrá modo de saber, *a priori*, si ese acto se declarará válido o no.
4. Yo creo que no podemos pasar por alto lo que está en juego en todo este asunto. Sencillamente, esto: ¿Debe el Estado admitir al tráfico jurídico a cualquier grupo que lo pretenda o más bien ha de ejercer una fiscalización previa para otorgar la personalidad jurídica sólo a los grupos sociales que cumplan determinados requisitos de seriedad y permanencia? En mi criterio, coherente con la caracterización de la capacidad jurídica como cualidad creada y atribuida por el Ordenamiento, no puedo por menos de defender la irrenunciabilidad de esta potestad del Estado. En el epígrafe 2 trataremos de los requisitos para su concesión, que es lo mismo que negar la arbitrariedad del Estado en materia de concesión de personalidad jurídica, porque en ésta

como en cualquiera otra materia, el Estado actúa conforme a la Ley en consecución del bien común, pero esto es una cosa y otra bien diferente que renuncie al otorgamiento reflexivo de la personalidad a quien la merezca, de modo que cualquier grupete de amigos se erija por sí y ante sí en nuevo sujeto de Derecho, sin más condición que su voluntad (11). Semejante proceder introduciría una dosis de inseguridad jurídica del todo intolerable para la sociedad, para terceros y aun para los mismos componentes del grupo. En el epígrafe anunciado intentaré desmontar la especiosa tesis de que la intervención del Estado que acabo de postular es incompatible con el derecho fundamental de asociación del artículo 22 de la Constitución.

B) En conclusión, entiendo que no es indiferente para los grupos sociales gozar o no de personalidad jurídica. Sin ella no podrán actuar como sujetos activos o pasivos de relaciones jurídicas. Y no basta con autorizaciones parciales o fragmentarias de actuación en campos concretos o limitados, porque a la postre la carencia de capacidad se alzaría como obstáculo imponente, sobre todo en materia de cumplimiento forzoso de obligaciones. Importa decisivamente saber si el grupo ha adquirido personalidad para:

- a) Contar con que sus fines y objeto son lícitos, porque no es admisible la asociación para realizar actos ilícitos, penales o civiles.
- b) Estar cierto de que la licitud inicial de aquéllos permanece, porque de lo contrario le habría sido revocada la concesión de personalidad.
- c) Dar certeza a la contratación, de modo que no se ponga *a posteriori* en tela de juicio la validez del negocio jurídico celebrado, por falta o insuficiencia de capacidad en el otorgante de aquél.
- d) Mantener el principio general de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, lo que arguye existencia pública de un patrimonio, garantía genérica última del cumplimiento de las obligaciones.
- e) En el orden procesal, asegurar la válida constitución de la relación jurídico-procesal, respetando la correspondencia derecho subjetivo-acción, y la eficacia justa de la cosa juzgada, sin extenderla a quienes no litigaron ni restringirla respecto de quienes deben ser concernidos por ella.

Y para conseguir tan irrenunciables objetivos es insustituible la intervención del Estado a fin de atribuir públicamente personalidad al grupo que la demande con fundamento, así como para retirarla cuando pierda ese fundamento.

(11) «La voluntad humana —afirma FERRARA— no tiene el poder de producir sujetos de Derecho», *op. cit.*, pág. 375.

Queda, así, justificado el trabajo que estoy desarrollando y podemos pasar adelante.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE PERSONALIDAD O CAPACIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

A) Conformes con la necesidad de que el grupo obtenga personalidad jurídica para poder actuar en el tráfico jurídico, así como en que aquélla debe venir atribuida por el Ordenamiento, hemos de abordar la siguiente cuestión, atinente a su concepto, y que ha ocupado, sobre todo, a la doctrina mercantilista, a saber: ¿Existe una única cualidad o existen grados o niveles de capacidad? ¿Existen grados en la personalidad, de modo que no todas las personas jurídicas son iguales en su contenido de derechos, obligaciones y responsabilidades?

DE CASTRO ya distinguió entre personas jurídicas «perfectas e imperfectas», atendiendo al «grado de personificación» (12). Otros autores han seguido esta idea, con unos u otros matices. PAZ-ARES afirma que más que grados distintos de personificación o distintos tipos de personalidad jurídica, lo que sucede es que nuestro Ordenamiento dispone de un concepto básico de persona jurídica, cuyo contenido prevé el artículo 38 del Código Civil y cuya forma de atribución regula el artículo 1669 de ese Código, a cuyo concepto pueden agregarse otros conceptos especiales, cuyo contenido y forma disciplinan leyes especiales (13). PANTALEÓN habla de una «personalidad jurídica elemental» que, en efecto, es la del artículo 38,I del Código Civil para cuya adquisición basta, en su criterio, con la voluntad de los fundadores de la asociación de constituir la y estructurarla para tener relaciones externas, de modo que si para algún tipo concreto de asociación, la Ley exige ulteriores requisitos, como aprobación de estatutos o inscripción en algún Registro, esa ordenación hay que entenderla en el sentido de que la asociación ya tenía desde su constitución personalidad jurídica «imperfecta», que será «plena o perfecta» cuando se llenen tales requisitos (14). Pueden consultarse otros autores en la misma línea de pensamiento (15).

(12) FEDERICO DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1976, pág. 72.

(13) CÁNDIDO PAZ ARES, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1356.

(14) FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, «Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, 1993/I, págs. 48 y 53.

(15) Vid. ALFONSO DE COSSÍO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, I, Jaén, 1978, pág. 836; FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 76; JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003,

Ya adelanté mi opinión contraria a la existencia de grados, niveles básicos o plenos, personificación perfecta o imperfecta, etc., de los entes morales. Me remito al epígrafe II. Tratemos en éste de rebatir los argumentos a favor de la diversificación de la capacidad de las personas jurídicas.

Creo que son dos, fundamentalmente, los bloques normativos en que se apoyan los autores citados y quienes comparten sus opiniones, ciertamente respetables. El primero se refiere al diferente régimen de las deudas sociales, según el tipo de sociedad mercantil. El segundo lo integran los preceptos que permiten determinadas actuaciones a las que llaman sociedades en formación. Veamos cada uno de ellos.

B) Es bien sabido que en las sociedades colectivas todos los socios responden personal y solidariamente de las deudas de la compañía (art. 127 del C. de C.). En las comanditarias, los socios colectivos responden de las deudas sociales del modo acabado de indicar, mientras que los comanditarios, sólo hasta el límite de su aportación (art. 148 del C. de C.). En cambio, los respectivos artículos 1 de la Ley de Sociedad Anónima, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, establecen que los socios «no responderán personalmente de las deudas sociales». Es patente, pues, la diferencia de régimen de las deudas sociales, según se trate de sociedades personalistas o de capital. Y de este hecho, yo creo que la doctrina extrae consecuencias de la índole de las que critico. CAFFARENA, por ejemplo, afirma sin ambages que «el diferente régimen de las deudas sociales en los distintos tipos de persona jurídica significa grado distinto o diverso de personificación» (16).

Aunque me abruma la autoridad de los autores que voy citando, me permito discrepar de su modo de entender el hecho mencionado, bien consciente de que puedo estar muy equivocado. Pero no puedo por menos de expresar mi opinión. Yo no creo que tenga nada que ver el régimen de las deudas sociales con grados de personificación de los entes morales, por la razón de que no existe la menor diferencia entre personas jurídicas, aunque sean sociedades mercantiles, en punto a responsabilidad por sus deudas. A todas y cada una de las personas jurídicas resulta aplicable sin excepción el artículo 1911 del Código Civil: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Y repito que esto vale también para las sociedades mercantiles cuyo estudio, cuantitativamente incomparable con el que se ha dedicado a las otras personas jurídicas, acaso haya distorsionado la doctrina de la persona jurídica, en más de un punto. Da

págs. 41-44 y 89-90; José M.^a DE EIZAGUIRRE BERMEJO, «La subjetivación de las sociedades de personas», *Derecho de Sociedades*, vol. I, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 121.

(16) Jorge CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 236.

igual que la sociedad sea personalista o capitalista: responde con todos sus bienes. La autonomía privada no puede derogar ni siquiera modificar el precepto transcrito, de naturaleza imperativa. El régimen de responsabilidad del deudor por sus deudas sólo puede ordenarse por ley, y ninguna ley limita la responsabilidad de los deudores sociales, cualquiera sea la clase de persona jurídica que constituya. Cosa distinta es la situación de los socios respecto de las deudas de la sociedad. Pero los socios no son la sociedad. Que aquéllos respondan o no, que lo hagan subsidiaria o solidariamente con la sociedad y entre sí, o del modo que sea, nada tiene que ver con la responsabilidad de la sociedad, que es siempre la indicada: universal. No comprendo por qué la situación de los socios o de los miembros de una persona jurídica ha de servir para determinar su responsabilidad, su capacidad jurídica. Es determinante, en verdad, para la tranquilidad de sus acreedores, para la seguridad de las negociaciones, para favorecer la economía, etc., pero, de nuevo, todo esto nada tiene que ver con la esencia de la persona jurídica. Al menos, así lo creo modestamente (17).

Corresponde, a continuación, el estudio del otro bloque normativo que sirve para defender la tesis de la gradación en la personalidad. Las disposiciones contenidas en los artículos 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas, también aplicables a las llamadas de responsabilidad limitada por la remisión efectuada por el artículo 11.3 de su Ley reguladora, a las que PANTALEÓN añade las de los artículos 1, 7.2 y 22.1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (18), llevan al autorizado sector doctrinal aludido a sostener que las sociedades en formación, todavía no inscritas en el Registro, tienen la que llaman personalidad jurídica básica o elemental, de modo que la inscripción sólo les añade un grado más, una cualificación como persona jurídica perfecta, típica de las sociedades capitalistas. Veamos.

El artículo 15 de la LSA establece: «1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado... 2. Por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción, y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios... 3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado

(17) ¿Habrá facilitado el error o la confusión la inapropiada denominación legal de las sociedades «de responsabilidad limitada», cuando su responsabilidad es ilimitada, como la de cualquier otro deudor?

(18) Fernando PANTALEÓN, «La personalidad jurídica de las sociedades civiles», *La Ley*, 1997-4, D-232, pág. 1381.

anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción...»

El artículo 16: «1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. 2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad».

Por último, el artículo 7.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico: «Los administradores responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción».

Estos son los preceptos más significativos. ¿Puede afirmarse que la persona jurídica incoada o *in fieri* a que se refieren ostenta personalidad jurídica, aunque sea de primer grado o básica o como quiera denominarse? En mi modesta opinión, no.

1. Para empezar, y no obstante el atractivo multiseccular del método de la glosa, que todos utilizamos, hay que reconocer que sus resultados no son satisfactorios cuando se emplea para zanjar una polémica doctrinal, más o menos oscura, en la que no ha intentado mediar, y menos resolver, el texto o textos legales esgrimidos. No creo que pueda sostenerse que el propósito, ni siquiera secundario o accidental, de los preceptos transcritos fuera el de reconocer personalidad jurídica, imperfecta o perfecta, a los entes que denomina sociedades en formación o irregulares. Y cuando la Ley no se pronuncia inequívocamente, sus normas lejos de adquirir un significado incontestable, son entendidas por cada uno de los sectores de la polémica doctrinal, cabalmente, como confirmatorias de sus opiniones anteriores.
2. A mi juicio, el propósito único de las normas que interpretamos es el de amparar a los llamados terceros, esto es, a quienes puedan contratar con un ente que todavía no existe pero que parece existir. El mismo PANTALEÓN no duda en afirmar que tal era el objetivo del profesor GIRÓN al mantener la personalidad jurídica de las sociedades irregulares (19). Sin embargo, la institución que protege a quienes, razonablemente, confían en una situación que aparece externamente adornada de los requisitos de regularidad, es la institución de la apa-

(19) *La personalidad jurídica de las sociedades civiles*, citada, pág. 1381.

riencia jurídica. Lo que sucede es que como ésta apenas se conoce, no se emplea, de modo que los numerosos supuestos que podrían explicarse como especies del mismo género apariencia jurídica, se intentan explicar singularmente mediante la elaboración de una doctrina *ad hoc* para cada caso: protección registral *ex artículos* 32, 33 y 34 LH; protección del librado que paga un título al portador a quien no es titular del crédito en aquel documentado; matrimonio celebrado ante falso funcionario, etc.; y, claro, el caso que ahora nos ocupa, el de personas jurídicas que parece que lo son y no son. Que es exactamente lo mismo que sucede con quien aparece como dueño y no lo es, como acreedor sin serlo, o como funcionario y tan sólo lo es aparentemente, etc. (20). En conclusión, para proteger a quien se relaciona con ese ente en formación —y siempre que concurren los requisitos oportunos— me parece muy preferible acudir a una institución sólida aunque mal conocida, que trastocar la dogmática de la persona jurídica.

Pero es que si entramos en la glosa, tampoco me parece tan evidente ese reconocimiento de personalidad jurídica:

3. A mi modo de ver, todos los actos que se realizan durante el período que va desde constitución a inscripción «en nombre de la sociedad» encajan en el párrafo segundo del artículo 1259 del Código Civil —contratos celebrados a nombre de otro sin contar con su representación— y sólo se consideran actos de la sociedad, si los acepta expresamente o se ponen a su cargo legalmente. Lo primero ocurre con la generalidad de negocios que hubieran podido celebrar los gestores (art. 15.3, segundo inciso); lo segundo, en relación con los muy concretos y determinados que enumera el número 2 del artículo 15 (primer inciso, art. 15.3): difícilmente puede afirmarse que ni siquiera estos actos del número 2, cuando se realizan, lo sean de la sociedad, porque han sido expresamente autorizados *por todos los socios*, bien en la escritura constitutiva, bien después. No hay

(20) Yo he dedicado una monografía al estudio del concepto, requisitos y efectos de la apariencia jurídica, que no es cosa de resumir siquiera aquí. Además, he hecho aplicación concreta de la doctrina para salir de una polémica tan aguda y persistente cual es la de si en nuestro Derecho Hipotecario existe un solo tercero o dos... o doscientos, polémica, en mi criterio, vana porque lo que importa no es ser tercero sino estar o no amparado por la apariencia jurídica, de modo que será protegido quien reúna sus requisitos, sea enajenante o adquirente: se produce un conflicto de intereses que, de ninguna manera, es imperioso resolver siempre a favor del adquirente, que llaman tercero. Pueden verse mis trabajos: «La doctrina de la apariencia jurídica», Dykinson, Madrid, 1999. «El sujeto beneficiario de la protección registral (Propuesta de interpretación armónica de los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 2003, págs. 2583 a 2655.

actuación de un ente con capacidad elemental, sino actuación de una persona física que luego hará suya la sociedad, cuando llegue a serlo, esto es, con la inscripción.

4. Ratifica la anterior interpretación, la diferencia terminológica entre los números 2 y 3 del repetido artículo 15. En el número 2 se habla de «responder»; en el número 3 de «obligarse». Cuando el acto queda realmente imputado a la sociedad porque lo acepta o se le impone legalmente —número 3—, es cuando la Ley dice que queda obligada, porque ya es suyo. Pero la responsabilidad —número 2— no arguye autoría del acto, como es bien sabido. Aparte de que este número 2 quiere expresar lo obvio, sin dar mayor alcance a la metáfora «responderá la sociedad en formación»: lo importante es lo que sigue ...«las aportaciones de los socios». Lo relevante, en este momento de responder ante terceros, son los bienes, sin que importe mucho su titularidad. Es más, en el número 1, es tan evidente para la Ley que la sociedad no actúa, que ni siquiera responde; lo harán solidariamente quienes en verdad han actuado: los socios celebrantes.
5. Y el artículo 16 viene a confirmar aun más la carencia de personalidad del ente en cuestión. No hay que dejarse engañar, insisto, por las metáforas o modos de decir a los que el redactor de la ley ha de acudir para abreviar, sin mayores pretensiones técnicas. Cuando en el párrafo 2 se habla de las operaciones de la sociedad, en rigor, se está aludiendo a las operaciones de personas físicas, que serán sus gestores, si la sociedad llega a nacer. ¿Cómo se explica si no el inciso final del número 2 de este artículo 16 que nos ocupa? Resulta que si transcurre el plazo de un año sin que la sociedad pretendida se haya inscrito, todos los actos a que se refiere el artículo anterior, en su número 3... se quedan en actos de personas físicas. Nunca serán ya actos de la sociedad. Pero si disponía desde su constitución de una personalidad básica, ¿qué ha sucedido? Por el paso del tiempo, ¿la ha perdido? Entonces, ¿de quién eran esos actos intermedios? ¿O durante un año son de la sociedad «con capacidad elemental», y al día siguiente del año son de los individuos que los celebraron? Demasiado taumatúrgico. Más claro es decir que siempre fueron de quienes los celebraron: los individuos, aunque pueden ser ratificados *a posteriori* por la sociedad, como permite el párrafo segundo del artículo 1259 del Código Civil.

Concluyamos. Forzoso es reconocer que no encontramos *de lege data* datos decisivos sobre el concepto de personalidad jurídica, especialmente en el terreno de los entes morales. Si esto es así, yo creo que es más seguro trasladar a las personas morales el mismo concepto unánimemente aceptado por la doc-

trina para las personas naturales, porque, como ya he indicado y volveré sobre ello, aquéllas se han construido a imagen y semejanza de éstas y, además, así debe ser, como veremos. Tiene, aparte las razones expuestas, la gran ventaja de la claridad y seguridad, que no es poca razón. Entiendo, pues, que también para las personas jurídicas, no hay más que una cualidad llamada personalidad o capacidad jurídica, que se adquiere de una vez y en plenitud, de suerte que antes de ese momento de adquisición —que lo indica la Ley— no existe como sujeto de Derecho el ente incoado; e inmediatamente después, sí.

3. REQUISITOS PARA OBTENER LA PERSONALIDAD JURÍDICA

A) La exigencia de requisitos para que un grupo social, una reunión de individuos, una asociación de personas físicas, obtenga el reconocimiento de personalidad o capacidad jurídica y, por ende, la aptitud para actuar como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas, es plenamente coherente con el concepto que vengo manteniendo de aquélla. Es una cualidad creada por el Derecho y que atribuye al conjunto de personas naturales que la pretende, de manera reflexiva y no automática. Y esto significa selección o discriminación: no a todos los grupos solicitantes se les concederá; lo que vale tanto como afirmar que habrán de cumplir unos requisitos, cuya concurrencia obliga al Estado a conceder y su ausencia a denegar. La existencia de presupuestos para su atribución es garantía, para la sociedad, de que no entrará en el tráfico jurídico quien no lo merezca y pueda lesionar derechos o intereses comunes o de otros particulares; para los asociados que pretenden constituirse en sujeto independiente de Derecho, de igualdad de trato, de interdicción de arbitrariedad, pues si se cumplen, para el Estado es un acto debido el reconocimiento del ente moral.

Las cosas discurren exactamente igual para la persona física, aunque es cierto, como vimos, que existe una diferencia de subida importancia. En trance de fijar esos requisitos, el Estado dispone para las personas jurídicas de una libertad de actuación de la que carece para las personas naturales. Me remito a lo expuesto en el epígrafe II.

El problema con que tropezamos es el de la ausencia de una construcción legal de la persona jurídica. Requisitos, pero ¿cuáles? La Ley apenas dice algo, en general; lo que dice siempre es relativo a concretos tipos de personas jurídicas, sobre todo sociedades mercantiles capitalistas, tampoco todas por tanto. Mas nada de esto es nuevo. Desde el principio advertí que estamos ante una construcción doctrinal, con apoyos jurídico-positivos, pero esfuerzo doctrinal sobre todo.

B) Para la elaboración de la teoría de los requisitos que debe llenar el grupo que aspira a ser persona jurídica, no estará de más alguna considera-

ción sobre el discutidísimo asunto de la naturaleza de la persona jurídica. No se trata de relacionar el aburrido elenco de doctrinas más o menos ingeniosas confeccionadas al respecto. Todas pueden agruparse en una de las dos fundamentales: la de la ficción, para quienes la persona moral es pura construcción del Derecho, ente de razón; y la de la realidad, según la cual, la persona jurídica es un ser, tiene realidad propia. Todas las demás teorías son matizaciones o modalidades a una u otra teoría. La reflexión sobre el particular, que importa y mucho para la exigencia de más o menos requisitos, es decir para fijar la postura del Estado ante la pretensión del grupo de ascender a la vida jurídica (21), permite, en mi criterio, llegar a las siguientes conclusiones:

- a) El fenómeno asociativo es plenamente real, en cuanto responde al derecho natural de asociación: el hombre tiende a asociarse para superar sus limitaciones de potencia y de duración. Empero, no se debe pasar del plano natural al jurídico como si fueran el mismo. Que los hombres tiendan naturalmente a juntarse, a unir sus fuerzas en la consecución de empresas no hacederas individualmente, no creo que arrastre necesariamente el reconocimiento jurídico —del Estado— de subjetividad del grupo. No implica que por el mero hecho de la unión, deba el Ordenamiento tratar esa reunión de particulares como sujeto de Derecho independiente de sus componentes (22).
- b) Siendo indiscutible la verdad del fenómeno antedicho, no es menos cierta la diferencia sustancial entre persona natural y grupo. Se podrán hacer los artificios que se quieran, pero predicar del grupo un cuerpo y un alma, al modo pandectista, es mera ilusión conceptual alejada de la verdad. Luego nunca podrá el Derecho tratar igual a la persona física y a la jurídica, porque son sustancialmente distintas.
- c) Tan cierto como que son cosas diferentes es que son cosas análogas. Nunca se ha dudado de ello. Todo el esfuerzo doctrinal de construcción de los diferente tipos de personas jurídicas ha ido encaminado a conseguir que fueran tratados por el Derecho como si fueran personas físicas, previa asignación al grupo, en lo posible, de algo como las potencias espirituales del hombre: memoria, inteligencia y voluntad. Con razón escribe CAPILLA que la atribución de personalidad

(21) Por esta razón puede afirmar DE CASTRO que la teoría de la ficción favorece la omnipotencia del Estado, mientras que la teoría de la realidad asegura autonomía e independencia a los entes intermedios (cfr. *Temas...*, citado, pág. 69). Tiene mucha razón y no es cosa de incrementar el intervencionismo estatal del que recelo tanto como el maestro. Pero la realidad se impone y no podemos contrariarla aun cuando ello nos convenga ideológicamente. Sí podemos y debemos constreñir la actuación estatal a sus justos límites para prevenir desmesura o abusos. Es lo que pretendo en el texto.

(22) En el sentido del texto: Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema*, citado, pág. 586.

jurídica a las organizaciones sociales significa un «tratamiento similar» al que se da a los seres humanos (23).

d) Esta analogía será la medida del poder del Estado. El Ordenamiento deberá exigir al grupo que pretende actuar como sujeto independiente, similares, semejantes condiciones a las que manifiesta naturalmente el hombre adulto para actuar en la vida social y, por ende, en la jurídica. Antes de concederle individualidad jurídica, habrá que exigirle individualidad sociológica, porque sólo así podrá hablarse de analogía con la persona natural. Serán, por tanto, requisitos exigibles en la agrupación que aspira a constituirse como persona jurídica aquéllos que la dotan de individualidad sociológica, a saber:

1. Estabilidad. No puede tratarse de una asociación más o menos transitoria, sino que ha de ir orientada a la permanencia en la comunidad jurídica, en paralelo a la vocación de permanencia del hombre. Por eso, carecería de sentido otorgar capacidad a un grupo de afectados, a quienes se juntan para allegar fondos para remediar una concreta necesidad, o se organizan para conmemorar una efemérides gloriosa.
2. Interés propio del grupo y distinto del de sus integrantes. Ante todo, esta exigencia arguye pluralidad de miembros o componentes, al menos en la persona jurídica tipo asociación, sin duda la más característica. Resulta inexplicable que se pretenda mantener una persona jurídica de un solo miembro, por mucho que semejante dislate se haya admitido en el Derecho de sociedades mercantiles capitalistas (24). Luego se habla, especialmente en el campo mercantil, de la crisis de la persona jurídica, del abuso de la personalidad, del levantamiento del velo, etc. Pero si se respetara el sentido común, acaso todo fuera más sencillo. Porque para establecer patrimonios separados no creo que sea preciso desafiarlo, afirmando que una persona física —aunque sea muy rica— constituye una sociedad. El grupo, pues, ha de tener, como colectividad, un interés propio, institucional, que no se confunde con el de sus componentes. Es claro que en todo grupo puede hablarse de una coincidencia del interés colectivo con los

(23) FRANCISCO CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1986. *Comentario al artículo 35 del Código*, pág. 833.

(24) Como es sabido, la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, introdujo la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada y la sociedad anónima unipersonal, regulación en buena medida impuesta, en opinión de SÁNCHEZ CALERO por la Directiva 89/67/CEE, de 21 de diciembre de 1989, en materia de sociedades. Cfr. Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Principios de Derecho Mercantil*, McGraw Hill, Madrid, 2000, págs. 249 y 250.

particulares de sus integrantes. Pero se trata de una coincidencia general, en los fines institucionales, que es compatible con el desacuerdo respecto de un asunto determinado o una actuación concreta o durante un lapso de tiempo más o menos duradero. Por ello puede hablarse de un interés colectivo que no tiene que coincidir en todo momento y asunto con los de cada miembro del grupo.

Es claro que en la persona jurídica tipo fundación no puede hablarse siempre de pluralidad de integrantes, pues cabe el fundador único. Sin embargo, sí vale cuanto va dicho respecto a un interés propio de la fundación, que si coincidirá exactamente con el del fundador, para nada ha de coincidir con el de los patronos que le sucedan.

3. Licitud de fines y objeto o medios. No basta con que la asociación tenga un interés propio; es necesario que sea conforme a Derecho, esto es, que ese interés persiga un fin lícito y a través de unas actividades o medios también lícitos. La vida en sociedad exige que individuos y grupos actúen dentro de la Ley. Como es natural, la licitud de comportamiento se presume, al igual que en las personas físicas. Esta presunción dispensa de escrutar los estatutos del ente con recelo o sospecha, aparte de que no será fácil encontrar unos estatutos en que expresamente se consignen fines contrarios al Ordenamiento jurídico. Aunque tan pronto se constate, con las debidas garantías procesales, la ilicitud sobrevenida en fines o medios, ha de ordenarse por la autoridad la extinción de la personalidad jurídica.
4. Patrimonio. Tampoco es difícil comprender esta exigencia. De nuevo, el paralelismo con el hombre que nos está guiando, hace del todo insoslayable este requisito. Patrimonio igualmente propio, del grupo, separado e independiente de los patrimonios de los miembros componentes, de modo que no se confundan. El nuevo sujeto de Derecho ha de contar con un patrimonio que garantice el cumplimiento de sus obligaciones, y quienes pretendan la creación de este nuevo sujeto habrán de dotarle de aquél. Como ya advertí, no creo que se oscurezca este tema por el hecho de que, para algunas personas morales, la Ley establezca responsabilidades subsidiarias o solidarias en sus componentes respecto de las deudas sociales. No arguye ello comunicación o confusión de patrimonios, como no se comunican ni confunden los patrimonios personales de deudor individual y fiador individual, por muy solidario que éste último pueda ser.

Dicho lo anterior, hay que añadir inmediatamente que no resulta correcto elevar este requisito del patrimonio a elemento esencial y suficiente para constituir una nueva personalidad, que es lo que se ha hecho, como queda ya denunciado, en materia de sociedades mercantiles capitalistas. Una cosa es la sabia consideración de Cossío sobre el desplazamiento histórico del concepto de persona jurídica hacia el elemento patrimonio, y otra la sobrevaloración abusiva de aquél. En efecto, muestra este autor cómo el concepto se elaboró, primeramente, en el ámbito del *ius publicum*, porque el problema era político, el del poder normativo y jurisdiccional que convenía reconocer a los nuevos entes. Serán los canonistas quienes reconducirán el concepto al Derecho Privado, deseosos de separar las distintas masas de bienes, según sus concretos fines institucionales (25).

5. Capacidad de decisión propia. Con este requisito no quiero decir, al modo de la doctrina orgánica, que la asociación o ente moral tenga una voluntad equiparable a la de los individuos. Ni siquiera que la suma de las voluntades individuales compongan una voluntad colectiva, mito dieciochesco intelectualmente insostenible pero que ha gozado de un predicamento indebido. Se trata simplemente de que el ente, si quiere actuar como sujeto independiente en el tráfico, ha de realizar actos jurídicos, lo que exige que el grupo, previamente, haya decidido internamente qué hacer, cómo hacerlo, cuándo, etc. Al estar compuesto por varios miembros, éstos han de haber establecido el oportuno procedimiento de toma y ejecución de decisión.
6. Publicidad. Los fantasmas no tienen capacidad jurídica. Así como todos vemos al contratante individual, al otro que se relaciona con nosotros en una relación jurídica entre particulares, hemos de poder reconocer al otro pero como colectividad. Y los grupos no tienen cuerpo, luego habrá que idear una fórmula que permita identificarlos, reconocerlos, en el tráfico jurídico, y sin ejercicios de adivinación o esfuerzos especiales: bastante atención reclama la realización certera, cuidadosa, vigilante, de un negocio, para que, además, sean menester actividades de investigación para conocer si estamos tratando con un grupete de amigos, sin responsabilidad como tal, con un individuo, o con una persona jurídica. Publicidad segura, bien a las claras, sin tapujos. En seguida volveré sobre esto.

(25) Cfr. Alfonso DE COSSÍO, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pág. 126.

Corresponde al Estado comprobar la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos enumerados. Si concurren, concederá al grupo pretendiente personalidad jurídica. Y la denegará en caso contrario. Como la revocará, si habiendo existido al comienzo, sobreviene su ausencia. Basta con que falte uno de ellos para rechazar la pretensión de obtener capacidad jurídica o para perderla si se había obtenido. Se sigue de lo anterior que ningún grupo alcanza subjetividad jurídica por su propia voluntad, por el hecho de juntarse y manifestar su deseo de participar en el tráfico. Estamos ante una cuestión de orden público: una cuestión que afecta a la entera comunidad, por lo que está sustraída a la autonomía de la voluntad, en lo menester, es decir, en su reconocimiento público como sujeto de Derecho. Nada más: el Estado no tiene que meterse en si se reúnen o no; si son muchos o pocos; si se dan a conocer públicamente o guardan discreción; en si trabajan en común para obtener un fin colectivo, ni en los medios que utilicen. El Estado no tiene nada que hacer —lo veremos más adelante con detalle— en el amplísimo campo del derecho natural de asociación, que no es lo mismo que el reconocimiento de personalidad jurídica. En aquel terreno, el único límite es la ilicitud de la acción. Pero la creación de personas jurídicas es potestad del Estado; reglada, pero potestad.

Así, comprobada la concurrencia de los presupuestos de reconocimiento, el grupo obtendrá la capacidad de obrar mediante un acto concreto y singular de erección. Repito, sin automatismos. La Administración atribuirá al ente moral solicitante personalidad jurídica mediante un acto jurídico sujeto al Ordenamiento y, por ende, revisable ante la Jurisdicción. No puedo sino aplaudir la sensata opinión de VICENT CHULIÁ a favor de que se extienda a todas las sociedades —en sentido muy amplio, que creo comprende también en su sentir a todas las personas jurídicas— el criterio del control preventivo de legalidad, establecido para las sociedades capitalistas (26).

C) Me parece necesario para completar este apartado dedicado a los requisitos que deben exigirse a la agrupación que pretende convertirse en persona jurídica, ahondar en cuestiones ya indicadas pero precisadas, como digo, de algún tratamiento complementario. En las páginas siguientes abordaremos con más detalle el requisito de la publicidad de las personas morales y el problema de la supuesta interferencia del acto de erección de la persona jurídica con el derecho fundamental de asociación.

Empecemos con la publicidad. No se duda de la procedencia de este requisito, por las razones antes resumidas. Donde surge la polémica es en la determinación de qué deba entenderse por publicidad. ¿Qué se entiende por

(26) FRANCISCO VICENT CHULIÁ, «Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles» (comentario a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», *RGD*, enero-febrero de 1998, pág. 658.

publicidad? Si descartamos, por obvio, que publicidad consista en documentación pública (27), dos son los conceptos que se han propuesto. Para un sector doctrinal, acaso mayoritario, por publicidad debe entenderse publicidad de hecho, esto es, la organización dada al ente moral para actuar externamente, unida al hecho de presentarse como grupo en el tráfico jurídico, como sujeto distinto e independiente de los componentes de aquél, en la realización de los actos jurídicos que celebra (28). Para el otro sector doctrinal aludido, publicidad significa inscripción en un Registro público (29). ¿Cuál es el estado de la cuestión en nuestro Derecho Positivo?

Para las asociaciones, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, establece en su artículo 5.2: «...*Con el otorgamiento del acta (fundacional) adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de la inscripción a los efectos del artículo 10*» (Efectos de publicidad).

La ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ordena en su artículo 4.1: «*Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones...*»

«*Los partidos políticos adquieren personalidad jurídica por la inscripción en el Registro de Partidos Políticos...*». Expresa el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

Para los sindicatos, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, dice en su artículo 4.7: «*El sindicato adquirirá personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, transcurridos veinte días hábiles desde el depósito de los estatutos. Se depositan, según el mismo artículo, número 1, «en la oficina pública establecida al efecto».*

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en su artículo 5.1 ordena: «*Las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro Público...*»

¿Y en el campo mercantil?

El Código de Comercio, en su artículo 116, *in fine*, establece con carácter general: «*Una vez constituida la Compañía Mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos*». Y la constitución conforme al Código exige la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública constitucional. Con la inscripción, pues, las sociedades mercanti-

(27) Advierte DE CASTRO que el hecho de que los pactos sociales consten en escritura pública no significa publicidad, entre otras cosas, porque la escritura pública se guarda en el protocolo notarial. *Temas...*, citado, pág. 84.

(28) En el sentido indicado pueden verse, por ejemplo, PAZ-ARES, *op. cit.*, pág. 1357, y CAPILLA, *Comentarios al Código Civil y...*, cit., pág. 55.

(29) Cfr. Federico DE CASTRO, *Temas*, cit., pág. 83.

les, todas, alcanzan su capacidad jurídica. Además, vamos a comprobar que las leyes especiales de sociedades capitalistas y otras contienen la misma exigencia para las sociedades que han sido objeto de esa regulación extracodiciliar.

Para las Sociedades Anónimas, la Ley reguladora ya citada, ordena en su artículo 7.1 que «*con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica*».

Idéntica previsión, incluso con utilización de los mismos términos, se contiene en el artículo 11.1 de la también ya citada Ley reguladora, para las sociedades de responsabilidad limitada.

La Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, atribuye a estas sociedades la personalidad jurídica «*desde su inscripción en el Registro Mercantil*», según dispone su artículo 4.2.

La inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas determina igualmente la adquisición por éstas de su personalidad, conforme al artículo 7 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

Las llamadas Agrupaciones de Interés Económico, reguladas por Ley 12/1991, de 29 de abril, representan un proceder curioso, por lo menos, del Legislador. En su artículo 1 les reconoce personalidad jurídica, pero sin indicar el momento de su adquisición. Y el artículo 7 ordena su inscripción en el Registro Mercantil: nada más. ¿Será esta inscripción el requisito para obtener capacidad? Calla el aludido artículo 7. ¿Será aplicable, ante el silencio, el precepto general del artículo 116 del Código de Comercio? A mí no me cabe duda, aunque para otros autores este silencio ha significado una modificación en el régimen de adquisición de personalidad jurídica por sociedades mercantiles. No me convencen los cambios tan bruscos por la vía vergonzante del silencio, máxime cuando esa supuesta nueva tendencia legisladora no se ha visto continuada. Repárese en que la Ley de Agrupaciones de Interés Económico es de 1991, y con posterioridad han venido las restantes leyes citadas más arriba, todas mercantiles, y ninguna se ha apartado del criterio tradicional de la inscripción registral como requisito de la capacidad. Subsiste, ciertamente, la incógnita de por qué en 1991 el Legislador guarda silencio. ¿Estaría entonces vacilante sobre el particular y más tarde se dispararían sus dudas a favor del criterio de siempre? ¿Se estimaría esta ambigüedad calculada más acomodada al Reglamento Comunitario 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio, que inspiró la ley?

En suma, en el campo extramercantil, sólo la Ley de Asociaciones de 2002 atribuye personalidad sin el requisito registral; en el mercantil no puede hablarse en rigor de excepción sino, a lo sumo, de perplejidad ante el silencio de la Ley de AIE sobre asunto de esta importancia. A mi juicio, aquella Ley se ha equivocado y ésta no ha introducido cambio alguno por las razones expuestas. Si convenimos en que la publicidad es *conditio sine qua non* para

alcanzar personalidad jurídica, no se me ocurre otro medio más sencillo, inequívoco y seguro para unos y otros, que el de exigir la inscripción registral del ente, civil, mercantil, político, etc., que pretende constituirse en nuevo sujeto de Derecho. Inscripción que implica el control previo de legalidad del ente pretendiente. Si, como queda dicho, el Estado ha de comprobar la concurrencia de los presupuestos constitutivos de una persona jurídica, nada más lógico, me parece, que establecer ese trámite de inscripción con verificación previa de requisitos. No creo que sea sensato erigir un nuevo ente moral automáticamente, que es lo mismo que inscribir sin control de legalidad, para luego, si es ilícito, poner en marcha un procedimiento judicial de revocación de personalidad. Enseguida volveré sobre esto porque, si no me equivoco, la vacilación o el rechazo de someter a la entidad que busca hacerse sitio en el tráfico jurídico, al trámite de control previo e inscripción registral nace del temor a contravenir, nada menos, que un derecho natural constitucionalmente reconocido. Entramos así en la segunda de las cuestiones que habíamos anunciado: relación entre el derecho fundamental de asociación y el otorgamiento de personalidad jurídica a los entes morales.

D) De cuanto queda escrito se concluye mi opinión favorable al acto formal de erección de la persona jurídica por parte del Estado, acto que implica, fundamentalmente, la comprobación de los requisitos exigibles para merecer la capacidad jurídica, y la publicidad de aquélla, a la que se da rostro con la inscripción en un Registro Público.

Este ha sido el criterio tradicional, en nuestro Derecho y en todos los más cercanos que conocemos.

El Código Civil, acentuando la tendencia liberal en punto a reconocimiento de entes morales, después de la Revolución de 1868 y la amplia generosidad mostrada en el Código de Comercio de 1885, no duda en reconocer personalidad jurídica con largueza. En ese ambiente, calificado certamente de entusiasta, se redactan los artículos 35 a 39 del Código. Dice el artículo 35:

«Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

Importa retener que el Código no instaura el automatismo. Los entes han de ser «reconocidos» o se les ha de «conceder» la personalidad jurídica. A pesar de la diferencia terminológica, una interpretación actualizada del precepto, conforme al artículo 3.1 del Título Preliminar, permite afirmar que en

ambos párrafos se está diciendo lo mismo, aunque en su momento se quisiera mayor severidad con los entes de «interés particular». Para que sea «reconocido» un ente de interés público habrá de mediar un acto del Estado que así lo afirme, para distinguirlo precisamente del que no sea reconocido, y para que el acto sea favorable al ente pretendiente habrá tenido que llenar los requisitos exigidos por la Ley para cada tipo de persona moral. Pero es que lo mismo cabe decir de los entes de interés particular. Porque el término «conceder» de ninguna manera puede hoy interpretarse como graciosa benevolencia de la Administración quien actuaría con entera discrecionalidad, sin sujeción a la Ley. Me parece que el olvido de la precisión precedente es la causa del confusionismo entre derecho de asociación y la obtención de personalidad jurídica, de la reticencia ante el control de legalidad. Se use el término que se use —conceder, reconocer, atribuir, otorgar...— lo que se quiere decir hoy, que es lo que nos interesa, en el precepto transcrito o sus semejantes es que la cualidad de persona jurídica es creación del Derecho, no de los integrantes de ella, es algo que se da siempre por el Estado; y que éste no puede atribuir esta cualidad arbitrariamente o según criterios ideológicos, políticos, en fin, no controlables por los Tribunales, sino que ha de actuar con estrecha sujeción a la Ley, que marca los requisitos que deben cumplirse para adquirir capacidad. Si se dan los aludidos presupuestos, se concederá; si faltan, se denegará.

En conclusión, el criterio del Código es el del acto de erección de los entes que pretenden constituirse en personas jurídicas. Acto que puede consistir sencillamente en la inscripción del ente en el Registro establecido al efecto, lo que significa que el encargado del Registro ha estimado cumplidos todos los requisitos. O puede consistir en una resolución aprobatoria, más o menos solemne y expresiva, en la que se revisan los presupuestos fácticos y jurídicos de la petición y se concluye en el reconocimiento de la persona jurídica, seguida de la inscripción registral.

Idéntico criterio sigue el *Codice Civile*: para las personas jurídicas públicas, el artículo 11 habla de reconocimiento; para las de naturaleza privada, el artículo 12 manda que adquirirán personalidad jurídica «*mediante el reconocimiento concedido por decreto del Presidente de la República*». Respecto a sociedades mercantiles, sólo las capitalistas tienen personalidad jurídica, que obtienen, por supuesto, mediante la debida inscripción en el Registro oportuno (art. 2331).

También el Derecho francés sigue el criterio indicado. Para las asociaciones, la Ley de 1 de julio de 1901 exige el cumplimiento de los requisitos prevenidos en el artículo 5 de esa ley: entre otros, la presentación de estatutos y documentación ante la Prefectura competente y publicación en el Diario Oficial del justificante de haberse realizado aquella presentación. Las fundaciones gozarán de capacidad jurídica «*a contar desde la entrada en vigor del*

*decreto del Consejo de Estado que acuerde el reconocimiento de utilidad pública» a la fundación. Así lo ordena el artículo 18 de la Ley 87-571, de 23 de julio de 1987. En cuanto a sociedades, mercantiles o civiles, han de inscribirse para adquirir personalidad jurídica: vid. artículo 1842 del *Code*.*

En la doctrina, CAPILLA, en coincidencia con la opinión que vengo manteniendo, defiende la conveniencia del acto de erección, en concreto de la inscripción registral, «por razones de certeza, seguridad, y protección de terceros» (30). Pero hay que reconocer que no es la opinión de la doctrina dominante, no digamos de los mercantilistas, que manifiesta un recelo intenso ante lo que consideran peligrosa interferencia del Estado. El control de legalidad del ente que quiere constituirse en nuevo sujeto de Derecho lo consideran lesivo del derecho fundamental de asociación; la inscripción registral, ha de limitarse a un trámite meramente declarativo, sin mayor eficacia; la personalidad jurídica se adquirirá por el mero acuerdo de voluntades de quienes se asocian, etc. Como es natural, las afirmaciones varían según el tipo de persona jurídica de que se trate y la rotundidad de los textos legales, pero, en general, ése es el sentir en la materia: cuando no se puede sostener de *lege data*, se reclama de *lege ferenda*. Se impone, pues, examinar con cierto detenimiento el artículo 22 de la Constitución que ha venido a considerarse obstáculo insalvable para la tesis del reconocimiento o concesión de personalidad jurídica a los entes morales, previo examen de legalidad e inscripción de aquél en el Registro público conveniente.

El artículo 22 de la Constitución dice:

- «1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar».

Prescindiendo de matices para no hacer muy tedioso el asunto, numerosos autores entienden que la norma del apartado 3 del artículo 22 impide que pueda condicionarse a la inscripción registral del ente la obtención por éste de personalidad. La mera reunión de los asociados, con voluntad de erigir un nuevo sujeto, es suficiente para lograr aquélla. A lo sumo, en opinión de PAZ-ARES, podría condicionarse la plenitud de capacidad jurídica, pero la que

(30) *Comentarios al Código Civil y Leyes Forales*, cit., en el comentario al artículo 35, pág. 857.

llama personalidad básica o general, ésa se consigue por mera autonomía privada, por la celebración del contrato o negocio asociativo (31).

Del mismo criterio fue la STS de 3 de julio de 1979, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RJ 1979/3183). La Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior había denegado la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de la entidad denominada «Gran Oriente Español Unido». Recurrída la Resolución, fue anulada por la Audiencia Nacional. El recurso de apelación fue desestimado por el TS que confirmó la sentencia recurrida. Afirma el TS que, frente a los recelos de la Ley de 1964, la Constitución introdujo un sistema opuesto pues, «según su artículo 22.3, la asociación se constituye libremente, debiéndose comunicar dicha constitución a la Administración para su inscripción en aquel Registro a los solos efectos de publicidad, lo que significa que la personalidad jurídica de la asociación se produce antes de la inscripción y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores, sin que la Administración esté habilitada para realizar (ex ante) una valoración de la licitud o de la determinación de los fines y de los medios expresados en los Estatutos...».

CAPILLA, con mejor criterio, en mi opinión, estima que el artículo 22 alude a la constitución de las organizaciones, pero no a la atribución de personalidad jurídica, que es asunto de legalidad ordinaria (32). Esta distinción entre constitución de la persona jurídica o del ente y atribución de personalidad jurídica me parece decisiva en el asunto que nos ocupa. Veamos.

Subyace en la doctrina que combató el pensamiento de que no es posible ejercitar el derecho natural de asociación sin que se reconozca al grupo la correspondiente personalidad jurídica. No hay asociación sin personalidad; sería lema de los autores aludidos. Yo no pienso así. Nadie puede negar a los hombres el derecho a reunirse, a juntar sus esfuerzos en la consecución de objetivos que, individualmente, no podrían lograr. Pero no se sigue del expresado principio que el grupo así formado haya de ser reconocido necesariamente por el Ordenamiento como sujeto de Derecho. Ni puede defenderse que sea precisa esa capacidad supraindividual para el desempeño de las actividades asociativas. Convendré en que facilitará las cosas: será más cómodo que contrate la persona jurídica, a través de su representante, que todos los componentes del grupo, pero no es menos cierto que si el número de los asociados es excesivo para concurrir todos a contratar la luz del local, por

(31) Vid. ALONSO LEDESMA, obra colectiva, *Derecho de Sociedades Anónimas*, II, vol. 2, Civitas, Madrid, 1994, págs. 988-989; PAZ-ARES, *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 1358; PANTALEÓN, *La personalidad jurídica de las sociedades civiles*, cit., pág. 1378; TORRES PEREA, *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, cit., pág. 69; EIZAGUIRRE, *op. cit.*, pág. 142.

(32) CAPILLA RONCERO, *Comentarios*, cit., págs. 857 y 858. También, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, cit., pág. 116.

poner un ejemplo, bien pueden hacerlo un par de socios, en el bien entendido de que el negocio se hace en interés y a cargo de todos. Y la actividad fundamental que es la propia reunión de miembros, el trabajo en común, la conjunción de esfuerzos, todo esto para nada exige el goce de capacidad jurídica distinta de la de los miembros individuales. Pero es que, además, estamos hablando en pura teoría, para demostrar que intelectualmente son cosas separables asociarse y ser jurídicamente reconocidos como grupo. Porque en la práctica bastará con dar cumplimiento a los requisitos razonables exigidos por la Ley para obtener personalidad.

En la doctrina canónica siempre se ha distinguido entre creación de la institución y concesión de personalidad jurídica, de suerte que no extraña un canon como el 310, que por lo demás continúa la doctrina del *Codex Iuris Canonici* anterior: «*La asociación privada no constituida en persona jurídica no puede, en cuanto tal, ser sujeto de obligaciones y derechos; pero los fieles que son miembros de ella pueden contraer obligaciones conjuntamente, y adquirir y poseer bienes como condueños y coposedores; y pueden ejercer estos derechos y obligaciones mediante un mandatario o procurador*».

Es difícil expresar mejor no sólo la tesis que defiende, sino los medios que se ofrecen a los individuos del grupo para subvenir a la falta de capacidad del grupo, medios perfectamente trasladables al campo civil (33). La misma nitidez se observa en el canon 322, por lo que hace al acto de erección: «*Una asociación privada de fieles puede adquirir personalidad jurídica por decreto formal de la autoridad indicada en el canon 312*». De igual modo, se exige acto expreso de erección para las asociaciones públicas de fieles, según los cánones 312 y 313.

Y en el Derecho francés encontramos la misma distinción entre asociaciones con personalidad y asociaciones sin ella, sin que esta posibilidad haya sido considerada poco respetuosa con el derecho de asociación. No puede ser tampoco más expresivo el número 2 del artículo 1 de la Ley antes citada de 1 de julio de 1901: «*Las asociaciones de personas podrán formarse libremente sin autorización ni declaración previa, pero no gozarán de capacidad jurídica más que si son conformes a las disposiciones del artículo 5*». Igualmente caben fundaciones sin personalidad. Así se colige del párrafo segundo del artículo 18 de la Ley de 23 de julio de 1987: «*Cuando el acto de fundación tenga por finalidad la creación de una persona moral, la fundación no goza de capacidad jurídica más que a contar desde la fecha de entrada en vigor del decreto del Consejo de Estado que acuerde el reconocimiento de utilidad pública*». Luego caben fundaciones que no persigan la elevación a persona moral.

(33) Vid. *Código de Derecho Canónico*. Edición anotada a cargo de Pedro LOMBARDA y Juan Ignacio ARRIETA, Universidad de Navarra, Pamplona, 1984, págs. 120 y 230, especialmente.

El Tribunal Constitucional recordó en su sentencia de 23 de julio de 1998 (RTC 1998/173) el contenido fundamental del derecho de asociación que se «*manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: La libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas*» (FJ 8). No parece comprenderse en este núcleo duro del derecho fundamental la adquisición de personalidad jurídica, al tiempo que no se ve inconveniente alguno en que pueda ejercitarse este derecho, aun sin capacidad del grupo: los individuos podrán reunirse y emprender obras colectivas; podrán separarse del grupo, si así lo deciden; y podrán organizarse internamente como tengan por conveniente. Nada de esto exige gozar de personalidad jurídica (34).

Pero hay más. La reciente ley reguladora de partidos políticos —LO 6/2002, de 27 de junio— no tiene el menor empacho en recoger toda la doctrina que aquí se viene sosteniendo. Y habían transcurrido ya casi veinticinco años desde la entrada en vigor de la Constitución. Y tampoco sabemos que haya suscitado dudas de constitucionalidad. Es más, estamos hablando de partidos políticos, esto es, de lo que podíamos considerar la quintaesencia del derecho de asociación, la zona más delicada y sensible porque mira directamente al ejercicio del Poder Público, a la participación de los ciudadanos en el gobierno de la *res publica*. Pues bien, léanse los artículos 3, 4 y 5 y se convendrá en que sólo adquieren personalidad con la inscripción registral, como acto de erección por el Estado, y que sólo se registran los partidos que cumplen los requisitos exigidos en los artículos 3 y 5, como control de legalidad de aquéllos.

¿Nos hemos olvidado del artículo 22 de la Constitución? Como vengo reconociendo, la doctrina dominante, en coincidencia con la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, ha entendido que la expresión del apartado 3 de ese artículo, «a los solos efectos de publicidad», impide dar a la registración la condición de requisito para que los entes morales puedan obtener la capacidad, de modo que ésta se alcanzaría con la mera voluntad de los asociados. No comparto semejante interpretación. Transcribo de nuevo este número 3: «*Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad*». En mi opinión:

- Ante todo, permítaseme dudar de que el constituyente quisiera regular en este artículo el asunto de la atribución de personalidad jurídica a entidades morales. Como señalaba CAPILLA, es un típico tema de legalidad ordinaria. No se comprende que una Constitución haya de intervenir en punto a los requisitos exigibles para que un ente tenga capa-

(34) De nuevo resulta luminosa la advertencia de FERRARA: «Cuando se identifican asociaciones y organizaciones con personas jurídicas, se está confundiendo el sustrato con la forma», *op. cit.*, pág. 383.

cidad; por ejemplo, una sociedad mercantil. ¿O es que el artículo 22 no ampara el derecho a fundar sociedades mercantiles?

- La interpretación literal del precepto resultaría precisamente contraria al derecho natural de asociación, como también apunta el autor citado (35). ¿Por qué razón se ha de exigir a todo grupo que se inscriba en un Registro público? ¿Qué suerte de control sería ése de no permitir una agrupación de individuos que prefiere la mayor intimidad? No creo que nadie mantenga una interpretación literal como la que impugno.
- Luego tampoco recelemos de interpretar sin excesiva literalidad, como único criterio de interpretación, el último inciso del precepto. No parece que haya sido del todo feliz la redacción de la norma.
- Lo que ante todo y sobre todo quiere establecer este precepto es que las asociaciones se constituyen sin intervención administrativa, con plena libertad: al amparo del derecho de asociación reconocido en el número 1. La inscripción en el Registro nunca puede ser condición de constitución del ente.
- Una vez constituidas, pueden o no registrarse. Si se registran lo hacen a efectos de lograr publicidad y, como según expuse más arriba, la publicidad ha de estimarse requisito esencial para que un ente alcance capacidad, es llano que «a los solos efectos de publicidad» significa «a los efectos de conseguir personalidad jurídica». No porque la Constitución quisiera con este inciso terciar en el debate de política legislativa, acerca del momento y circunstancias que deben concurrir en los entes para merecer la personalidad, sino sencillamente porque es la interpretación más coherente, en mi opinión, con la dogmática general de la persona jurídica.

En conclusión, no veo inconveniente alguno de índole constitucional para mantener que los entes morales exigen un acto formal de erección que implique su inscripción en Registro público, si pretenden adquirir personalidad jurídica (36).

(35) CAPILLA, *La persona jurídica...*, cit., pág. 118.

(36) Como vengo indicando CAPILLA RONCERO, sobre todo en la monografía citada, ya había llegado a conclusiones semejantes, en este punto concreto relativo a la interpretación correcta del artículo 22 CE y su posible influencia en la atribución de personalidad jurídica a los entes morales. También MARÍN LÓPEZ entiende que el artículo 22.3 CE es «neutral», de modo que la ley ordinaria puede disponer que sea suficiente con el acto de constitución para que la asociación adquiera la personalidad jurídica, o puede exigir también el requisito de la inscripción en Registro Público. En apoyo de su tesis, invoca este autor la STC 48/2003, de 12 de marzo; Juan José MARÍN LÓPEZ, *Personalidad jurídica y responsabilidad de las Asociaciones*, pág. 15. Trabajo presentado en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrado en Alicante en 2004, aún inédito.

4. EFECTOS DE LA ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA A LOS ENTES MORALES

A) No pretendo el examen exhaustivo de los aludidos efectos. Me remito al epígrafe II en que ofrecí unas ideas generales sobre el significado jurídico de obtener esta cualidad. En resumen, el ente se convierte en sujeto de Derecho, con aptitud para ser titular de relaciones jurídicas activas o pasivas. Los efectos los doy por sabidos. Si no me equivoco, la polémica sobre el tema de efectos se centra en dos puntos, especialmente. Uno es el de si pueden catalogarse en función del tipo o modalidad de persona jurídica, de modo que los hubiera elementales o básicos, y otros plenos o desarrollados. Este punto ya ha sido objeto de examen, anteriormente. El otro es el que me va a ocupar a continuación: ¿Obtiene el ente una capacidad general para el tráfico jurídico, como efecto de la atribución de personalidad? ¿O, por el contrario, sólo la consigue para la realización de los actos jurídicos que sean conformes o vengan comprendidos en el objeto social de la entidad? En otras palabras, ¿gozan las personas jurídicas de capacidad general, al modo de las personas físicas, o de capacidad especial, limitada al cumplimiento de su objeto social? Debemos entender el término objeto social en sentido amplio, comprensivo tanto de los fines que persigue la entidad, cuanto de los medios o actividades que se propone realizar para el logro de aquéllos. Pues bien, así entendido el objeto social, su papel en la teoría de las personas jurídicas ha sido valorado de diferente modo.

Dos son las teorías principales. Para la teoría de la especialidad, con mayor aceptación en las doctrinas inglesa y francesa, el objeto social determina la capacidad de la persona jurídica, hasta el punto de que los actos no comprendidos dentro del objeto social que realizara serían ineficaces por falta de capacidad (*ultra vires*) (37). Una fundación, por ejemplo, creada para la difusión y el desarrollo de los conocimientos históricos relativos al descubrimiento de América, no puede insinuarse en actividades mercantiles. Ni una empresa de comunicación, entrar en el negocio inmobiliario. En cambio, para los partidarios de la teoría de la generalidad, con fuerte implantación en la doctrina alemana, las personas morales adquieren una capacidad general, sin sujeción al objeto social que explicó su nacimiento: perfecta equiparación con las personas físicas.

¿Cuál será la respuesta correcta en Derecho español?

B) El *ius positum* no me parece inequívoco, antes bien, en mi opinión, admite ambas interpretaciones, sencillamente porque ningún precepto pretendió resolver la duda. El artículo 38,I del Código Civil expresa: «*Las personas*

(37) Puede verse muy bien explicado el origen y evolución de esta teoría en «El origen de la doctrina *ultra vires* en el Common Law», Luis IGNACIO ARECHEDERRA ARANZADI, *AAMN*, tomo XXX, vol. I, pág. 643.

jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución». De acuerdo, pero, ¿sólo en el ámbito perfilado por el objeto social o sin limitación de campos de actividad? Tampoco el Código de Comercio creo que resulte decisivo. Su artículo 116,II dice: «*Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos».* Si el tenor literal hubiera sido «tendrá personalidad jurídica para todos los actos y contratos», la cosa no ofrecería dudas. Pero no es ésta la redacción del precepto, y adviértase que el Legislador de finales del siglo XIX dominaba el idioma, no como el actual. Me parece que la expresión codiciliar más bien quiere zanjar la polémica acerca de si todas las compañías mercantiles gozaban de personalidad, o sólo las capitalistas. Con la norma transcrita, se habría querido poner en claro que toda sociedad adquiere capacidad jurídica propia y distinta de la de sus miembros. Por lo demás, el posesivo «sus» tanto puede entenderse como relación o vínculo de pertenencia del acto respecto del sujeto, cuanto relación de congruencia o coherencia: los actos que son propios de esta compañía, con sus peculiaridades, y no de otra; esto vale como conformidad con su objeto social.

A veces, se ha querido encontrar la respuesta en preceptos de las leyes mercantiles especiales. Tanto el artículo 129,2, de la Ley de Sociedades Anónimas, cuanto el 63,2, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, disponen que: «*La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».*

No creo que estos preceptos de las leyes de sociedades mercantiles tengan que ver con el asunto que nos ocupa. La eficacia de lo concertado con quien creyó de buena fe (38) en la capacidad de la entidad para hacer lo que hizo no tiene por qué explicarse por una capacidad general y sin limitaciones, sino más bien por aplicación, una vez más, de la doctrina de la apariencia jurídica a la

(38) Dejemos sin abordar la, en extremo generosa, postura de la Ley: ¿De modo que puede haber buena fe en quien ni siquiera consulta el Registro Mercantil, cuando se relaciona con una sociedad de la que sospecha si estará actuando en el ramo de la industria o comercio que justifica su existencia? Porque el objeto social sí lo conocerá este despreocupado contratante, a menos que sea necio integral. Y conociendo esto, también advertirá que el negocio que se propone realizar con la sociedad en cuestión no tiene mucho que ver con ese objeto que aparece al exterior. A pesar de lo cual, no se toma la molestia de consultar el Registro: repárese en que nada tiene que ver con el supuesto del número 1 de estos preceptos, que aluden a la posibilidad de que el administrador de la sociedad rebasara sus facultades de representación. En tal caso, la apariencia real favorece al administrador, que se presenta como tal, por lo que resulta más disculpable la confianza del tercero. Pero en este segundo caso, la apariencia choca con lo que se pretende hacer porque el negocio pretendido no está comprendido a las claras en el objeto social. En semejante situación dudo que sea disculpable la preterición del Registro.

que ya aludí en la nota 18, para explicar esa supuesta personalidad elemental que los mercantilistas quieren ver en las sociedades irregulares: por virtud de esta institución, que se conoce poco y se utiliza menos, «el Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz (el negocio *ultra vires* realizado entre sociedad y tercero) por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles» (la sociedad presentándose capaz de realizar ese negocio) (39).

La doctrina patria mayoritaria es favorable a la ilimitación de capacidad de los entes morales, siguiendo la opinión de la jurisprudencia (40). Sin embargo, hay alguna opinión discrepante o no enteramente conforme con ese sentir dominante. CAPILLA se acoge a la doctrina del abuso de poder, de modo que los actos *ultra vires* son ineficaces según el mecanismo del artículo 1259 del Código Civil, si no hay terceros concernidos. No queda claro en qué se apoya la protección de los terceros, pero más parece que se acerca a la tesis que yo señalo que a la de la personalidad jurídica de la sociedad irregular (41).

La jurisprudencia, como decía, ha sostenido la doctrina de la capacidad general de los entes morales. Es bien conocida la STS de 5 de noviembre de 1959 (RA 4711) que se pronunció con nitidez sobre el asunto, pues la parte demandada trató de defenderse de la demanda alegando, en efecto, la nulidad del pacto esgrimido por la actora, al no estar comprendido en el objeto social de esta sociedad actora con la que contrató. Leemos en su considerando cuarto: «*Que en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general, por consiguiente, en una esfera que va más allá en (sic) las relaciones económicas y que se extiende a todo campo, a salvo aquellos límites que derivan de su misma cualidad de entes ideales que carecen de un substrato físico, y por tanto, el fin de ellas no constituye por sí un límite de su capacidad, en el sentido de que la persona jurídica sólo existe en el círculo cerrado de su fin, fuera del cual el ente se desvanece como sombra, debiendo concluirse que las personas jurídicas son reales y capaces aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las reacciones de la autoridad administrativa y de la responsabilidad de sus órganos*». Doctrina confirmada por STS de 15 de febrero de 1990 (RJ 1990/688) que recoge textualmente los términos transcritos.

La Dirección General de los Registros y el Notariado ha seguido la enseñanza del Tribunal Supremo. En la Resolución de 2 de febrero de 1966 no duda en afirmar que la sociedad mercantil tiene «*capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho salvo aquellos que por su propia*

(39) Cfr. Mi monografía: *La doctrina de la apariencia jurídica*, cit., pág. 40.

(40) Por todos, CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 238, con cita de otros autores.

(41) *Comentarios al Código Civil y Leyes Forales*, cit., pág. 868.

naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar, según resulta de los artículos 38 del Código Civil y 116,2, del Código de Comercio». Y en la Resolución de 1 de julio de 1976 se repite que «en nuestro Derecho, según reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores...»

Se impone pues manifestar mi opinión al respecto.

C) Ante todo, reitero mi opinión de que no existe en Derecho español respuesta segura a la cuestión de si el objeto social de una entidad desempeña, entre otros cometidos, el de contornear su ámbito de capacidad de obrar, de suerte que los actos no comprendidos dentro de ese ámbito son ineficaces por falta de capacidad del sujeto. Los preceptos generales, los de los Códigos, admiten ambas interpretaciones, a menos que vayamos a ellos con el prejuicio a favor de una de las tesis. Las previsiones de los artículos de las leyes de sociedades capitalistas pueden explicarse de modo diferente: no es que reflejen una capacidad general de la compañía, sino que aplican la teoría de la apariencia jurídica en defensa del tercero de buena fe.

A mi juicio, aun reconociendo la indeterminación denunciada, es preferible seguir la interpretación que conduce a la capacidad especial de los entes morales. Y si se juzgara insostenible la tesis en Derecho español, entonces lo que digo es que, *de lege ferenda*, habría que seguir la doctrina que sólo reconoce capacidad a los entes morales, de cualquier clase que sean, para realizar aquellos actos, y sólo aquéllos, comprendidos en el ámbito de su objeto social. Lo que no significa, como es lógico, una comprensión cicatera, insuficiente, de la descripción del objeto social. No sólo porque ésta puede redactarse en términos amplios, sino porque es evidente que los actos instrumentales han de estar abarcados cualquiera sea la redacción del objeto o fines sociales. Es evidente que una empresa que se dedique a la construcción, podrá comprar material de oficina, por ejemplo, y vehículos de transporte o reservar hoteles para los viajes profesionales de sus empleados. Pero no, adquirir en Bolsa un paquete de acciones de un periódico o sociedad radiofónica. Claro que habrá zonas de conflicto, por ambiguas o difíciles de perfilar o delimitar, pero nada de esto es nuevo en Derecho.

He aquí algunas razones que me llevan a pensar del modo indicado:

1.^a Ese modelo de capacidad me parece más conforme con la naturaleza de la persona jurídica, que no es una persona física. Ya he tenido ocasión de señalar en algún momento anterior que no creo que el ente moral sea una realidad natural, sino una realidad jurídica, es decir, una ficción. Tiene naturaleza instrumental: se acude a la unión de fuerzas, de patrimonios, de trabajo, porque lo que un hombre solo no puede hacer, deviene hacedero por el grupo. Pero es evidente que los hombres no se unen *para hacer todo en común*: pretenden hacer en común alguna o algunas actividades, luego, pa-

rece muy razonable que el Estado reconozca al grupo capacidad de obrar en ese racimo de actividades, principales o accesorias, que han seleccionado para acometer mancomunadamente. A la persona física no se le demanda al entrar, por ejemplo, en la mayoría de edad, en qué campos de la actividad humana va a moverse, cuáles serán las zonas del tráfico jurídico en que piensa incidir. Pero a la persona jurídica, de cualquier tipo que sea, siempre se le pregunta eso, su objeto social, en trance de constituirse. Sencillamente, porque no es posible que valga para todo. Y se le hace un traje a la medida: se le concede capacidad para hacer aquello que ha pedido hacer, no para cualquier ocurrencia posterior, sin perjuicio de que siempre cabe la revisión formal del objeto social, para abarcar una zona de actividad hasta entonces excluida. Las personas físicas que dan vida al nuevo ente, lo quieren para algo concreto: tiene pleno sentido que reciba capacidad jurídica para eso y no para otra cosa.

2.^a La limitación legal de capacidad del ente al objeto social perseguido es la mejor garantía, probablemente la única en la práctica, contra actuaciones abusivas de los gestores de la entidad, llámese asociación, sociedad mercantil, fundación, etc. Parece inconcuso que la expresión del objeto social en la constitución de cualquier persona jurídica tiene como primer significado el de señalar el campo de la realidad social a que piensa dedicar sus actividades. Lo que, ante todo, supone la conformidad de los fundadores en la consecución de esos fines: se juntaron porque estaban de acuerdo en trabajar unidos para lograr esos objetivos... pero si hubieran sido otros, acaso no todos los fundadores habrían convenido en reunirse. Con otro proyecto asociativo, otros habrían sido los fundadores del ente social ideado para llevarlo a la práctica. No tiene entonces sentido que, posteriormente, los gestores del ente creado actúen en campos de actividad distintos de los que se previeron a la constitución de aquél. Y, como decía al principio, la mayor garantía de que tal cosa no va a ocurrir es la de limitar la capacidad del ente para la realización de los actos comprendidos en ese objeto social, en el que convinieron los socios iniciales, sin admitirla para actos bien diferentes de los previstos al tiempo del acuerdo asociativo. Porque si el cambio de actividad es a las claras, si la persona jurídica, ya existente, decide mayoritariamente, modificar su objeto social en el modo previsto por los estatutos o sus normas internas, entonces no hay gran problema, al menos teóricamente, porque existe el derecho de separación de los socios. Así, tanto el artículo 147 de la LSA como el 95 de la LSL reconocen a los socios disidentes o disconformes con el cambio de objeto social el derecho a separarse de la sociedad. Pero, repito, las cosas son muy diferentes cuando, sin modificación estatutaria, los gestores deciden adentrarse en terrenos que nunca fueron imaginados siquiera por los fundadores. Se dirá que cabe la exigencia de responsabilidad *a posteriori*, pero con ser teóricamente cierta esta afirmación, no es garantía razonable.

Piénsese, por ejemplo, en sociedades anónimas, cuyos administradores han sido nombrados por los socios mayoritarios, que desean inmiscuirse en negocios no previstos.

3.^a Finalmente, pienso que la reticencia a reducir la capacidad de las sociedades y demás entidades sociales obedece a la preocupación de lesionar de ese modo los intereses o derechos de terceros de buena fe, que contratan con la entidad en la creencia de que tiene capacidad para ello. Aparece el ente con capacidad y, luego, si el ente, la sociedad, se arrepiente del negocio, alega extralimitación del objeto social, exceso en el ejercicio de facultades por su representante y anulan el negocio en perjuicio del tercero. Sin embargo, ya he indicado con reiteración que la doctrina de la apariencia jurídica sirve muy adecuadamente para solucionar estos conflictos de intereses, y me parece mejor camino dogmático, y aun práctico, que el de la capacidad general.

V. APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES A LAS LLAMADAS SOCIEDADES CIVILES

A) Conocemos la que con toda razón PAZ-ARES llama «extraña génesis» de los artículos 1669 y 1670 del Código Civil. El Anteproyecto de 1888, en su artículo 5, decía claramente que «*la sociedad civil no constituye una personalidad distinta de la de los asociados*». Explica DE CASTRO cómo, a última hora, cuando ya se había promulgado el Real Decreto de 6 de octubre de 1888, que publicaba la primera edición del Código Civil, en 18 de noviembre siguiente se modificaron los artículos citados para evitar que algunas sociedades mineras, de construcción, agrarias, en fin, de gran importancia económica, se vieran privadas de personalidad jurídica (42). El resultado de esta precipitada redacción ha sido la vacilación doctrinal y jurisprudencial acerca de la correcta interpretación que deba darse a estos preceptos, sobre todo en la cuestión principal de si la regla general es que las sociedades civiles carecen de personalidad jurídica o que la tienen. Recordemos el texto del artículo 1669: «*No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre*».

En efecto, puede pensarse que toda sociedad civil tiene capacidad propia, a menos que mantenga secretos sus pactos sociales. Y puede pensarse que esta afirmación no viene del Código, que lo único que dice es que en ningún caso tales sociedades con pactos secretos gozarán de personalidad, sin explicitar en qué casos se beneficia la sociedad civil de aquella. Pero por si fuera

(42) DE CASTRO, *La persona jurídica*, cit., pág. 282.

pequeña la duda, acontece que tampoco sabemos qué significa la expresión «mantener secretos los pactos» o, dicho en positivo, cuándo son públicos los pactos sociales.

Ante tanta confusión, el Profesor DE CASTRO, como es sabido, sostuvo:

- Que el Código no dice que todas las sociedades civiles tengan personalidad jurídica.
- Que lo único seguro es que las sociedades civiles que reserven sus pactos carecen de aquella cualidad.
- Que la constancia de los pactos en escritura pública no significa publicidad de ellos, porque no debe confundirse documento público —que además se guarda en secreto en el protocolo notarial— con publicidad.
- Que las únicas sociedades civiles con personalidad jurídica son aquellas que revisten alguna de las formas previstas en Derecho Mercantil y se inscriben en el Registro Mercantil (43).

Las dificultades interpretativas originadas por la precipitada modificación del proyecto original no paran en el extremo indicado. Más grave aun me parece el siguiente: no saber en verdad el significado del término «sociedad». Porque es evidente que con él se expresan dos conceptos jurídicos: el contrato de sociedad y la persona jurídica sociedad. Y gran parte de los artículos del Código se comprenden igual de bien, se refieran al contrato o a la persona jurídica. Observación ésta que olvidan muchos comentaristas, que hacen supuesto de la cuestión. Del mismo modo en que se expresan los artículos reguladores de la sociedad, que parecen dar a entender que se están refiriendo a un sujeto de Derecho, lo hacen los que ordenan la sociedad de gananciales, y nadie le reconoce personalidad jurídica propia. Es obvio que en el artículo 1665, primero de los del título «*De la sociedad*», este término vale contrato; mientras que, por ejemplo, en el artículo 1697, vale persona jurídica. Pero la sección primera del capítulo segundo, «*De las obligaciones de los socios entre sí*», artículos 1679 a 1696, puede entenderse perfectamente, tanto se lea sociedad como contrato de sociedad o como persona jurídica. Es más, lo razonable y lógico es que el Código Civil trate en el Libro IV dedicado a los contratos... de un contrato, más que de un tipo de persona jurídica que se regularon, más o menos, en el Libro I.

En suma, no resulta convincente utilizar la regulación del Código, ni con el auxilio de todos los criterios interpretativos del artículo 3, sea para mantener que la regla general es la de atribución de capacidad jurídica a la sociedad civil, sea para defender la contraria. El Código permite una y otra solución.

(43) DE CASTRO, *ibídem*.

B) ¿Ayuda la Jurisprudencia en la tarea de configurar jurídicamente a la sociedad civil, en concreto, en el decisivo punto de saber si, en principio, constituye un sujeto de Derecho independiente? A mi juicio, no. Salvo mejor opinión, la lectura de las sentencias dictadas sobre la materia, que tampoco son tantas ni abordan directamente la cuestión con el propósito de zanjar la polémica, permite sentar las siguientes afirmaciones, como resumen de lo que podríamos llamar doctrina jurisprudencial sobre la sociedad civil:

1. Existen sociedades civiles sin personalidad jurídica, o sea, meros contratos de sociedad, sin que ello impida la aplicación de la regulación contenida en el Código. Así acontece siempre que el contrato de sociedad se ha convenido en documento privado (44).
2. Tampoco tienen personalidad jurídica las sociedades secretas (45). La lástima es que ninguna sentencia nos ha dicho abiertamente qué significa «mantener en secreto los pactos».
3. Si en la sociedad civil que se constituye hay aportación de bienes inmuebles, sólo adquirirá personalidad jurídica si se otorga escritura pública y se inscribe en el Registro. En otro caso, vale el contrato pero no hay persona jurídica (46). No sólo esto. En dos ocasiones, el Tribunal Supremo ha dicho exactamente lo mismo pero referido a dos pretendidas sociedades civiles en que no había aportación de inmuebles: Así las SSTS *RJ* 1956/232, de 21 de diciembre de 1955 (*sic*), y *RJ* 1990/8269, de 30 de octubre.
4. Merece cita individual la STS *RJ* 1994/3768, de 31 de mayo, porque se ha invocado como prueba de la opinión del Tribunal Supremo a favor de la capacidad de las sociedades civiles. Afirma esta sentencia que las «*sociedades civiles solo excepcionalmente carecen de personalidad jurídica*». Sin embargo, hay que objetar a semejante creencia, primero, que es un *obiter dictum* de la mencionada Resolución, que nada tiene que ver con la cuestión que se resuelve; y segundo, que ni antes ni después hemos leído esa afirmación en otra sentencia de la Sala Primera.
5. No he encontrado una sola sentencia del TS en que se trate una sociedad civil como sujeto de Derecho, lo que nunca ha sido óbice para la aplicación de la normativa contenida en los artículos 1665 y siguientes del Código, incluso los relativos a la extinción del contrato

(44) Lo afirman las siguientes SSTS: *RJ* 1982/1970, de 30 de abril; *RJ* 1990/8269, de 30 de octubre; *RJ* 1993/3723, de 22 de mayo; *RJ* 1994/5335, de 30 de junio; *RJ* 1997/3244, de 18 de abril.

(45) Véase la STS, *RJ* 2002/10754, de 23 de diciembre.

(46) En tal sentido, las SSTS siguientes: *RJ* 1940/886, de 15 de octubre; *RJ* 1950/1163, de 12 de junio; *RJ* 1957/1531, de 28 de enero; *RJ* 1978/4061, de 10 de noviembre; *RJ* 1993/4080, de 27 de mayo.

de sociedad, sin necesidad de acudir a los que ordenan la extinción de las comunidades de bienes.

En resumen, no es posible afirmar como doctrina del Tribunal Supremo la de que las sociedades civiles son verdaderos sujetos de Derecho, como regla general. Es más seguro afirmar que el Tribunal Supremo, creo que deliberadamente, no ha querido profundizar en la cuestión o no lo ha estimado oportuno, dada la ambigüedad legal y las vacilaciones doctrinales. Hubiera sido muy sencillo, de haber querido, decirnos qué hay que entender por «sociedad secreta» o qué por «publicidad».

C) Quizá ayude recordar brevemente el curso de los principales acontecimientos acerca de la sociedad civil en los últimos años.

Me atrevo a afirmar que la vida de la sociedad civil, como ente dotado de personalidad jurídica, más ha discurrido en estado de latencia que de patencia, si es que ha tenido vida, que tampoco es seguro. No es fácil comprobar empíricamente el aserto, pero de sociedades civiles, como sujetos de Derecho —otra cosa es como contrato— no hemos sabido mucho, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, ni —me atrevo a decir— en la vida real. Quienes han querido unir capital y trabajo en la consecución de un fin común lucrativo, han constituido una sociedad mercantil, que parece lo razonable. Y cuando sólo se buscaba el disfrute en común de la cosa, sin perjuicio de atender a los gastos de mantenimiento, defensa, incluso mejora, se constituía una comunidad de bienes, normalmente una copropiedad. La verdad es que los instrumentos jurídicos indicados parecían suficientes para atender las necesidades de unos y otros, máxime después de que el Código Civil añadiera un tercer instrumento más: el de la sociedad civil por su objeto, pero en forma mercantil, es decir, con escritura pública e inscripción registral, de cuya personalidad jurídica nadie dudó. Pero las apariencias engañan y parece ser que aún quedaban intereses insatisfechos y era menester dar entrada a otro medio jurídico distinto de los anteriores: la sociedad civil sin inscripción registral pero con capacidad de obrar *ad extra*. Y surge la pregunta, si querían meterse en negocios lucrativos sus miembros integrantes o socios, ¿por qué no constituían una sociedad mercantil, habiendo tanta oferta? Podía ser capitalista, pero podía ser personalista, y en ambos casos con más de una modalidad para acomodarse mejor a las necesidades y circunstancias de los interesados. Y si sólo querían, por ejemplo, disfrutar de la finca de caza que habían comprado o pensaban comprar, concurriendo todos a los gastos de conservación y mejora de aquélla, ¿por qué no utilizaban el viejo instrumento de la copropiedad romana? Pues no. Lo que querían era crear un nuevo sujeto de Derecho para que fuera titular de la finca... o de lo que fuera. ¿Acaso de lo que más bien debería integrar los respectivos patrimonios personales de cada socio? ¿Tal vez ello les permitía un mejor tratamiento fiscal? ¿Quizá la

opacidad fiscal? En principio no hay nada que objetar al deseo de eludir impuestos, que es cosa bien diferente de la voluntad de evadirlos. Sería necio dejar de aprovechar un medio existente en nuestro Ordenamiento —aunque hasta el momento hubiera vivido como los osos en invierno— con el que se podía lograr tan acariciada pretensión. Otra cosa es que existiera, que es justamente lo que estamos tratando de poner en claro. Pero reconózcase el verdadero interés subyacente en toda esta campaña que se ha levantado desde hace poco más de un lustro a favor de este nuevo sujeto de Derecho que se quiere introducir. Porque la lucha a favor empezó en 1997, como veremos. Es verdad que algunos mercantilistas hablaron de algo parecido desde hace más tiempo, pero sólo parecido. GIRÓN defendió la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles irregulares. Pero de la personalidad de las sociedades civiles poco se ha escrito hasta tiempos recientes.

La secuencia de los hechos puede resumirse así:

1. Con fecha 31 de marzo de 1997, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una Resolución por la que denegaba la inscripción en el Registro de la Propiedad de una finca a nombre de una sociedad civil constituida en documento privado, por carecer semejante sociedad de personalidad jurídica. Idéntica doctrina se mantuvo en la Resolución de 11 de diciembre de 1997.
2. Como la DGRN había rechazado la personalidad por no estar inscrita la sociedad civil y carecer, por ende, de la debida y conveniente publicidad, el legislador trató de subvenir a esta necesidad abriendo las puertas del Registro Mercantil a las sociedades civiles sin forma mercantil. Mediante la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, se ordenó incluir en el Reglamento del Registro Mercantil un artículo 269 bis que aceptaba la inscripción de tales sociedades civiles sin forma mercantil y daba reglas para llevarla a la práctica. El intento legislativo se frustró.
3. En sentencia de 24 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/2888), la Sala Tercera del Tribunal Supremo anuló la Disposición Adicional Única referida porque por vía reglamentaria se invadía el ámbito de una reserva de ley, cual es la que determina los sujetos que tienen acceso al Registro Mercantil: vid. artículo 16.1.5 del Código de Comercio. Sólo otra ley puede aumentar la relación de las personas inscribibles en el Registro Mercantil.
4. A mayor abundamiento, el mismo Tribunal, en sentencia de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001/1083), anuló la reforma del artículo 11 del Reglamento Hipotecario introducida por el artículo 1 del Real Decreto acabado de citar. El artículo 11 reformado, después de afirmar categóricamente en su párrafo primero: «*No serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin persona-*

lidad jurídica», en los cuatro párrafos siguientes declaraba inscribibles bienes inmuebles y derechos reales de «uniones temporales de empresas»; «comisiones de acreedores» en procesos concursales; «fondos de pensiones» y otros fondos; y, finalmente, «comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal». El Tribunal rechaza semejantes inscripciones porque, amén de contradecir el párrafo primero del mismo artículo, vulnera todo el sistema hipotecario diseñado en los artículos 1, 2 y 9.4, entre otros, de la Ley Hipotecaria, que exigen la inscripción a favor exclusivamente de personas naturales o jurídicas.

5. Fracasados los intentos aperturistas de los Reglamentos del Registro Mercantil e Hipotecario por no respetar el principio general de jerarquía normativa, se ve que la fuerte presión que se venía haciendo contra la sana doctrina contenida en las Resoluciones de 1997, doblegó el ánimo de la DGRN, quien en Resolución de 14 de febrero de 2001 cambió al cien por cien de criterio, para sostener ahora que las sociedades civiles sin forma mercantil, no inscritas, tienen personalidad jurídica y, por tanto, pueden ser titulares registrales de bienes inmuebles. Comportamiento llamativo de mutación de doctrina, cuando aún no habían transcurrido cuatro años desde que se sentó la que se mudaba, que no creo cuente con demasiados precedentes.

D) Es hora de ir concluyendo estas reflexiones sobre la personalidad jurídica de las sociedades civiles, conclusión que, al paso, me permitirá resumir los principales puntos de la tesis que he defendido para las personas jurídicas en general, en las páginas precedentes. Con el respeto que me merecen las opiniones discrepantes mantenidas por reputados juristas, se me hace muy difícil aceptar que en Derecho español pueda sentarse convincentemente el criterio favorable al reconocimiento general de capacidad jurídica en las sociedades civiles. Pienso que en trance de sostener una postura, sería más segura la contraria, la que piensa que sólo una clase de sociedades civiles, las que han optado por revestirse de forma mercantil, tienen capacidad jurídica. A lo sumo, podrá afirmarse que la cuestión es dudosa en Derecho español, sin perjuicio, como es natural, de que el Legislador puede intervenir e inclinarse por una u otra postura. Pues bien, situados en este terreno, en el de *lege ferenda*, mi opinión es la de que sólo ha de reconocerse la personalidad jurídica de las sociedades civiles que cumplen el requisito de publicidad —aparte de los demás ya examinados—, que debe entenderse como inscripción en un Registro Público. De las consideraciones expuestas en los epígrafes precedentes no puede obtenerse otra conclusión.

Precisamente, el estudio de las dos Resoluciones opuestas, la de 1997 y la de 2001, me confirman en el parecer manifestado. A mi juicio, la

de 1997 tenía un fundamento doctrinal muy superior al de la segunda, mucho más pobre en su argumentación. No pretendo un examen exhaustivo, pero sí podemos pasar revista rápida a los argumentos utilizados, remitiendo a los epígrafes anteriores en los que he tenido ocasión de tratar de todos ellos:

1. El asunto principal en esta polémica —si no me equivoco— es el del papel del Estado acerca de la personalidad jurídica de los entes morales. Ya expresé mi opinión de que estamos ante una cualidad que el Ordenamiento concede al grupo cuando éste cumple con los requisitos convenientes, y no en una especie de derecho basado en la mera voluntad de los integrantes de la agrupación, que el Estado no puede sino satisfacer. Nada tiene aquí que hacer, según dije, el artículo 22 de la Constitución. Por tanto tiene toda la razón la primera Resolución al exigir «una disposición legal formulada en términos positivos» para que una sociedad civil —o cualquier otro grupo, añadido yo— goce de personalidad jurídica. Y no puede inferirse —como intenta la segunda Resolución— ese reconocimiento legal de algunos artículos de las Leyes de Sociedad Anónima y Sociedades de Responsabilidad Limitada que, aparte de aludir a sociedades mercantiles y no civiles, es que tienen otra explicación mucho más convincente, en mi criterio, según ha quedado expuesto.
2. El siguiente elemento sustancial de la polémica es el de la publicidad. Frente al contundente argumento de que el único modo serio de que se conozca por todos los interesados la existencia y reglamentación de una sociedad es el de su inscripción —y la de todos los pactos sociales— en Registro Público, como defiende la Resolución de 1997, la contraria, sin atreverse a sostener la evanescente tesis de la publicidad de hecho, pretende distinguir entre sociedad y pactos sociales, para mantener que lo importante es «la exteriorización de la sociedad», no la de «los pactos sociales», distinción sofística, cuya falsedad se demuestra cuando la propia Resolución entiende que es posible que la sociedad «se exteriorice frente a unos y no frente a otros», de modo que sólo «será oponible a los primeros». Esto no es serio: o existe o no existe. ¿Para unos sí y para otros no? O es un sujeto o no lo es. La referencia a terceros es del todo impertinente en trance de decidir si un grupo tiene o no personalidad jurídica. La defensa de los terceros va por el camino de la apariencia jurídica, como ya he explicado. Sin embargo, quede claro que la aplicación de esta doctrina debe estimarse un instrumento excepcional o extraordinario: el ideal es amparar a los terceros por vía ordinaria, no extraordinaria. Vía ordinaria es la inscripción el Registro; por ello, desde la perspectiva de la política legislativa, lo conveniente es facilitar esta

vía, sin perjuicio de que siempre podrá acudirse a la excepcional de la apariencia jurídica, cuando sea necesario.

3. El argumento histórico nunca es decisivo porque, como bien advirtió el Profesor DE CASTRO, las leyes se independizan y adquieren vida propia, una vez que han sido promulgadas, que han salido de las manos de sus creadores. Sin embargo, a mi juicio, los antecedentes históricos, que ya conocemos, más propenden a confirmar la postura de la primera Resolución que la de la Segunda. Aunque, en verdad, yo pienso que el Legislador decimonónico buscó deliberadamente dejar en la penumbra el asunto de la personalidad jurídica de las sociedades civiles.
4. La seguridad jurídica es otro de los fundamentos esgrimidos por la Resolución de 1997. No era fácil contradecirlo. Lo intenta la de 2001 pero fracasa. Cuantas opiniones tratan de sostener la posibilidad de personas morales más o menos clandestinas chocan sin remedio con tan contundente argumento. Sin registración para general conocimiento, no hay modo de que los terceros sepan a ciencia cierta con quien contratan, cuáles son las facultades de la personas físicas que acaso se les presenten como representantes de una persona jurídica, cuál sea el objeto social de ella. Y los esfuerzos por llenar el requisito de la publicidad-seguridad jurídica mediante la artificiosa distinción ya aludida entre sujeto sociedad y pactos sociales, o el recurso a la «publicidad de hecho», a juicio del intérprete de turno, no pueden convencer. La propia Resolución que critico no puede por menos de reconocer que *«la seguridad jurídica ganaría con la inscripción de las sociedades civiles...»*. Aunque seguidamente añade: *«Pero el establecimiento de la publicidad registral —tan provechosa para terceros y, por ende, para la misma sociedad que haya de relacionarse con ellos— respecto de las sociedades civiles que no revistan forma mercantil, así como la subordinación del reconocimiento de personalidad jurídica de aquéllas a dicha publicidad requieren ineluctablemente una norma de rango legal que así lo imponga»*. O sea, exactamente lo contrario de lo que yo pienso. Naturalmente, yo puedo estar equivocado, pero la DGRN en 1997 pensaba igual que yo. Como la publicidad es requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la persona moral, porque equivale al sustrato físico de la persona natural, y como desde hace siglos viene aceptado sin oposición que el único medio serio y seguro de conseguir que un hecho o un ente sea de general conocimiento, sea público, es el de su inscripción en un registro accesible a todos los interesados, es visto que sin inscripción registral no hay personalidad jurídica. Es así que sólo las sociedades civiles con forma mercantil aparecen inscritas en un registro, luego

sólo éstas tienen capacidad jurídica, sin perjuicio de que el Legislador puede, en cualquier momento, crear un registro *ad hoc* para las restantes sociedades civiles.

VI. EPÍLOGO PARA EL CUARTO CENTENARIO DE «EL QUIJOTE»

¿Tiene hoy sentido defender la técnica jurídica o resulta tan extemporáneo como el intento de revitalizar la orden de la caballería andante? Porque ésta es la pregunta que me asalta al releer las páginas que anteceden. Porque el espíritu que anima todo el trabajo no es otro que la defensa de la técnica jurídica: si tanto da tener o no tener personalidad jurídica porque cualquier ente sin personalidad puede hacer lo mismo que el que la tiene, ¿para qué reflexionar sobre requisitos, adquisición, extinción, etc., de aquella cualidad? No faltará quien asegure que no es posible frenar el avance de la sociedad, que no puede subordinarse a la dogmática jurídica la facilitación del tráfico jurídico, que no podemos esclavizarnos por conceptos, etc. Sin embargo, es una cuestión de medida: una cosa es el modo de aplicación de «su» ley que soñaba Napoleón y otra el uso alternativo del Derecho de cuño marxista; una cosa es el arbitrio judicial y otra la justicia del *cadí*; como una cosa es el conceptualismo pandectista y otra el abandono de los conceptos más elementales de la ciencia jurídica, esto es el abandono de la ciencia, porque si todo vale, si se renuncia a toda construcción dogmática no hay ciencia. ¿Exagero?

Tras el llamado Derecho de Consumo, el juego de las Condiciones Generales de la Contratación o los Principios del Derecho Europeo de Contratos, si llegaren a imponerse, ¿cuál será el concepto de contrato resultante? Si vence en los Tribunales la tendencia de quienes principalmente buscan un patrimonio solvente para cargarle la responsabilidad del infortunio, ¿en que parará la doctrina de la responsabilidad extracontractual? Si so pretexto de interpretación de un derecho fundamental, se permiten imposiciones sobre interpretación de la legalidad ordinaria, ¿dónde queda el principio de libertad de los Tribunales en la interpretación de las leyes ordinarias? Si tampoco se cree ya en la distinción entre derechos reales y personales, tampoco extraña que se configure como derecho real la llamada multipropiedad. Y así podríamos seguir indefinidamente. En ese ambiente, carece de sentido la doctrina de la personalidad jurídica expuesta: se comprende que la Dirección General de los Registros y del Notariado haya tenido que cambiar de criterio en punto a las sociedades civiles, y que la mayor parte de la doctrina aplauda la Resolución heterodoxa de 2001 frente a la ortodoxa de 1997, fundada, a mi juicio, en una argumentación incomparable con la en que pretende apoyarse la segunda. No son tiempos para Don Quijote.

RESUMEN

CAPACIDAD JURÍDICA

El estudio parte de la idea de que la capacidad jurídica es siempre una cualidad que reconoce el Ordenamiento jurídico, ya en las personas físicas, ya en los entes morales. Sin embargo, el grado de arbitrio de aquél es muy diferente en uno y otro caso. El Estado no puede por menos de atribuir esa cualidad a la persona, así que exista y dé el razonable indicio de subsistencia. En cambio para reconocer esa capacidad a los grupos sociales, el Estado cuenta con mucha mayor libertad: entre otras cosas no puede renunciar a un control de legalidad sobre los fines y medios del grupo que aspira a convertirse en sujeto de Derecho.

El desarrollo del estudio exige, en consecuencia:

1. *La justificación de que la capacidad jurídica es una cualidad única.*

2. *La explicación de esa cualidad en las personas físicas o naturales, lo que obliga a distinguir entre personalidad y capacidad jurídica, distinción meramente nominal pero no sustantiva en los autores.*

3. *La reflexión de que sea capacidad jurídica en los entes morales, asunto últimamente enturbiado por sedicentes intentos de excluir la intervención del Estado en el reconocimiento de personalidad en las personas morales, so pretexto de que ello viene exigido por el derecho fundamental de asociación.*

Finalmente, se aplican las meditaciones expuestas al controvertido caso de las sociedades civiles, campo éste en que, como es sabido, se produjo una variación muy notoria y llamativa en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al menos discutible.

ABSTRACT

LEGAL CAPACITY

The study commences with the idea that legal capacity is always a quality that the law acknowledges, be it to individuals or to corporate bodies. However, the degree of discretion that the law has varies widely between the two cases. The state cannot but attribute the quality of legal capacity to a person, as long as he exists and shows a reasonable sign of subsistence. On the other hand, in recognising corporate bodies as having legal capacity, the state has much more freedom; among other things, it cannot choose not to examine the ends and means of any body that aspires to become a legal person, to ensure that they are legal.

The development of the study requires, accordingly:

1. *Justification showing that legal capacity is a single quality.*

2. *Explanation of that quality in individual or natural persons, which necessitates a distinction between legal personality and legal capacity, a distinction that is merely nominal but not substantive in the authors.*

3. *Reflection on what legal capacity is in corporate bodies, a point that is ultimately obscured by would-be attempts to bar intervention by the state in the acknowledging of personality in corporate persons, on the pretext that the fundamental right of self-organisation so requires.*

Lastly, the meditations put forth are applied to the controversial case of civil societies, a field in which, as is well known, there has been a notorious and striking change in the doctrine of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs, which is disputable at the least.

(Trabajo recibido el 8-4-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1997.
- ALONSO LEDESMA, Carmen: Vid. obra colectiva *Derecho de Sociedades Anónimas*, II, vol. 2.º, pág. 963, Civitas, Madrid, 1994.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «El origen de la doctrina *ultra vires* en el «Common Law», *AAMN*, tomo XXX, vol. I, pág. 643.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Comentarios a los artículos 35 a 39», en los *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.
- «Comentarios a los artículos 35 a 39 y 1.665 a 1.770», en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel ALBALADEJO. Edersa, Madrid, 1986.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil*, Rivadeneyra, Madrid, 1976.
- *La persona jurídica*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1984.
- DE COSSÍO CORRAL, Alfonso: «Hacia un nuevo concepto de persona jurídica», *ADC*, 1954/II, pág. 623.
- *Instituciones de Derecho Civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1975.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: *Alcance de la personalidad de la sociedad civil externa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, I, Tecnos, 11.ª ed., Madrid, 2003.
- DORAL GARCÍA, José Antonio: «La personalidad jurídica (De la libertad formal a la libertad civil)», *Revista de Derecho Privado*, 1977, pág. 104.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, José María: «La subjetivación de las sociedades de personas», en *Derecho de Sociedades*, vol. I, pág. 121 (homenaje a SÁNCHEZ-CALERO), McGraw Hill, Madrid, 2002.
- FERRARA, FRANCISCO: *Teoría de las personas jurídicas*. Traducción española de la segunda edición italiana. Edit. Reus, Madrid, 1929.
- GALGANO, FRANCESCO: *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, tomo XXVIII. Giuffrè Editore, Milán, 1982.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: *Personalidad jurídica y responsabilidad de las Asociaciones*. Trabajo aún inédito presentado en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrado en Alicante en mayo de 2004.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. NICOLÁS: «Sociedad y contrato en una prevista futura regulación de las sociedades mercantiles en el Derecho español», *Revista La Ley*, 2 de mayo de 2003.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «¿El nacimiento determina la personalidad? (Reflexiones sobre el concepto jurídico de persona, con un epílogo sobre la situación jurídica del concebido)», *Actualidad Civil*, 2001, núm. 31, pág. 1087.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: *Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones sobre el Derecho español, después de la Ley 50/ 2002, de 26 de diciembre*. Trabajo aún inédito presentado en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrado en Alicante, en mayo de 2004.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «La personalidad jurídica de las sociedades civiles (contra la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», *Revista La Ley*, 1997-4, D-232.
— «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código Civil)», *ADC*, 1993/I, pág. 5.
- PAZ-ARES, Cándido: «Comentarios a los artículos 1.665 a 1.709», en los *Comentarios al Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco: *Principios de Derecho Mercantil*, McGraw Hill, Madrid, 2000.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «El contrato de sociedad civil y las sociedades irregulares en los Derechos español, francés e italiano», *ADC*, 1999/IV, pág. 1435.
- VALENZUELA GARACH, Fernando: «Un panorama general del problema de la personalidad jurídica de los entes sociales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1986, núm. 11, pág. 351.
- VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María: *La sociedad irregular*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- VICENT CHULIÁ, Francisco: «Sobre la personalidad jurídica y el régimen de constitución de las sociedades civiles (comentario a la RDGRN de 31 de marzo de 1997)», *Revista General de Derecho*, enero-febrero de 1998, pág. 654.
- ZATTI, Paolo: *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padua, 1975.

Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario

por

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ
*Asesor Jurídico del Colegio Profesional
de Administradores de Fincas de Madrid*

A don José Pérez de Vargas Muñoz

SUMARIO

- I. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE HABITACIÓN Y LA PLENA JUSTIFICACIÓN ACTUAL DE ESTE DERECHO REAL LIMITADO.
- II. LOS MODOS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN.
- III. CONTENIDO Y TÍTULO: EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE SU OBJETO, FACULTADES Y OBLIGACIONES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A ALGUNOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO.
- IV. EL DERECHO DE HABITACIÓN EN INMUEBLES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.
- V. EL DEBATE SOBRE LA TRANSMISIBILIDAD O INTRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE HABITACIÓN.
- VI. EXTINCIÓN.
- VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE HABITACIÓN Y LA PLENA JUSTIFICACIÓN ACTUAL DE ESTE DERECHO REAL LIMITADO

Debe recordarse que este derecho real limitado consiste en una facultad o solución que permite a un tercero beneficiario —habitacionista— ocupar en un inmueble ajeno las piezas o habitaciones necesarias para el mismo y, en su caso, para las personas que componen su familia. En cierta forma nos encontramos —como hace tiempo señalara LAFAILLE— ante un derecho real de igual naturaleza que el usufructo y el uso, de menor extensión, pero aplicado a una casa (1).

Pues bien, a la vista de esta finalidad, resulta sorprendente la actualidad que últimamente viene cobrando este derecho, especialmente al hilo de las recientes propuestas y reformas legislativas que se han venido sucediendo en torno al mismo. Vayamos por partes.

En primer lugar, el «grupo de trabajo» que en el Ministerio de la Vivienda estudia las medidas para *equilibrar venta y alquiler y movilizar viviendas vacías*, en el marco del ambicioso *Plan de Choque para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda* —grupo del que forma parte el que suscribe estas líneas—, ha recomendado entre sus conclusiones estudiar la potencialidad del derecho de habitación como forma de acceso a la vivienda, incluso como forma de acceso diferido a la propiedad, para, en el ámbito del propio plan, proporcionar soluciones habitacionales.

Esta primera conclusión arranca de una opinión que no es nueva en nuestro Derecho. En efecto, hace ya algún tiempo que la doctrina (2) ha venido valorando el importante papel que puede desempeñar la habitación en la evolución de otros derechos de contenido inmobiliario, como precisamente el derecho de arrendamiento, tanto por su protección más enérgica como por su estabilidad, al no depender de contraprestaciones por estar concebido legalmente como un derecho real, como también, a su vez, por la nota de temporalidad como característica institucional de este derecho y la propia flexibilidad del título definitorio de su contenido.

En la generalidad de las ocasiones, a través de la atribución del uso del inmueble o de una porción del mismo, se trata de asegurar un aspecto esencial para la subsistencia de su titular —la necesidad de techo y cobijo—, pues como ha mantenido la doctrina más clásica, más que proporcionar una satisfacción económica se estaría atendiendo a otra de naturaleza puramente alimenticia (3).

(1) LAFAILLE, H., *Curso de Derechos Reales*, t. III, Talleres Gráficos GHIO, Buenos Aires, 1926, pág. 147.

(2) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario a los artículos 467 a 529 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coordinado por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. VII, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1992, pág. 446.

(3) LARROUMET, C, *Droit Civil*, t. II, 2^{me} ed., Economica Edit., Paris, 1988, pág. 474.

De todos modos, aunque la atención a esta finalidad alimenticia básica subyace en la esencia de todo derecho de habitación, esta reflexión al día de hoy resulta ciertamente parcial o sesgada, en la medida en que este derecho cumple una función mucho más amplia.

También en fechas bien recientes se ha producido una aproximación al derecho de habitación —por iniciativa, fundamentalmente, del Consejo General del Notariado—, mediante la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en lo sucesivo, Ley 41/2003). Esta norma ha dado lugar a una extensa y compleja reforma del Código Civil, que en uno de sus aspectos, la nueva redacción del artículo 822 del Código Civil en beneficio de los discapacitados, ha puesto de relieve la utilidad de la figura del derecho de habitación cuando se utiliza como herramienta legal para dar satisfacción a la necesidad básica de vivienda de determinados sectores sociales desfavorecidos o necesitados de ayuda.

La rehabilitación del derecho de habitación venía siendo reclamada por la doctrina más autorizada desde hace tiempo, como también la necesidad de la adaptación de su régimen jurídico a las nuevas necesidades que se van generando en la evolución de nuestra sociedad, esto es, la conveniencia de un texto legal concebido en términos más claros y mejor organizado que facilite una mayor implantación de la figura en el tráfico jurídico (4).

El dominio, como concepto técnico-jurídico que se perfila en la codificación continental a lo largo del siglo XIX, está presidido desde entonces por el principio de «elasticidad». Tanto el Código napoleónico como el español configuran un derecho de propiedad extensible sobre el que se proyectan o dibujan derechos muy complejos y, entre otras, de facultades de goce que se desmembran del mismo con una mayor o menor amplitud.

El derecho de habitación —*habitatio*— responde a este fenómeno y, como el usufructo o el uso, cumple desde hace tiempo una importante *función social*, aunque más bien puede decirse que es el propio derecho de propiedad el que cumple una función social a través de este derecho real *démembre*, de forma acorde con el concepto funcional que elaborara LEON DUGUIT y que, progresivamente, ha ido incorporándose a los modernos textos constitucionales.

Esa función social se hace más palpable desde el momento en que se conecta con el mandato constitucional establecido en el artículo 47 CE, en cuanto a la obligada promoción que deben realizar los Poderes Públicos,

(4) FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Comentarios a los artículos 523 a 529 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinado por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, JOSÉ MARÍA, Bosch Edit., Barcelona, 2001, pág. 871.

como principio rector de su política social, de viviendas dignas y adecuadas para todos los ciudadanos.

Por todo ello, esta figura no sólo constituye una alternativa útil al arrendamiento o inquilinato, sino que resulta evidente su enorme trascendencia práctica cuando se trata de garantizar el disfrute de una vivienda a personas que la sociedad ha considerado desfavorecidas y merecedoras de un tratamiento protector, como las personas discapacitadas o de edad avanzada —debe recordarse que desde la redacción originaria de nuestro Código Civil los hijos solteros, o el cónyuge viudo son merecedores de un legado consistente en un derecho de habitación mientras permanezcan viudos o solteros (art. 793 CC).

El derecho de habitación cumple con la finalidad de dotar de vivienda a la persona que se encuentra en una situación especial, pero ésta no es ni la única ni tal vez la más importante de sus funciones. El derecho de habitación así concebido se encuentra dotado de una arquitectura anfibológica, pues la convivencia entre nudo propietario y habitacionista que se deriva del ejercicio de este derecho (5), constituye también una poderosa y eficaz herramienta de protección a la persona del habitacionista, en la medida en que garantiza una atención personal, directa y constante al beneficiario en aquellas situaciones en que éste realmente lo necesita (6), y evita, en la peor de las situaciones imaginables, la medida más drástica del internamiento del beneficiario en un centro asistencial (7). Se trata por tanto de una medida o técnica que

(5) La habitación tiene en la actualidad importantes ventajas, en la medida en que permite un uso conjunto o compartido del inmueble entre habitacionista y nudo propietario, siempre que el derecho de habitación se conceda de forma parcial —que, en mi opinión, es el auténtico derecho de habitación—, pues, poniéndonos en la generalidad de las situaciones posibles, el propietario, anciano o no, que enajena su vivienda reservándose en su propio interés un derecho de habitación sobre la misma, pasa a convivir con el nuevo titular en calidad de habitacionista, de igual forma que si mediante actos o negocios *inter vivos* o *mortis causa* atribuye este mismo derecho de habitación en interés de aquella persona a la que desea beneficiar. El habitacionista tendrá que convivir con el benefactor, en el primer caso, o con los herederos del causante, si por el contrario la atribución se hizo mediante disposición de última voluntad.

(6) Como veremos más adelante, el artículo 45 de la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de la Comunidad de Cataluña, reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación, se refiere al supuesto de convivencia entre propietario y habitacionista. Recuerda VILLAGRASA ALCAIDE que esta posibilidad coincide con la variedad consuetudinaria del *Stage* que se regula en el artículo 54 de la compilación de Derecho Civil de Baleares («El derecho real de habitación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, del Reglamento de Cataluña sobre regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación», *La Notaría* (7-8) de julio-agosto, 2002, pág. 32).

(7) La doctrina ha estudiado con cuidadoso detalle las posibles técnicas de protección patrimonial directa o indirecta que, entre vivos o mediante disposición de última voluntad, son viables en nuestro Derecho a favor de discapacitados como de personas dependientes. En este sentido, vid. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «Disposiciones de protección *mortis causa* del discapaz», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por MARTÍNEZ DIE, Seminario UIMP, Consejo

coadyuva a la propia intervención de las Administraciones Públicas en sus políticas sociales de atención a las situaciones de dependencia.

Pero es que incluso puede concurrir el habitacionista con terceros con igual derecho de habitación, como el cónyuge viudo (art. 1.407 CC) u otros familiares legitimarios (art. 822 CC), situación de la que se derivarían iguales efectos, por lo que en estos casos podríamos hablar de un auténtico *derecho real de cohabitación* con perfiles singulares.

En esta línea protectora de naturaleza social abunda el reciente artículo 822 del Código Civil, tras su nueva redacción por la Ley 41/2003, que autoriza la constitución de un derecho de habitación sobre la vivienda —el hogar familiar— en la que reside habitualmente el discapacitado con sus padres o familiares, a través de un legado o donación, o mediante una atribución *ex lege*, garantizando la continuidad en la utilización de la vivienda habitual al discapaz para el supuesto de fallecimiento del familiar constituyente, sin imputarlo en las legítimas.

Tampoco el Derecho Público ha sido ajeno a este extremo protector, y el hecho de que las Administraciones Públicas no se hayan prodigado en su utilización o recomendación no es óbice para que pueda estudiarse su aplicación, en profundidad, en políticas sociales de vivienda.

En este sentido, puede citarse el ejemplo del Real Decreto 484/1984, de 29 de febrero, regulador de la cesión de viviendas arrendadas propiedad de empresas de carácter industrial, agrícola y comercial, incluidas las bancarias y Cajas de Ahorro que al amparo del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968, se hubieran construido para su personal o empleados en atención a su vinculación laboral, y del que se infiere un derecho de arrendamiento con opción de compra o bien de habitación a elección del inquilino.

Esta norma se está refiriendo a aquellos antiguos empleados, hoy inquilinos jubilados o viudos de inquilinos con rentas familiares bajas, que no hubieran aceptado el ofrecimiento de las empresas propietarias de las viviendas cedidas en alquiler para adquirir la propia vivienda que ocupan, en cuyo caso, este ofrecimiento se sustituye, a elección del beneficiario, «*por la constitución de un derecho de habitación a los jubilados y sus cónyuges, conjuntamente, y a los viudos de quienes fueron inquilinos. Este derecho, que se regulará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 523 y concordantes del Código Civil, tendrá carácter vitalicio y gratuito y podrá extenderse a los hijos disminuidos profundos y a los hijos menores, hasta su mayoría de edad*» (art. 6).

General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2000, págs. 236 y sigs.; y, asimismo, LENA FERNÁNDEZ, R., *El Notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, págs. 45 y sigs.

En definitiva, el derecho de habitación se convierte en la actualidad en el objeto de técnicas o medidas de importante calado social, no estrictamente alimentistas, lo que aconseja un examen detenido de su contenido y, en su caso, si ello fuera realmente necesario, una revisión de sus postulados, su extensión y sus efectos, pero no un tratamiento meramente accidental al hilo de cualquier reforma parcial en otros ámbitos.

II. LOS DISTINTOS MODOS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN

A diferencia de lo que ocurre con el derecho de usufructo, el Código Civil no contiene una clasificación de las formas de creación del derecho de habitación.

Otras legislaciones más modernas, sin embargo, sí prevén entre sus disposiciones las formas de constitución de este derecho. Así ocurre, por ejemplo, en la Ley 423.1 de Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo) (8), o en el artículo 2.949 del Código Civil argentino, a la vista de los cuales puede constituirse este derecho por los mismos modos que el usufructo. También se refiere a éstos la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación de Cataluña, cuando, de forma algo más completa, señala que el derecho de habitación se puede constituir a título oneroso y a título gratuito, tanto por un acto entre vivos como por causa de muerte (art. 2).

Así pues, a falta de una especial previsión, debe entenderse de aplicación subsidiaria lo señalado para el derecho de usufructo en el artículo 468 del Código Civil, en virtud de la cláusula de remisión general que efectúa el artículo 528 del Código Civil. El derecho de habitación se crea, en consecuencia, por la voluntad de los particulares (manifestada por actos *inter vivos* o *mortis causa*) y por prescripción, y si bien debe reconocerse que existen supuestos especiales o excepcionales en que se produce una atribución singular de este derecho *ipso iure* —tales son los casos previstos en los arts. 822 CC, párrafo segundo, y 1.407 CC—, debemos partir de la antigua máxima —en palabras de PLANIOL y RIPERT— de que la habitación, derecho real y vitalicio, nunca es conferido por la ley (9).

Entre los negocios jurídicos más frecuentes, la venta con reserva de habitación, la donación y el testamento han resultado ser los más corrientes, dado que, como ha señalado la doctrina, el origen y la aplicación de estos

(8) Debemos recordar que existen territorios históricos en los que son de aplicación preferentemente sus propias normas de Derecho Civil Foral.

(9) PLANIOL (M.) y RIPERT (J.), *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, traducción de DÍAZ CRUZ, t. III, Cultural, S. A., La Habana, 1932, pág. 734.

derechos han servido tradicionalmente para la defensa del interés de la familia y los alimentos —según se ha expuesto—, lo que explica todavía su carácter y la función de atribuir ventajas al habitacionista, sin perjuicio de que sea conveniente prever esta finalidad en el título constitutivo (10).

Consecuentemente, corresponde al título constitutivo definir las facultades y obligaciones del titular del derecho de habitación, esto es, del habitacionista, entendiendo que, en su defecto, deben aplicarse subsidiariamente las disposiciones establecidas en el Código Civil para el derecho de habitación (art. 523 CC), incluso supletoriamente las que regulan el usufructo (art. 528 CC). El título es el encargado de fijar su extensión, es decir, la determinación, en definitiva, de las facultades, obligaciones y los límites de éste, debiendo presumirse que ante el silencio del título, si el beneficiario se limita a constituirlo sin ningún desarrollo, será directamente de aplicación lo previsto legalmente en los artículos 524 y siguientes del Código Civil.

III. CONTENIDO Y TÍTULO: EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE SU OBJETO, FACULTADES Y OBLIGACIONES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A ALGUNOS MODELOS DEL DERECHO COMPARADO

El derecho de habitación —conforme al art. 524 del Código Civil— faculta al habitacionista para ocupar en una casa, vivienda o inmueble ajeno, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, como regla general de forma vitalicia, es decir, hasta el fallecimiento del beneficiario, salvo que en el título se disponga otra cosa.

En aquellos casos en que el título constitutivo no haya determinado sobre que dependencias de la vivienda se hace recaer el derecho de habitación éste no debe presumirse ilimitado —aunque, sin embargo, la Ley 424 de la compilación de Navarra presume exactamente lo contrario—, debiendo concretarse, como ha señalado la jurisprudencia, «sobre las concretas piezas de una vivienda, no sobre la totalidad, amparando una eventual acción para que se identifiquen y determinen las piezas que en virtud del derecho de habitación tiene derecho a ocupar [...] quedando las restantes para uso de la propiedad, naturalmente con utilización conjunta de las piezas que por naturaleza requieran la utilización común» (SAP Madrid de 24 de julio de 2000).

(10) DORAL GARCÍA DE PAZOS, *ob. cit.*, págs. 593-594. A título de ejemplo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 33 de la Ley catalana, el derecho de habitación «también puede constituirse por reserva, en cualquier negocio jurídico de alienación que otorgue el propietario de una cosa, o por reducción del derecho de usufructo».

Conforme a las reglas generales, existe obligación de realizar inventario y prestar caución o fianza previa a la posesión (art. 491.1.º CC) (11), si bien cabe pensar si del carácter esencialmente personal y gratuito que se desprende normalmente de este derecho se podría derivar una exención de esta obligación. En nuestra opinión, nada empece a su dispensa cuando así lo ha previsto el disponente en el título de constitución. En efecto, el artículo 493 del Código Civil señala que esta exigencia puede ser dispensada «cuando de ello no resulte perjuicio a nadie». En el Derecho comparado, el artículo 626 del *Code Civil* francés exige para la habitación no sólo la fianza sino la formación de estados e inventarios. El artículo 2.967 del Código Civil argentino dispensa únicamente de la fianza y el inventario cuando el habitacionista «reside sólo en una parte de la casa que se le hubiese señalado para habitación» o cuando, a la vista de las circunstancias, lo ordene la autoridad judicial (art. 627 del Código Civil venezolano). Sin embargo, el Código Civil chileno exime de la caución o garantía pero no así del inventario (art. 814). Por lo demás, debe igualmente recordarse que la Ley 423 de la Compilación del Derecho Civil de Navarra sólo exige garantía cuando así lo hubiera ordenado el constituyente o comprendiera bienes muebles; en este último caso —indica esta norma— se exigirá inventario, salvo dispensa del constituyente.

La aplicación de esta última regla foral —*de lege ferenda*— me parece muy aconsejable cuando el derecho de habitación es parcial y se entrega con mobiliario y ajuar (lo que resulta muy habitual y razonable, especialmente cuando el derecho se constituye entre familiares y el beneficiario es una persona discapaz o anciana), pues es probable que este hecho pueda dar lugar a alguna controversia, especialmente cuando el derecho de habitación es consecuencia de una atribución patrimonial *mortis causa* y exista discrepancia entre familiares legitimarios, máxime cuando, como es frecuente, el único objeto de la herencia es la vivienda familiar.

No cabe duda de que el titular del derecho debe habitar por sí mismo la vivienda o parte de la misma cedida en habitación (12). Ahora bien, el derecho de habitación permitirá al habitacionista ocupar las piezas o partes del inmueble necesarios tanto para él como para su *familia*, concepto que ha tenido que ser modulado por la doctrina, admitiéndose una idea amplia de la misma, lo que permite el acrecimiento o aumento —o en su caso disminución— con posterioridad a la constitución del derecho. En efecto, las ne-

(11) DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., «Comentario a los artículos 467 a 529 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, vol. 3.º, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 622; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *ob. cit.*, pág. 655; y RAMS ALBESA, J., «Comentario a los artículos 523 y 529 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 1389.

(12) CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 2^{ème} (MAZEAUD, H., *et al.*), Montchrestien Edit., Paris, 1989, pág. 383.

cesidades de la familia son las que van a ir determinando la extensión del derecho acomodándose a las concretas circunstancias del titular, por lo que estará formada por la pareja y los hijos, además de otros familiares, como los ascendientes o abuelos, incluido el servicio. Debe pensarse en las potenciales necesidades especiales, y concretamente de personal, que puede llevar aparejada, por ejemplo, una situación de discapacidad o de dependencia. Ahora bien, este concepto tiene un lógico límite, y la extralimitación en la extensión de la habitación a personas distintas a las autorizadas puede dar lugar a una resolución del derecho por «abuso grave» (art. 529 CC).

Para determinar los perfiles del concepto de familia, puede traerse a colación lo señalado por el *Codice Civile* italiano, cuando indica que «en la familia quedan comprendidos los hijos nacidos después del comienzo del derecho de uso o de habitación, incluso aunque en el momento de nacimiento del derecho la persona no hubiese contraído matrimonio. Quedan comprendidos también los hijos adoptivos y los hijos naturales reconocidos, aunque la adopción o el reconocimiento ocurrieran después de que naciera el derecho. Quedan comprendidos, por último, las personas que conviven con el titular del derecho para prestar sus servicios a él o a su familia» (art. 1.023). Asimismo, el Código Civil argentino señala que «la familia comprende la mujer y los hijos legítimos o naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador y las personas a quienes éstos deban alimentos» (art. 2.953).

Por último, el ámbito debe extenderse a aquella persona con la que el habitacionista mantenga una relación de afectividad análoga a la matrimonial, que quedaría así encuadrada en el mismo concepto de familia, ya sea de hecho o de derecho.

Si examinamos qué clase de actividades puede desarrollar el habitacionista o su familia, habrá que tener en cuenta que corresponde al título la fijación del destino permitido sobre la vivienda. Esto es, primará el régimen establecido en el propio título por el concedente, aplicándose en su defecto lo señalado en los artículos 523 y siguientes del Código Civil.

Otros ordenamientos jurídicos permiten, con ciertos límites y razonables cautelas, el ejercicio de actividades profesionales o comerciales en el inmueble [«el que tiene el derecho de habitación no puede servirse de la casa sino para habitar él y su familia, o para el establecimiento de su industria o comercio, si no fuere impropio de su destino; pero no puede ceder el uso de ella ni alquilarla» (art. 2.963 del Código Civil argentino)], si bien, nuestro Código carece de una disposición al efecto en contra de la claridad y lógica de la norma; y aunque se ha sostenido que el derecho de habitación conforme a su tradición histórica sólo permite dedicar la casa objeto del derecho al aloja-

miento (como vivienda habitual), siendo necesario que cualquier otro uso o destino deba ser autorizado en el título constitutivo, expresamente, o al menos deducirse con claridad que el benefactor ha querido autorizarlo (13), al día de hoy este criterio debe ser atemperado en cuanto es factible que el habitacionista, como cualquier otra persona que habite una vivienda por cualquier otro título como el arrendamiento, pueda desarrollar en el inmueble actividades profesionales que sean compatibles con el propio uso de vivienda siempre y cuando, generalmente, partamos de la hipótesis de un derecho de habitación que se ha configurado sobre la totalidad de la vivienda, supuesto en el que los límites entre uso —cuando recae sobre un inmueble—, y habitación son especialmente difusos.

Nos encontramos ante un derecho real limitado sobre cosa ajena que participa de la naturaleza de estos derechos que recaen sobre los bienes de los que son objeto, directamente, y que, por tanto, tienen acceso al Registro de la Propiedad. Ahora bien, existe una importante dificultad a la hora de fijar su extensión o límites lo que origina una natural inseguridad que se hace evidente en el momento de la inscripción. De acuerdo con lo señalado en el artículo 2.2.º LH son inscribibles «los títulos en que se constituyan derechos de habitación». Mientras que la inscripción de todo derecho real en general, incluso el usufructo, expresa la extensión del respectivo derecho, en cambio en los derechos de habitación esta seguridad y fijeza no es posible en éstos por tratarse de derechos de extensión objetiva variable. En efecto, debido a que la extensión objetiva del derecho puede aumentar o disminuir, el tercero adquirente queda afectado por esta movilidad, pudiéndose encontrar incluso que dicho derecho de habitación llegue a acaparar todas las habitaciones del inmueble «con grave quebranto del principio de especialidad o determinación» (14).

(13) El habitacionista, a diferencia del usuario que admite un disfrute más amplio, no puede variar el destino de la casa y sólo puede realizar una actividad relacionada con este uso, «*al solo bisogno dell'alloggio*» (art. 1.022 del *Code Civile*). El titular de la habitación no puede hacer otra cosa que habitarla y, en su caso, alojarse con su propia familia [BARBERO, D., *Il sistema del Diritto Privato*, reelaborado por LISERRE (A.) y FLORIDIA (G.), 2.ª ed., UTET, Torino, 1993, pág. 539; VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pág. 827]. Otros Códigos, sin embargo, resultan aún más explícitos. Así el artículo 816 del Código Civil chileno señala expresamente que «en las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa», sin que el que habita la casa pueda servirse de la misma «para tiendas o almacenes».

(14) ROCA SASTRE (R.) y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (L.), *Derecho Hipotecario*, t. VI, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, págs. 473-474. Me parece muy acertada la opinión de estos autores en relación con la concurrencia de varios derechos de habitación parciales sobre una misma vivienda cuando se solicita el acceso de éstos al Registro de la Propiedad, en el sentido de aplicar analógicamente lo previsto para los arrendamientos urbanos. De esta forma, se inscribe cada derecho real de habitación parcial en folio independiente bajo el mismo número de la finca registral matriz y el orden correlativo que le correspon-

Aunque el problema de concurrencia de personas residentes con títulos diversos en una misma vivienda, es una cuestión que puede resolverse por el disponible en el propio título de atribución del derecho, según su criterio, un factor también a tener en cuenta será el del respeto de la coexistencia, convivencia o simultaneidad en su ejercicio por otras personas con igual derecho de habitación, ya sea el cónyuge viudo, por aplicación del artículo 1.407 del Código Civil, bien de otros donatarios, herederos o legatarios a los que se les hubiera atribuido o instituido en igual derecho, tal y como se desprende, por ejemplo, del artículo 822 del Código Civil. En todo caso, cualquier problema entre adecuación del derecho de cada uno de los habitacionistas a la realidad física del inmueble no será ya tanto un problema de «derecho» sino de «convivencia». Efectivamente, como indica la SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2003, la posibilidad de convivencia no contradice ni desnaturaliza el derecho de habitación y hay que considerarla como lógica consecuencia del mismo. En este último sentido, el artículo 45 de la Ley catalana señala que «en caso de convivencia entre el propietario y el habitacionista, ambos deben ejercer su derecho de forma correcta, a fin de facilitar una relación normal entre uno y otro, y con las personas que convivan con ellos».

En cuando a la contribución a los gastos originados en el inmueble, el Código distingue según se trate de un derecho de habitación sobre toda la casa o sobre parte de ella. Sin perjuicio de las especialidades que pueden exigirse cuando se trate de viviendas situadas en inmuebles en régimen de propiedad horizontal, según veremos más adelante, en el caso de que el habitacionista habite toda la casa debe hacerse cargo de los gastos de conservación y mantenimiento de la vivienda, así como del pago de las contribuciones (se está refiriendo la norma fundamentalmente al Impuesto de Bienes Inmuebles), precepto este que se encuentra en la misma dirección prevista en los artículos 504 y 505 del Código Civil para el usufructo. De no ser así, esto es, si el beneficiario sólo ocupara varias habitaciones, no deberá contribuir en nada, siempre que al propietario le queden aprovechamientos suficientes para cubrir los gastos y cargas (art. 527 CC). El precepto sin embargo establece un límite, que los aprovechamientos que obtenga o pueda obtener el propietario sobre el inmueble no sean inferiores al importe de las reparaciones y de las contribuciones, en cuyo caso el habitacionista deberá suplir lo que falta, aunque debería presumirse siempre la gratuidad cuando la habitación se constituye sólo de forma parcial.

En efecto, si acudimos a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la Ley 423.2 de la Comulación del Derecho Civil de Navarra presume este derecho, en lo que se refiere a gastos, como gratuito y vitalicio, debiendo

da, haciéndose constar la apertura del nuevo folio por nota marginal de referencia a la inscripción del dominio de la finca (*ibídem*, t. V, 8.^a ed., págs. 473-474).

abonar tan sólo las contribuciones que graven precisamente el uso exclusivo, y las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario. El Código Civil chileno tiene en cuenta el fin perseguido y exime igualmente de esta obligación «a la habitación que se da caritativamente a personas necesitadas» (art. 818). Asimismo, el artículo 46 de la Ley catalana, reguladora de este derecho, parte del principio de que sólo existe habitación cuando la ocupación de la vivienda es «parcial», y «uso», cuando es total (15). Y aunque con arreglo a esta norma el habitacionista queda relevado de contribuir a los gastos derivados de la vivienda, en este último caso nos parece muy acertado el precepto cuando indica que, sin embargo, «serán de cargo del habitacionista los gastos que sean individualizables y los que se deriven de los servicios que él mismo haya instalado». Por último, la previsión que realiza el artículo 2.968 del Código Civil argentino —al igual que el art. 635 del *Code Civil* francés—, de acuerdo con el cual, «el que tiene el derecho de habitación de una casa debe contribuir al pago de las cargas, de las contribuciones, y las reparaciones de conservación, a *prorrata* de la parte de la casa que ocupe», plantea importantes problemas, pues la propia extensión objetiva del derecho es cambiante, es decir, puede aumentar o disminuir a la par que la «cuota variable» de participación, lo que convierte este sistema de imputación de gastos en un foco de inseguridad y de conflicto, tanto por la imprevisión de un régimen de notificación como en dificultad de su propia concreción en cada momento.

En cuanto a las obras que puede o debe directamente realizar el habitacionista dentro del inmueble sin consentimiento del nudo propietario, el artículo 527 del Código Civil se limita a señalar que le corresponde efectuar las reparaciones ordinarias del mismo modo que el usufructo, es decir, sólo está obligado a reparar cuando habita toda la casa. Más concretamente, la Ley 423 de la Compilación de Navarra se limita a señalar, en análogos términos que el párrafo segundo del artículo 500 del Código Civil, que deberá hacer las reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario.

Si acudimos a lo señalado en el Código Civil argentino resulta algo más clara la determinación de los límites de la intervención del habitacionista en aquellos casos en que el mismo no se limita sólo a conservar y realiza intervenciones de mayor amplitud. En efecto, como el habitacionista tiene obligación de no alterar la sustancia de la cosa (art. 2.948), no podrá cambiar la forma exterior de ella, ni sus dependencias accesorias ni la distribución interior de las habitaciones, tal y como se prevé en el artículo 2.892 de ese mismo Código cuando se refiere a las obligaciones del usufructuario. Esta

(15) Debemos recordar que, antiguamente, en el Derecho romano, la *habitatio* era solamente el derecho de uso aplicado a una casa *aedium usus*, PLANIOL (M.) y RIPERT (J.), *ob. cit.*, pág. 734; BARBERO, D., *L'Usufrutto et i diritti afini*, Giuffrè, Milano, 1952, pág. 52 y sigs.

regla quebraría, en mi opinión, cuando se trata de obras o instalaciones necesarias como las de accesibilidad o adaptación a personas con problemas de movilidad.

IV. EL DERECHO DE HABITACIÓN EN INMUEBLES EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Se plantean algunas especialidades derivadas del ejercicio de derechos y obligaciones cuando el habitacionista —hecho habitual— reside en un inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Por la propia configuración del régimen jurídico de la propiedad horizontal, los derechos y obligaciones se atribuyen o exigen al nudo propietario, salvo en aquellos supuestos en que la ley los deriva directamente al ocupante (es el caso, por ejemplo, de la prohibición del ejercicio de actividades molestas).

No cabe olvidar, sin embargo, que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, ha modificado el artículo 10.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH), autorizando a las personas con discapacidad que vivan en el inmueble —sin excluir ningún título de residencia, incluido el de habitación— para que puedan solicitar, y obligar, a la realización por la Comunidad de Propietarios de las obras o adaptaciones de accesibilidad que sean necesarias en los elementos comunes del inmueble cuyo coste de instalación sea inferior a tres mensualidades de cuotas ordinarias de comunidad. Igual derecho le compete, por aplicación de la Ley 15/1995, de 15 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad (art. 2.1), para solicitar autorización para realizar obras a tal fin (art. 3.1) aunque a su costa exclusiva (art. 7).

El habitacionista —cuando ocupa toda la vivienda, o porque el titular no obtenga beneficios suficientes como para cubrir los gastos—, viene obligado a abonar al propietario todos o parte de los gastos ordinarios de conservación y mantenimiento en los mismos términos que el usufructuario (art. 525 CC). No obstante, el responsable de la participación en los gastos generales del inmueble frente a la comunidad sigue siendo el nudo propietario [art. 9.1 e) LPH], que podrá posteriormente repetir lo que corresponda al beneficiario. Este planteamiento nos lleva a la consecuencia de que el habitacionista, sólo indirectamente, deberá hacerse cargo del importe sufragado por el propietario en concepto de «gastos de comunidad» (servicios, suministros, obras de conservación, etc.), y del impuesto de bienes inmuebles, si bien, al igual que ocurre con los pisos y locales arrendados en inmueble en régimen de propiedad horizontal, quedarán excluidos de la repercusión los gastos de adminis-

tración y del seguro de responsabilidad civil, en la medida en que redundan directamente en beneficio y utilidad del nudo propietario que habrá de asumirlos personalmente. Asimismo, habrá que excluir el importe de las «obras extraordinarias» que se lleven a cabo en el inmueble, pues dispone el artículo 501 del Código Civil que «las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario», por lo que, evidentemente, no podrá repercutirlas al habitacionista, como no puede hacerlo tampoco al usufructuario, salvo pacto expreso en contrario en el propio título.

Cabe también plantearse en una segunda dirección, si incumbe al habitacionista el ejercicio de los mismos derechos que la LPH otorga al usufructuario, lo que en nuestra opinión resulta completamente lógico. En efecto, no tiene justificación suficiente en la actualidad el hecho de que pudiendo el usufructuario representar en junta, con voz y con voto, al nudo propietario «salvo manifestación en contrario» de este último (*ex art. 15.1 LPH*), no pueda también ejercer este mismo derecho el habitacionista, máxime cuando el artículo 528 del Código Civil configura el régimen civil del usufructo como supletorio del de habitación «en cuanto no se oponga».

Por lo demás, aunque la doctrina y la propia jurisprudencia discrepen sobre la legitimación pasiva del usufructuario —dígase también del habitacionista— cuando se reclaman deudas de comunidad, debe imponerse el criterio que considera obligado al pago de los gastos de la comunidad de vecinos al nudo propietario (SAP Madrid de 14 de septiembre de 1998). En efecto, en esta línea parece abundar la reciente jurisprudencia cuando señala que «tampoco puede considerarse como causa de extinción del derecho de habitación el impago de cuotas comunitarias ni el impago de impuestos que gravan el inmueble» (SAP Barcelona de 26 de enero de 2001), conclusión a la que sólo puede llegarse, sin perjuicio de aquellos pactos que se hayan hecho constar —entre disponente y habitacionista— en el mismo título, si partimos de la base de que el obligado directamente a la satisfacción de estos importes frente a la comunidad es el nudo propietario.

Debemos pensar que la habitación no comporta exclusivamente un simple derecho de alojamiento personal, sino un derecho de uso sobre el inmueble que le faculta para usar de todos los accesorios del edificio (16). Esta facultad de uso del inmueble se extiende a las dependencias y derechos anejos a las viviendas en misma proporción que el resto de propietarios, lo que tiene su incidencia cuando el inmueble en el que reside el habitacionista se encuentra

(16) AREAN, B., *Derechos Reales*, vol. 2.º, 6.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 756. En el Derecho español debe traerse, por analogía, lo señalado en el artículo 2.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU), que aplica las normas reguladoras del arrendamiento de vivienda «al mobiliario, los trasteros, plazas de garaje y cualesquiera otras dependencias, espacios arrendados o servicios cedidos como accesorios de la finca por el mismo arrendador».

constituido en régimen de propiedad horizontal, en cuanto a sus elementos, instalaciones y servicios comunes [art. 3.a) LPH] (17).

V. EL DEBATE SOBRE LA TRANSMISIBILIDAD O INTRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE HABITACIÓN

El derecho de habitación —como ya señalara PROUDHON—, constituye un derecho puramente personal, por lo que el habitacionista no puede transmitirlo a sus herederos, ni cederlo ni arrendarlo durante el transcurso de su vida (18).

Este antiguo principio tiene su traslado en el artículo 525 del Código Civil, que constituye una norma cuyo contenido se repite de forma constante en el Derecho comparado, señalándose expresamente que los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, por lo que debe partirse de la regla general que prohíbe cualquier cesión de este derecho. Ante un título «mudo» sobre este aspecto, no cabe, en definitiva, una interpretación favorable a la autorización de una disposición o cesión del derecho, salvo las propias circunstancias concluyentes de una manifestación ulterior de voluntad por el disponente en este sentido. Pero de lo que no cabe duda es de que del silencio no puede sino derivarse la voluntad implícita de remitirse a las disposiciones supletorias previstas en el Código.

Nuestro legislador concibe el derecho de habitación, de forma restrictiva, como una forma de satisfacción *in natura* del titular del derecho. Este derecho tiene un acentuado carácter personal (19), según se ha señalado, o lo que es lo mismo, se constituye *intuitu personae*. Incluso autores tan clásicos en el estudio de los Derechos Reales como LAFAILLE, prefieren hablar de la habitación, al día de hoy, como una forma de «servidumbre personal» (20). En cierta medida, como hemos visto, el derecho de habitación estaría cumpliendo una función alimentista, lo que determina, en su concepción más restringida, que si el habitacionista cede su derecho es precisamente porque este derecho ya no le

(17) GALVÁN GALLEGOS, A., «La Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 13/2000, de 20 de noviembre, reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación», *Actualidad Civil*, núm. 37, 8-14 de octubre de 2001, pág. 19.

(18) PROUDHON, P. J., *D'Usufrutto, d'Uso Personale e di Abitazione*, vol. 2.º, nello Studio Editorio, Napoli, 1845, pág. 527.

(19) En la doctrina argentina se señala que «la persona titular del derecho recibe el beneficio del inmueble gravado independientemente, por su parte, de la posesión de heredad alguna, porque éste no es un beneficio de inmueble a inmueble, como en las servidumbres, sino de inmueble a persona determinada, el habitador» [PAPAÑO, J. (*et al.*) *Derechos Reales*, t. I, 2.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 626].

(20) LAFAILLE, H., *ob. cit.*, pág. 147. Téngase en cuenta, no obstante, que esta concepción romanista del derecho de uso o habitación como una forma de servidumbre personal queda desechada completamente a partir del movimiento codificador del siglo XIX.

resulta útil para satisfacer sus necesidades —en este caso, la de vivienda—. La satisfacción *in natura* de determinadas necesidades, como es el caso, excluye necesariamente cualquier satisfacción por equivalencia de la que se derive la obtención de un rendimiento por la disposición o cesión del derecho.

Ahora bien, discute la doctrina si es posible la «disponibilidad» por las partes del contenido del artículo 525 del Código Civil, esto es, la transmisibilidad o no del derecho de habitación por disposición del título de constitución del derecho, reflexión que también sería trasladable al nuevo artículo 822 del Código Civil.

En efecto, la cuestión, tal y como ha sido tratada por la doctrina, estriba sustancialmente en determinar si el artículo 525 del Código Civil debe considerarse como de naturaleza dispositiva o de *ius cogens*, esto es, si la prohibición de cesión o transmisión de debe ceder ante la regulación y configuración que de las facultades y obligaciones derivadas de este derecho realicen ambas partes en el título, o bien cuando el constituyente haya conferido expresamente al habitacionista esta facultad.

En esta línea existen distintas posiciones entre los distintos autores, tanto en contra (21) como a favor (22) de la transmisibilidad del derecho de habitación, aunque bien es cierto que la doctrina mayoritaria viene siendo proclive a su admisión, en la inteligencia de que la transmisibilidad o no del derecho de habitación dependerá de lo que se haya dispuesto en el título constitutivo, del alcance que se haya dado al derecho en el mismo, y de que la vivienda habitual sea a su vez la vivienda familiar y, especialmente, de su constitución con carácter gratuito u oneroso (23). Ahora bien, cuando el título no disponga nada al respecto el artículo 525 del Código Civil no permitirá en ningún caso la transmisión del derecho.

Como ya hemos dejado apuntado, a falta de cláusula en el título que admita su disponibilidad por el habitacionista, el derecho de habitación no se podrá arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título, como tampoco hipotecarse. Esta no negociabilidad repercute en el ámbito del Registro de la Propiedad, pues, a falta de título, no puede inscribirse acto alguno en cuya virtud se transfiera, grave o arriende dicho derecho (art. 108.3.º LH).

(21) RAMS ALBESA, J., *ob. cit.*, pág. 1387 y sigs.

(22) Entre las posiciones favorables a la transmisibilidad, cabe citar, entre otros, a ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. III, vol. 2.º, 8.ª ed., Barcelona, 1994, pág. 11; BUSTOS GÓMEZ RICO, M., *ob. cit.*, pág. 618; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, vol. 2.º, Reus, Madrid, 1988, pág. 85; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., *ob. cit.*, pág. 634; FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los Derechos Reales de Uso y Habitación*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 124 y sigs.; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al Código Civil*, t. V, 4.ª ed., Reus, Madrid, 1921, pág. 525, y VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, t. II, Tipográfica Cuesta, Valladolid, 1925, pág. 484.

(23) A juicio de LAFAILLE (*ob. cit.*, pág. 149), «respecto de la *cesibilidad* del derecho podemos establecer los siguientes principios: si es de inmueble a título gratuito es *incesible*; si es a título oneroso es *cesible* (art. 2.959 del Código Civil argentino)».

A mi juicio, la transmisibilidad del derecho de habitación debe excluirse cuando el derecho recae sobre la *vivienda familiar*. Efectivamente, en cuanto a la transmisibilidad del derecho de habitación, que algún sector doctrinal admite por el juego de los artículos 523 y 525 del Código Civil, esto es, del pacto de sucesión en el título constitutivo, tratándose del uso de la vivienda familiar esta regla no sería admisible, e institucional, legal y judicialmente no cabría convenir su cesión (24).

La protección de la familia tiene una de sus más importantes derivaciones en la protección del propio hogar familiar. En otros Derechos, el hogar familiar puede constituirse como una *especie* más del usufructo, y así, cuando el Código Civil venezolano se refiere al *derecho al hogar* (25) —que regula conjuntamente con el uso y la habitación—, establece entre otras medidas tuitivas que «el hogar no podrá enajenarse ni gravarse sin oírse previamente a todas las personas en cuyo favor se haya establecido, o a sus representantes legales, y con autorización judicial, que no dará el Tribunal sino en el caso comprobado de necesidad extrema, y sometiéndola a la consulta del Tribunal Superior» (art. 640).

Este mismo criterio de intransmisibilidad debe aplicarse en referencia al nuevo artículo 822 del Código Civil, relativo a la donación o legado —o atribución *ex lege*— de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario discapacitado y no computable en la legítima. Y aunque así lo hace constar expresamente el propio precepto no está de más incidir en esta prohibición, en tanto en cuanto debe presumirse igualmente que la vivienda habitual a la que se refiere la norma es la propia vivienda familiar, y que con su atribución resultan perjudicados el resto de herederos forzosos, legitimarios, pues el derecho de habitación no se imputa en la cuota legitimaria del discapaz lo que acrecienta las cargas de los restantes.

(24) MANZANO FERNÁNDEZ, M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág. 171.

(25) El Código Civil venezolano regula el *derecho al hogar*, en la misma sección que el uso y la habitación, que puede constituir una persona previa petición al Juez de Primera Instancia (art. 637), «para sí y para su familia, excluido absolutamente de su patrimonio y de la prenda común de sus acreedores» (art. 632) y, por tanto, «libre de embargo y remate por toda causa u obligación, aunque conste en documento público o de sentencia ejecutoriada». Este derecho tiene por objeto un inmueble «destinado a vivienda principal de la familia» (art. 635), cuyo disfrute corresponderá a las personas en cuyo favor se haya constituido y, en caso de duda —si no consta claramente—, del «cónyuge, los ascendientes que se encuentren en estado de reclamar alimentos, los hijos mientras permanezcan solteros, y los hijos mayores entredichos o inhabilitados por defecto intelectual» (art. 636). El derecho se extinguirá «cuando hubiere fallecido el último miembro de la familia para quien fue constituido el hogar», en cuyo caso «volverá el inmueble al patrimonio del constituyente o de sus herederos, a menos que el dominio se haya traspasado a la persona o personas en cuyo favor se constituyó el hogar» (art. 641).

Debemos también partir del principio de *inembargabilidad* de este derecho. En efecto, los derechos reales de uso y habitación, por ciertas necesidades vitales solapadas por la regulación del uso de la vivienda familiar y los derechos de preferente adquisición de los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil, se han considerado tradicionalmente indisponibles con arreglo a unos argumentos que carecen, vistos en perspectiva, de suficiente calado para decaer la indisponibilidad. Así pues, sin perjuicio de situaciones excepcionales de *inembargabilidad*, que coincidirían con las de *intransmisibilidad*, se ofrece como tesis más adecuada una solución ecléctica —ya esbozada— que distinga entre adquisición a título gratuito (*inembargable*) y oneroso (*embargable*), y atribución de usos excesivos y típicos (*embargable*) en la medida en que no se trata de «un derecho que responda a una finalidad de pura negociación patrimonial, sino que desempeña una función de asistencia a gentes necesitadas» (26).

Por último, si bien el habitacionista no puede enajenar su derecho sí puede, en algunos ordenamientos —así, en el art. 36 de la Ley catalana— dar su consentimiento a la constitución de una hipoteca sobre el bien de que se trate, en cuyo caso la ejecución de la hipoteca supone la extinción del derecho.

VI. EXTINCIÓN

Aunque el Código Civil nada señala sobre este particular, tanto la Ley 423 de la Compilación de Navarra, como el artículo 34 de la Ley catalana, presumen el carácter vitalicio de este derecho, a no ser que en el título se hubiera fijado un plazo determinado.

Generalmente, el derecho de habitación se extingue por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 513 del Código Civil para el usufructo, por la remisión general que se hace a ese precepto, sin perjuicio de lo que haya podido preverse en el título. Claro está que, a la vista del fin perseguido por la ley, la causa básica de extinción del derecho de habitación será la muerte del habitacionista pues este derecho se configura generalmente con carácter vitalicio —temporal— y sólo a favor de una o varias personas físicas (art. 44 de la Ley catalana), sin que pueda sobrepasar la vida del aquel para el que fuera constituido (27). No obstante, la muerte del habitacionista extingue el derecho de habitación, aún cuando tenga hijos menores de edad, salvo que el título de creación del derecho haya dispuesto otra cosa.

En relación con esta cuestión, ha señalado la doctrina que aunque se trate de un derecho sobre el que las partes tienen cierto margen de libertad, no

(26) CARPIO GONZÁLEZ, I., «Sobre la embargabilidad de los derechos de uso y habitación», *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 167, noviembre, 1994, págs. 2559-2560.

(27) BARBERO, D., «El Sistema...», *ob. cit.*, pág. 541.

pueden apartarse de las normas de orden público como, por ejemplo, las relativas a la duración máxima de estos derechos (28).

Se ha discutido si la desaparición de la situación de *necesidad* puede considerarse como una causa de finalización del derecho, de forma similar a como ocurre con el derecho de alimentos. En la doctrina foránea se ha señalado que este derecho debe extinguirse cuando cesa la necesidad personal que justifica su constitución, como asimismo en aquellos casos en que el habitacionista se ve obligado a abandonar la localidad donde se encuentra su habitación. Incluso se ha entendido que cuando esa necesidad no hubiera concurrido originariamente debe considerarse nulo el acto constitutivo de este derecho (29). No obstante, otros autores —como PUGLIESE— entienden que este derecho no se extingue por el hecho de que el habitacionista disponga de otro apartamento, lo que no le autoriza a alquilar o ceder su derecho ni, especialmente, a dejar completamente vacía esa vivienda, «pues estando reservada para el uso del habitacionista, y su teórico disfrute, se convertiría así en un derecho inútil» (30). En definitiva, lo que se estaría exigiendo es un uso con carácter de habitualidad.

Ahora bien, el causante está facultado para establecer mecanismos que garanticen el efectivo cumplimiento de su voluntad, por lo que en mi opinión también es igualmente factible que en el título conste una cláusula expresa de reversión al propietario —o sus herederos— para el caso de que el habitacionista cese en el uso del inmueble. Esta posibilidad está expresamente prevista en el artículo 2 de la Ley 13/2000, reguladora de ese derecho en Cataluña, que indica que «en el caso de que el título constitutivo sea una donación, el donante puede reservarse la facultad de reversión del derecho, con la especificación, en el título constitutivo, de las causas de reversión que se hayan previsto».

La propia seguridad jurídica exige que la desaparición de la situación de necesidad, como causa de extinción del derecho, se produzca sólo en situaciones excepcionales (31) (así, el art. 2.954 del Código Civil argentino indica que no se puede oponer al habitacionista «que no sea persona necesitada»), y, en todo caso, siempre que así se hubiera pactado en el título, si bien este planteamiento puede ofrecer, desde luego, un cauce abierto para el florecimiento del fraude de ley que hace necesario analizar cada uno de los supuestos planteados y evitar generalidades que nacen de la propia indefinición de lo que hay que entender por «necesidad».

Trata de dar luz a este problema el mismo artículo 2.954 del Código Civil argentino cuando dispone que «las necesidades personales del usuario serán juzgadas en relación con las diversas circunstancias que puedan aumentarlas

(28) PAPAÑO, J. (*et al.*), *ob. cit.*, pág. 629.

(29) OLIVEIRA ASCENSAO, J., *Direitos Reais*, Coimbra Edit., Coimbra, 1993, pág. 459.

(30) PUGLIESE, G., *Usufructo, Uso-Abitazione*, Unione Tipografico-editrice torinese, Torino, 1954, pág. 758.

(31) FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *ob. cit.*, pág. 132.

o disminuirlas, como a sus hábitos, estado de salud, y lugar donde vivan...», sin que queden comprendidas entre las necesidades del usuario «las que sólo fuesen relativas a la industria que ejerciere, o al comercio de que se ocupare» (art. 2.955 del mismo Código). Incluso el propio *Codice civile* italiano nos indica que «la necesidad deberá evaluarse según la condición social del titular del derecho» si bien refiriéndose al derecho de uso (art. 1.021). Todos estos razonamientos abundan en la excepcionalidad de esta medida, tal y como se ha puesto de manifiesto anteriormente.

El disponente puede haber señalado un plazo o, como se ha indicado, el establecimiento de una condición resolutoria como causas de extinción del derecho. También extinguen el derecho la reunión del derecho de habitación y la nuda propiedad en la persona del habitacionista, su renuncia al derecho, la pérdida total de la habitación o la prescripción. Por lo demás, puede haberse establecido una cláusula de reversión al propietario, según se ha indicado, que habrá que respetar, para el caso de que el habitacionista cumpla o incumpla las concretas condiciones o requisitos fijados en el título (matrimonio, etc.).

El abuso grave por parte del habitacionista también es causa de finalización del derecho. Ahora bien, esta causa debe interpretarse restrictivamente. Esta es una consecuencia de la diligencia de un buen padre de familia que se debe exigir a éste en el uso y disfrute del inmueble —como señala el art. 627 del *Code Civil* francés o el art. 628 del Código Civil venezolano—, sin que constituya abuso grave la realización por el habitacionista de obras de conservación, como tampoco constituiría abuso la realización de obras de adaptación o accesibilidad.

En efecto, las SSTs 1.^a, de 28 de noviembre de 1908 y de 30 de abril de 1910 consideran que de esa sanción ha de realizarse una interpretación restrictiva, no mereciendo la calificación de gravemente abusivos los hechos que más que actos, constituyen omisiones, como deterioros en la cosa o falta de las debidas reparaciones (SAP Zaragoza de 19 de abril de 2000).

RESUMEN

DERECHO DE HABITACIÓN

El derecho real de habitación previsto en los artículos 523 y siguientes del Código Civil —que acredita una larga tradición en nuestro Derecho—, cumple actualmente una importante función social, como lo demuestra el interés que ha despertado en los últimos proyectos y reformas legislativas.

ABSTRACT

RIGHT OF HABITATION

The real right of habitation provided for in articles 523 et seq. of the Civil Code, which is backed by long-standing tradition in our law, currently performs an important social function, as is shown by the interest it has aroused in the latest legislative drafts and reforms.

However, the way the real right of habitation works continues to pose some

Sin embargo, el derecho real de habitación continúa planteando en su desenvolvimiento, al día de hoy, algunos importantes interrogantes que a lo largo de la exposición no sólo se trata de apuntar, sino de resolver, acudiendo en su auxilio a las enseñanzas de nuestra mejor doctrina y de la jurisprudencia, y sin olvidar las soluciones que brinda el Derecho comparado a las que se dedica una especial atención. Asimismo, son objeto de análisis las consecuencias derivadas del carácter extraordinariamente difuso de la habitación, la complejidad en la fijación de sus límites y extensión en aras de la seguridad jurídica, especialmente a la hora de su inscripción registral. También se analiza el concepto de familia, su aumento o disminución, los problemas derivados de la «cohabitación» del discapaz con igual derecho que el cónyuge viudo o la existencia de terceros residentes, la cuestión de la admisibilidad del ejercicio de actividades profesionales o comerciales, la participación en los gastos del inmueble y el ejercicio de derechos por el habitacionista cuando reside en un edificio en régimen de propiedad horizontal, la incompatibilidad entre el principio de protección de la familia y el hogar familiar con la potencial transmisibilidad del derecho y, finalmente, las circunstancias que rodean su extinción.

Se estudia también en este artículo la justificación de su rehabilitación como una técnica o medida no estrictamente tuitiva o alimentista, sino como alternativa a otros derechos, como el arrendamiento, o incluso como forma diferida de acceso a la propiedad. Por último, se sugiere un examen detenido de su contenido y, en su caso, una revisión de sus postulados, pero desaconsejando un tratamiento sesgado, meramente accidental, al hilo de cualquier reforma parcial en otros ámbitos.

important questions today that the body of this paper endeavours not only to list, but to answer as well. To its aid come the teachings of the finest of our doctrine and case law and, not the least, the solutions offered by comparative law, which receive special attention. Analysis is also devoted to the consequences stemming from the extraordinarily diffuse nature of habitation and to the complexity of establishing its limits and breadth for the sake of legal certainty, especially in the registration of a right of habitation. There is also an analysis of the concept of the family, its enlargements or reductions, the problems stemming from the «cohabitation» of a disabled person who holds the same right as a widowed spouse or the existence of third-party residents, the question of the admissibility of the exercise of professional or commercial business, the sharing of property expenses and the exercise of rights by the holder of the right of habitation when he or she resides in a building that is in a horizontal property scheme, the incompatibility between the principle of the protection of the family and its home and the potential transmissibility of the right and, lastly, the circumstances surrounding the termination of the right.

This article also studies the grounds for remodelling the right of habitation as a technique or measure that is not strictly protective or aimed at providing support for necessities, but as an alternative to other rights, such as leaseholds, or even as a deferred way of gaining access to ownership. Lastly, it is suggested that its content should be put through painstaking examination, which may show that its postulates should be revised; on the other hand, a biased treatment of the right of habitation as a side issue following upon a partial reform in other areas is advised against.

(Trabajo recibido el 6-4-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, t. III, vol. 2.º, 8.ª ed., Barcelona, 1994.
- AREAN, B., *Derechos Reales*, vol. 2.º, 6.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- BARBERO, D., *Il Sistema dei Diritto Privato*, reelaborado por LISERRE (A.) y FLORIDIA (G.), 2.ª ed., UTET, Torino, 1993.
- *L'Usufrutto et i diritti affini*, Giuffrè, Milano, 1952.
- CARPIO GONZÁLEZ, I., «Sobre la embargabilidad de los derechos de uso y habitación», *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 167, noviembre, 1994, pág. 2557 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. II, vol. 2.º, Reus, Madrid, 1988.
- CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil*, t. II, vol. 2^{ème} (MAZEAUD, H., et al.), Montchrestien Edit., Paris, 1989.
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., «Comentario a los artículos 467 a 529 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, vol. 3.º, coordinado por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Comentario a los artículos 467 a 529 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coordinado por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. VII, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Comentarios a los artículos 523 a 529 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinado por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, JOSÉ MARÍA, Bosch Edit., Barcelona, 2001.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., *Los Derechos Reales de Uso y Habitación*, Dykinson, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., «Disposiciones de protección *mortis causa* del discapaz», *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por MARTÍNEZ DIE, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2000.
- GALVÁN GALLEGOS, A., «La Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 13/2000, de 20 de noviembre, reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación», *Actualidad Civil*, núm. 37, 8-14 de octubre de 2001, pág. 16 y sigs.
- LAFAILLE, H., *Curso de Derechos Reales*, t. III, Talleres Gráficos GHIO, Buenos Aires, 1926.
- LARROUMET, C., *Droit Civil*, t. II, 2.ª ed., Économica Edit., Paris, 1988.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El Notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentario al Código Civil*, t. V, 4.ª ed., Reus, Madrid, 1921.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M., *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil Moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- OLIVEIRA ASCENSAO, J., *Direitos Reais*, Coimbra Edit., Coimbra, 1993.
- PAPAÑO, J. (et al.), *Derechos Reales*, t. I, 2.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.
- PLANIOL (M.) y RIPERT (J.), *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, traducción de DÍAZ CRUZ, t. III, Cultural, S. A., La Habana, 1932.

- PROUDHON, P. J., *D'Usufrutto, d'uso personale e di abitazione*, vol. 2.º, nello Studio Editorio, Napoli, 1845.
- PUGLIESE, G., *Usufructo, Uso-Abitazione*, Unione Tipografico Editrice torinese, Torino, 1954.
- RAMS ALBESA, J., «Comentario a los artículos 523 y 529 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- ROCA SASTRE (R.) y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (L.), *Derecho Hipotecario*, t. VI, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, t. II, Tipográfica Cuesta, Valladolid, 1925.
- VENECIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1928.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., «El derecho real de habitación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, del Reglamento de Cataluña sobre regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación», *La Notaría* (7-8) julio-agosto de 2002, págs. 32 y sigs.

La sociedad de gananciales y la responsabilidad extracontractual (*)

por

JOAQUÍN RAMS ALBESA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. UN PROBLEMA DE PLANTEAMIENTO.
- II. IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES Y LIBERTAD LABORAL Y PROFESIONAL.
- III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA MASA COMÚN GANANCIAL DESDE LA CODIFICACIÓN HASTA LA REFORMA DE 1975:
 - A) POSICIÓN DE LA CODIFICACIÓN.
 - B) LOS PRIMEROS REPLANTEAMIENTOS DE LA POSICIÓN DE LA MUJER CASADA EN EL SENO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.
- IV. EL CAMBIO DE RÉGIMEN Y LAS REFORMAS DE 1981:
 - A) EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PASIVO DEL RÉGIMEN.
 - B) RAZÓN Y CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO MAYORITARIO.
- V. SOLUCIONES ANALIZABLES DE *LEGE FERENDA*.

(*) Trabajo redactado en el ámbito del Proyecto de Investigación BJU 2000/0266, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, un Proyecto I + D del trienio 2001-2003 que lleva por título *La responsabilidad civil a comienzos del tercer milenio*, del cual es investigador principal el profesor doctor Mariano YZQUIERDO TOLSADA.

I. UN PROBLEMA DE PLANTEAMIENTO

En la nueva y aún más novísima legislación sobre regímenes matrimoniales comunitarios se ha venido construyendo la disciplina de la responsabilidad civil extracontractual de cada uno de los cónyuges como si ésta constituyese una incumbencia consorcial más; además, sin demasiadas vacilaciones y acaso, según colijo, con excesiva falta de reflexión. Se trata en la norma vigente como si tras de la solución consorcial no existiese el menor problema y se tratase de una cuestión resoluble a partir de la mecánica tradicional de causa-efecto no sólo porque este planteamiento se ha tenido por el único racional, sino más bien porque se cree que se trata del resultado inexorable de la indiscutible por indiscutida aplicación al caso de la doctrina de la «naturaleza de las cosas» (1).

Me siento muy lejano respecto del planteamiento someramente apuntado, aunque no puedo dejar de admitir que esa y no otra es la solución que se aprecia en la ley tras la reforma de 1981 y que está muy presente en el cuerpo de la tradición última (2). Ésta trata el hecho dañoso acaecido como si se tratase de una acción corriente de la vida conyugal y operase sus efectos en interés familiar, por lo que sin más se subsume a la norma prevista al efecto para la responsabilidad extracontractual y la contractual recibe idéntico tratamiento al de las deudas y cargas del consorcio que se cumplen a plena satisfacción.

No puedo compartir que resulte indiferente para la sociedad conyugal atender a sus incumbencias atenta o descuidadamente, cumplir en tiempo o ser moroso, como si en ella el paradigma clásico del *bonus pater familiae* hubiese dejado de existir o, aún peor, constituyese una espantosa herencia pagana que es preciso superar. Por eso mismo me resulta preciso reconocer de plano que mi posición personal es abiertamente discrepante y quiere ser,

(1) La doctrina que defiende a ultranza la autodenominada «naturaleza de las cosas» parte de entender racionalmente coincidentes las necesidades que presenta la sociedad con las soluciones aportadas por la doctrina dominante, sobre todo cuando ésta trae causa de una conclusión adoptada por las escuelas «neocatólicas» nacidas en los años veinte del siglo recientemente pasado y presentadas como panacea de modelo de convivencia en el mundo occidental tras la guerra mundial y de oposición a las soluciones comunistas. Esta orientación doctrinal presenta a los regímenes económico-matrimoniales de comunidad como si se tratase el ideal del matrimonio católico: una sola carne y una sola economía, cuando bien sabemos que se trata de una cuestión accidental, variable de un lugar a otro y sumamente opinable y discutible. No sabemos de dónde surgió tal conclusión, pero sí sabemos que ha impregnado las mentes de no pocos juristas teóricos y sobre todo prácticos muy bien situados para hacer confundir su mera opinión personal con el contenido de una doctrina inapelable.

(2) Como es bien conocido, en España al menos, que cuando se apela a la tradición, como fuente de autoridad, rara vez tienen más de un siglo tales opiniones consagradas por el bien hacer de los mayores. Además, resulta indiferente que se pruebe con hechos fehacientes lo arbitrario u opinable de tal pensamiento.

cosa distinta es que lo logre, fruto de un análisis lógico-sistemático efectuado a partir de la razón de ser del fenómeno que se regula y no, por el contrario, una posición doctrinal que se deduce a partir de la solución normativa. No trato de intentar un cambio de criterio o de postular una solución distinta de *lege ferenda*, todo ello a partir de la absurda presunción de que yo estoy en lo cierto y todos los demás analistas tratan mal o deficientemente el objeto de estudio.

No presumo nada de eso, más bien todo lo contrario. En mi empeño se trata de buscar la vía por la que se pueda alcanzar la superación de ciertas contradicciones estructurales que traen causa del cambio radical del sistema de fondo operado en la misma institución matrimonial y que afecta a los regímenes comunitarios previstos para la regulación de su economía. Puesto que es evidente que algunas soluciones resultan en la práctica inaplicables o son claramente irracionales al mantener casi sin cambios dentro de su contexto funcional un vocabulario, instrumentos institucionales y normas concretas que se pensaron para otras muy distintas situaciones: social, económica, organizativa, personal, jurídica y aún moral. La familia matrimonial tradicional que creo, a veces, que es lo que se quiere inconscientemente conservar, no puede ser más distinta de la actual estándar. Tanto al menos como lo era la familia cristiana tenida por tradicional (la que se construye con base en las enseñanzas de San Bernardo y se juridifica en las Decretales de Graciano y sobre todo en los Decretos del Concilio de Trento) respecto de la familia romana clásica, que se tiene por su antecedente.

No me cabe la menor duda de que el tratamiento de la responsabilidad civil extracontractual resulta paradigmático para el propósito de verificar las disfunciones que encontramos en los resultados legislativos de las sucesivas reformas.

Para situar la cuestión en la perspectiva debida es preciso manifestar que la Ley de 13 mayo 1981 es, más que probablemente, la más cuidada y técnicamente mejor resuelta de cuantas se han dictado con la finalidad de reformar nuestro Código Civil. Poner en tela de juicio su calidad o permitir que, por discutir una u otra solución concreta de la misma, se deduzca una suerte de crítica global resultaría un grave despropósito. Cosa bien distinta resulta afirmar, sin embargo, que esta reforma era la que se debió llevar a cabo en 1975 cuando casi nadie discutía en alta voz o por escrito la tradición matrimonial a la que he hecho más arriba referencia, ni se hacían todavía patentes los profundos cambios que se iban a operar en nuestra sociedad a todos los niveles.

La Ley de 13 mayo 1981 resulta por comparación francamente buena, aunque el Proyecto sobre el que se elaboró fuera mucho mejor; responde a un primer cambio social importante que da nuestra sociedad tras los desastres que se siguen de la guerra civil, tal vez el más decisivo y del que se siguen, no sé si con relación de causa-efecto, otros muchos de los hoy bien visibles,

nada menos que el de la incorporación masiva de las mujeres de familia (las de las clases media y medio-alta) al mundo del trabajo profesional liberal y al alto funcionariado: los que mayor número de cuestiones potencialmente problemáticas pueden presentar para un régimen económico-matrimonial de comunidad.

Puede discutirse si el modelo elegido y su tradicionalismo nacional resultó ser la solución más correcta (3) o si por el contrario y dentro de la inspiración europea de los años sesenta hubiera sido más afortunado seguir la línea de inspiración franco-belga o la de dejarse influir por la reforma italiana, sin tradición en regímenes legales de comunidad. Me parece que este tipo de discusión intelectual podría resultar útil para conocer la inspiración teórica de los miembros más activos de la Comisión de Códigos y mostrar cuál fuere el talante y las razones de la reforma o incluso, aún hoy a más de veinte años de la adopción de la reforma, para conocer cuáles sean las posibilidades de una revisión del régimen legal de segundo grado, sobre todo si se tiene en cuenta que los cambios a que respondía la reforma se han profundizado considerablemente con adición de otras muchas variantes problemáticas.

El problema puesto a discusión y mi intención de traerlo aquí y abrirlo a debate, si viene al caso, es de índole técnica y de fundamento jurídico material, de puro divertimento teórico sin connotaciones políticas ni urgencias que no puedan esperar otros veinte años.

El hecho de que el cambio legislativo sea el resultado de una paulatina evolución, sin traumas revolucionarios por medio, no empece para que nos topemos de frente con un cambio radical que no se resuelve —así lo entiendo— con una abstracta equiparación de la posición de la mujer casada de hoy con la que ocupaba el marido de ayer, que es lo que se hizo e incluso puedo admitir que es lo que debió hacerse por puras razones de oportunidad político-social. Peor, una y otra posiciones personales han sufrido importantísimos cambios cualitativos y cuantitativos, pero por lo que en este punto concreto de la institucionalización jurídica se refiere ha escapado del alcance de la norma sin ser observado por las instancias legislativas y con la aquiescencia expresa de la mayor parte de la doctrina, probablemente sin más finalidad que la de evitar enfrentamientos en el seno de ésta.

(3) Recuérdese que se planteó formalmente la posibilidad de introducir, entre nosotros y para el ámbito de aplicación del Código Civil en esta materia, el régimen de participación de inspiración germana, si bien se optó por mantener el de sociedad de gananciales muy remozado, solución sociológicamente correcta, pues creo que, a la sazón, nuestra sociedad estaba soportando un número excesivo de cambios estructurales casi todos ellos de primera magnitud.

II. IGUALDAD ENTRE CÓNYUGES Y LIBERTAD LABORAL Y PROFESIONAL

Estos dos grandes y sublimes principios, tan elementales al parecer una vez alcanzados y que tan difíciles ha resultado de conseguir y de plasmar con todas sus consecuencias en la ley y mucho más todavía en los puros hechos y comportamientos cotidianos, constituyen el fundamento, la razón de ser y a la vez el problema pendiente de resolver para alcanzar la coherencia interna de las reformas consecutivas de los regímenes económico-matrimoniales de 1975 y 1981 —esta última con algunas implicaciones jurídicas de orden constitucional— que, además, constituyen el talón de Aquiles para las interpretaciones integrativas de las normas conforme al dato esencial de la realidad social contemporánea que se encuentra, como de ordinario ocurre, varios pasos por delante de las nuevas o novísimas normas y de los planteamientos jurídico-formales de los principios y aspiraciones de los individuos y grupos políticos que creen ser o aspiran a ocupar la vanguardia ideológica de la sociedad.

La igualdad de las personas físicas ante la ley, axioma tenido por fundamental en el pensamiento filosófico moral y jurídico propios de la Ilustración y prácticamente de todo el pensamiento civilizado a partir de ella, jamás se consideró que estuviera reñida con una concepción vertical y jerárquica de la familia (a la romana y bastante rígida, por cierto), con sus lógicas y más que evidentes prolongaciones en la organización de la sociedad y del Estado. Tampoco se pensó que esa igualdad (entendida como no distinción por parte del Estado y sus órganos entre las personas por razón de clase o religión) que tuviese que traducirse en activos hechos igualatorios de la posición en sociedad del ciudadano, tan sólo quedó referida a las expectativas jurídicas, en especial, ante los tribunales de justicia.

La igualdad que patrocina la Ilustración es el resultado de una síntesis, de una simplificación de la posición del *pater familias* romano que se traslada y generaliza para cada cabeza de familia (nueva denominación), prescindiendo de la jerarquía social y de la organización de la sociedad en *gens*. A este nuevo ciudadano, según el modelo de familia burguesa surgido de las revoluciones americana y francesa, y no menos de la decisiva revolución industrial, se le otorgan ciertas protecciones jurídicas para la defensa de su posición, pero sólo de la suya: los no ciudadanos y los sujetos sometidos a las *potestas patri* no resultan ser beneficiarios directos de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en las Declaraciones de derechos del hombre y el ciudadano y en las Constituciones, sino en el mejor de los casos *per relationem*.

La lectura «radical» casi literal y física de los textos constitucionales sobre la igualdad entre sujetos de distinto sexo, en especial, ha venido a

alejar de forma total a las interpretaciones «auténticas» de las versiones originales dieciochescas, así como a las conformistas exégesis de la abundantísima literatura jurídico-constitucional del diecinueve.

Esta radicalización moderna de la igualdad trae causa teórica de las reflexiones éticas que sobre el Derecho constitucional y su aplicación se llevaron a cabo tras las sangrientas crisis de toda la primera mitad del recientemente pasado siglo que propiciaron un sentimiento generalizado de culpa que afecta casi por igual a vencedores y vencidos occidentales, no así a los orientales, en la contienda mundial que cierra el tiempo de la crisis bélica. Ahora bien, la causa práctica de esta nueva interpretación de la igualdad la encontramos en el despegue económico de todo el mundo occidental que es fruto, primero, de la incorporación masiva de las mujeres a trabajos extradomésticos y ajenos a las economías de estructura familiar que se produce durante la contienda; después se mantendrá esta ocupación para abaratar el coste de la mano de obra, aunque se reviste esta necesidad endulzada con calificativos de virtud moral y apelación a la justicia; a la postre y en una tercera fase, se favorece esta posición prestándole el atractivo ropaje muy real, por cierto, de la independencia personal que el trabajo remunerado ha proporcionado a las mujeres desde entonces.

Las mujeres casadas devinieron iguales a sus maridos, no precisamente por la aplicación de un texto revolucionario sobre la igualdad formulada en términos propios de un credo religioso como acostumbraba a hacer la literatura político-legal de las Revoluciones americana y francesa, ni por la vindicación victoriosa del sufragismo anglosajón, ni por la generalización del progresismo socialista con cualquier adjetivo de adscripción a una u otra de las muchas corrientes generadas por esa ideología política, ni tampoco por el *aggiornamento* de las iglesias cristianas, incluida al final la católica tras el vendaval propiciado por el inolvidable Papa Juan XXIII, tampoco puede ser considerado como el resultado de la pasión sumada al tesón con que han defendido su personal causa las dirigentes feministas, ni siquiera se debe a los avances de la medicina que casi dejan a voluntad la tarea grata e ingrata a la vez de la reproducción de la especie; todos estos factores resultan ser influyentes coadyuvantes, los más recientes de entre estos preparatorios del cambio que se opera en paralelo a algunos de ellos, sino que lo hacen como resultado inevitable de su trabajo fuera del hogar y del ocaso de la economía patriarcal, pues en el trabajo retribuido mediante salario resulta indiferente la dirección marital del mismo y a partir de este cambio ya no resulta materialmente cierto que al marido le corresponda de forma natural la dirección de la economía familiar. En el trabajo por cuenta ajena de hombres y mujeres el mando sobre el mismo corresponde al empleador sin discusión: al marido le cabía la posibilidad de dar o negar la *licencia*, en tanto que en el desarrollado por cuenta propia, la iniciativa tampoco corresponde al marido sino que éste

será siempre personal, siguiendo las reglas propias de la profesión u oficio: la letrada, la médica, la arquitecta, la fontanera o la comerciante actuará por sí, obligándose a sí misma, sin que sirva para nada la vieja y desacreditada ficción de que la actuación de la mujer casada se opera en virtud de un mandato tácito o expreso del marido y con el descrédito del mandato cae a su vez el de la licencia marital, porque la unidad de la economía familiar, basamento real de los primeros regímenes económicos matrimoniales de comunidad, era real con mayor o menor división del trabajo, y ahora la unidad no es, por lo general de producción, sino en todo caso de consumo y potencial ahorro y para éste carece de sentido propio un trabajo que se basa en la licencia, término que sugiere una actividad secundaria u ocasional.

Los actos que conforman la actividad laboral o profesional, sin posibilidad real de distinción entre hombres y mujeres, son personales, sin posibilidad alguna de representación, tampoco en una acepción «mística» más que fingida derivada de aspectos sacrales atribuidos con mayor o menor razón al vínculo matrimonial y a su función inmediata de convertir en familiar y colectivo todo aquello que por todas las razones, todas ellas y por cierto bien visibles, resulta ser personal y no otra cosa, al menos en una primera instancia analítica y me temo que también en la última.

El proceso de equiparación de la mujer, en general, y de la mujer casada, en particular, sin tener que partir de la referencia específica de un concreto régimen económico-matrimonial y dentro del ámbito personal de aplicación del Código Civil, ha resultado incomprensiblemente lento y tedioso si se mira con ojos y perspectiva actuales.

Desde el importantísimo primer paso del reconocimiento del derecho a volver a ser funcionarios públicos de los cuerpos superiores de la Administración del Estado en 1958 —piénsese que algunas mujeres notarios, registradores de la propiedad, abogados del Estado, etc., recobraron en esta fecha posiciones que venían desempeñando por derecho propio y mediante la debida oposición sin acepción de sexo antes del desastre colectivo de 1936 y fueron en la posguerra expropiadas de su posición de funcionarias públicas sin justiprecio ni indemnización alguna, ni antes ni después—; la supresión de las licencias maritales, el reconocimiento de capacidad para la gestión directa de los bienes propios de la mujer y para el ejercicio del comercio conforme a los discutiblemente vigentes, pero no derogados artículos 6 y siguientes de nuestro atípico y preocupante, por la inseguridad jurídica que genera, Código de Comercio, debidos a la Ley de 2 de mayo de 1975, que no dudo en calificar de provisional; y, por último, la equiparación plena debida a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 —la Ley de 15 de octubre de 1990 tiene más sentido de equiparación literaria-formal, resulta más propagandista que material, amén de ser en el uso del lenguaje técnico-jurídico de calidad más que discutible.

A partir del verano de 1981, las «incapacidades relativas» de las mujeres solteras menores de veinticinco años o las casadas mantienen tan sólo un mero interés histórico, pero desde esa perspectiva sigue siendo preciso examinar los caminos legislativos seguidos para la equiparación, pues resultan aleccionadores y dan lugar a la aparición de alguna sorpresa y a más de una disfunción debida tanto a las aspiraciones políticas de quienes se hicieron portavoces de los que eran *por su naturaleza* (4) evidentes e indiscutibles, tratados en serio, derechos de las mujeres y, en particular, de las mujeres casadas, y de quienes desde un acrecido ego varonil, me niego a hablar del despectivo término «machista» hoy tan generalizado, les «conceden la equiparación».

El mero hecho de hablar de proceso de equiparación, denota y presupone la reticencia inicial frente al movimiento de cambio, da fe del punto desde el que se partía y adelanta la propia conclusión a la que se accedía, lo correcto — de ningún modo lo político o socialmente correcto— hubiera sido hablar de reconocimiento de la natural igualdad dentro del proceso democratizador propio de la segunda mitad del siglo xx, pero ésta no fue la perspectiva ideológica que aquí interesa: la que influyó en la conformación del Derecho vivo.

Nos guste o no, se partió de una serie de *concesiones*, pues para poder hablar de *igualdad real* se requeriría de otro discurso bastante más amplio por el que se despejasen muchas de las actuales incógnitas con un mínimo de seguridad científica, la cual y hablando de ciencias sociales resulta ser siempre más un recurso de arte que de lógica aplicada.

Sin duda también, la denominada «crisis de los valores» influye en esta materia, como mínimo tanto como lo hace el cambio socioeconómico que se deriva de la masiva urbanización de la sociedad, del incremento exagerado y rapidísimo de la esperanza de vida, del dominio de la biología reproductiva y de la tecnificación de las labores del hogar, así como de otros muchos temas de detalle que no generan pero sí potencian los grandes cambios.

La equiparación de las mujeres casadas respecto de los maridos no es, desde luego, una solución que venga dictada por la estricta lógica, porque sencillamente carece de sentido propio mantener la ficción de una doble jefatura familiar (diarquía) en un consorcio de dos, ya que en cualquier régimen económico-matrimonial los hijos, si los hay, son terceros, no se les puede calificar de extraños, menos de ajenos, pero sí, con toda propiedad, de terceros.

(4) No deja de ser curioso que nadie apele a la «naturaleza de las cosas» para ponderar la libertad innata de las personas, su capacidad y la posibilidad de defender una y otra. Estos valores «sagrados» pueden, por lo visto, sacrificarse en aras de una unidad, para este caso meramente económica. Lo cual bien visto y entendido con mejor humor permite relativizar muchas de las secuelas que de la posición patriarcal quedan en el fondo de las instituciones, aunque no en su letra.

La monarquía familiar, tan sólo en parte patriarcal a la romana, pues, resulta ser hija de la evidente misoginia napoleónica, que fue acogida con inmerecido entusiasmo por una sociedad clerical, nominalmente católica y dudosamente cristiana, en la que están fuertemente asentados los hábitos aristocráticos y clericales de preponderancia de lo masculino sobre lo femenino, y que pasarán a ser los propios de las minorías pequeño burguesas tenderiles y urbanas que dominarán la «opinión pública» durante la segunda mitad del diecinueve y dos primeros tercios del veinte que a partir de Napoleón constituyen no precisamente el Tercer Estado, sino el único Estado, al menos desde la perspectiva que será propia del Código Civil y verdadera fuente del pensamiento democrático actual.

Esto se reproduce entre nosotros sin que dé lugar después a la más mínima evolución positiva, más bien se da una involución que nos acerca en las vivencias y muchas veces en la práctica a aquellas posiciones y actitudes que tanto censuramos para el mundo árabe e islámico.

Tengo para mí que en la evolución «liberalizadora» posterior, muy acelerada, por cierto, a veces hasta el extremo de pasar del falso y teatral recato hasta el igualmente exhibicionista libertinaje externo, influye muy poco el cambio de posición ideológica por la vía autocrítica y por la de la racionalización de las relaciones entre personas a las que se les reconoce legal y constitucionalmente, ahora, libres, iguales y enteramente capaces. Sí tiene que ver, y mucho, el puro dato fáctico de la presencia de las mujeres, cualquiera que fuere su estado civil, en el trabajo productivo extra doméstico con los cambios de retribución personal, de autoresponsabilidad y de vida social que tal actividad y su circunstancia de lugar comportan.

Las mujeres casadas que trabajan fuera del hogar han sido las autoras del cambio operado y lo serán también de los detalles de pervivencia del antiguo sistema que restan por someterse a la mutación práctica, porque han dejado de ser unas meras ahorradoras de recursos económicos —la mayor parte de ellas lo sigue siendo a mayor abundamiento— para convertirse en aportantes de metálico y con relativa frecuencia con igual o superior cuantía a aquella que proviene del marido.

En la mayoría de los casos la suma algebraica de la aportación de numerario retributivo externo y del tradicional ahorro doméstico sitúa a las mujeres en el puesto de primer aportante de recursos netos de la economía familiar. Ya no se trata, como hace medio siglo, de la aportación de un segundo sueldo del que dependían, más bien más que menos, las vacaciones y otros lujos menores, sino de una aportación idéntica o superior.

Al papel del trabajo retribuido y ejecutado fuera del hogar, punto indudable de partida del cambio, hay que añadir de forma subrayada la autoestima que este trabajo genera, aspecto psicológico este que suele ser desdeñado injustamente por la mayoría de los juristas; el dato que puede llegar a ser

preocupante del incremento más que notable de la esperanza de vida: y, además y también la decisiva relativización de la función reproductora como finalidad principal del matrimonio. A todos estos fenómenos, que no pueden ser tratados como puros datos de interés para el análisis, es preciso asignarles una carga valorativa tal que, a mi juicio, obliga a tener en cuenta todas estas perspectivas en la interpretación de los textos y a tomarlos en consideración para la revisión de la reforma de 1981, que parece a todas luces prudente emprender e incluso debería tenerse por necesaria; pues ésta se inspiró en una realidad social, económica, cultural e incluso moral bastante distinta de la actual, la que fue propia de la tan ponderada «transición democrática». Entre uno y otro momentos ha transcurrido un cuarto de siglo caracterizado precisamente por la transformación de todos y cada uno de los cimientos de nuestra sociedad y de su influencia en la vida cotidiana.

De todas formas, resulta evidente que la posición de la mujer casada en la sociedad y en el hogar sigue constituyendo, hoy como siempre, el factor determinante del contenido material de los regímenes económico-matrimoniales, incluso cuando no cambian los textos; pero el vuelco en este aspecto ha sido tan espectacular que no resultaría ocioso ni exagerado favorecer reformas globales del Derecho de familia. Reformas propuestas por los órganos de estudio y de los Gobiernos y aprobadas por los legislativos que en cada ámbito territorial del Derecho Civil corresponda, en lugar de seguir asistiendo impasibles a una reinvencción judicial de esta parte del Derecho Civil sin posible justificación teórica.

La actual crisis abierta entre la Sala 1.^a del Supremo y el Tribunal Constitucional evidencian por ambas partes esta tendencia hacia la reinvencción normativa impropia y la pobreza de ideas que la sustenta, a salvo siempre la aspiración de refuerzo del poder que late en el fondo de estas pequeñas crisis.

III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LA MASA COMÚN GANANCIAL DESDE LA CODIFICACIÓN HASTA LA REFORMA DE 1975

A) POSICIÓN DE LA CODIFICACIÓN

El artículo 1.410 del Código Civil trae causa del artículo 1.331 del Proyecto isabelino (5), ambos textos carecen de antecedentes patrios, como puso

(5) El artículo 1.331 del Proyecto de 1851 disponía:
Las deudas contraídas por el marido ó la muger, antes del matrimonio, no son de cargo de la sociedad.
Tampoco lo son las multas y condenaciones pecuniarias que se les impusieren.

de manifiesto MANRESA, quien, además, apuntaba directamente a la evolución de esta responsabilidad al afirmar: «En relación a *las compañías o sociedades comunes*, las leyes 7.^a y 13.^a del título X de la Partida 5.^a declaraban responsables a los socios del daño o perjuicio que ocasionasen a la sociedad por su culpa o dolo» (6) con clara alusión a la estructura de deudas y responsabilidades del socio industrial que es propio de las sociedades comanditarias y de la propia sociedad civil ordinaria.

GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias*, advierte que la solución del artículo 1.331 del Proyecto isabelino se inspira en el artículo 1.498 del *Code* francés tomando en consideración la diferencia estructural que media entre nuestra sociedad de gananciales y la comunidad legal francesa sobre todo respecto de ingresos y deudas anteriores a la celebración del matrimonio, por lo que nuestra regla resulta más clara.

La masa ganancial por este artículo 1.410 no es deudora directa, ni de las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio (como también ocurre ahora) ni de las declaradas por aplicación de la responsabilidad aquilina, bien sea declarada ésta por causa de delito (arts. 46 a 48 del Código Penal de 1870), bien lo sea por culpa *cuasidelictual* civil, aunque sí resulta parcialmente responsable de las deudas del marido.

La razón no es otra que la que demanda la coherencia del sistema: «la responsabilidad debe ser tan personal como lo es el hecho de que procede», como recuerda GARCÍA GOYENA, quien añade, de conformidad con los criterios sociales de la época, que «la diferencia que se hace aquí entre marido y

Sin embargo, así las deudas contraídas por el marido con anterioridad al matrimonio, como las multas y condenaciones pecuniarias que se le impongan, podrán repetirse contra los gananciales, si no tuviere capital propio ó no alcanzare este; pero al tiempo de liquidarse la sociedad legal se le cargará su importe.

El artículo 1.410 del Código Civil de 1889 decía:

El pago de las deudas contraídas por el marido ó la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales.

Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren.

Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido ó la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408, si el cónyuge deudor no tuviere capital propio ó fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados.

Resulta muy esclarecedor que en la primera edición del Código en 1888, este párrafo tercero dijera:

Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido (no por la mujer) con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra el fondo social (no los gananciales) después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408, si el cónyuge deudor no tuviere capital propio ó fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados.

(6) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. IX, 4.^a ed., pág. 559. Ed. Reus, Madrid, 1930. El subrayado es mío.

mujer, se funda en que el primero, mientras dure la sociedad, es administrador independiente con facultad de enajenar los gananciales; la mujer, por el contrario, no puede mezclarse en la administración, ni obligar en manera alguna los bienes, ni en realidad hay para ella gananciales hasta haberse disuelto la sociedad» (7).

Este criterio, al margen de la desigualdad de los cónyuges, resulta claro y congruente, tanto con la letra de la ley, cuanto con el fundamento societario de los gananciales puestos en manos del marido en tanto que socio gestor con responsabilidad universal y titularidad, al menos fiduciaria, sobre los bienes gananciales, cuanto con su poderosa contrapartida la inembargabilidad por cargas de la sociedad de los bienes dotales y propios de la mujer. Por ello no se plantea tan siquiera la cuestión de la responsabilidad contractual.

GARCÍA GOYENA explica, cargado de lógica elemental, pero sistemática, y también de razones jurídicas, que la deuda es individual del sujeto que ocasiona directamente el daño o por cuya acción u omisión la desencadena, por lo que la responsabilidad resulta ser individual también, pues sólo puede repetirse de la masa ganancial a falta o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor.

Ahora bien, serán los artificios inútiles y censurables, de entonces y de ahora, que generan las diferencias jurídicas entre cónyuges los que oscurecerán este primer pensamiento diáfano y darán lugar al nacimiento de argumentaciones embarulladas por falsas que se han prolongado hasta el presente, como demuestra la jurisprudencia oscura y poco respetable sobre el actual artículo 1.373 del Código Civil hasta la reforma de la LEC de 2000 (8).

Se trata de argumentaciones sofisticadas planteadas a partir de una situación coyuntural totalmente desligada del punto que nos ocupa: aquí la responsabilidad civil *ex lege Aquilia*, y que conducirá a la adopción de un dislate jurídico que se convertirá en argumento de hipótesis más o menos social, pero no jurídica.

La hipótesis en tanto que tal resulta indemostrable pero devino inatacable, por ser hija de una argumentación tenida por teológica-moral, también equivocada y falseada, que se orienta a la consecución de resultados que responden a intereses ilógicos. Además, su influencia en el pensamiento fáctico no sólo dominará más de la mitad del diecinueve y todo el veinte, sino

(7) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Edición de la Cátedra del Profesor LACRUZ BERDEJO. Zaragoza, 1974, págs. 714 y 715.

(8) Espero que la desesperada búsqueda de una ilógica consorcialidad de las economías matrimoniales y hasta de las uniones más o menos estables de pareja en una sociedad crecientemente divorcista no sirva para desatender por parte de los juzgadores no sólo la ley material sino también la rituarial, sustituyendo a ambas con criterios personales de pura y rancia moralina que, a veces, no se observa en casos francamente inmorales para el común de los ciudadanos formados e incluso poco formados.

que seguirá presente entre nosotros pese a la reforma de la LEC e infectará a una norma tan bien pensada como la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico-matrimonial y viudedad.

El artículo 37.1 b) de la misma afirma que los bienes comunes responden frente a terceros de buena fe en los casos «de las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave».

No entiendo la extensión de la responsabilidad, ni creo que tenga más fundamento que un entendimiento anómalo de la economía del matrimonio y, tal vez, la consideración de la igualdad negativa entre cónyuges conforme a la posición a todas luces reprobable de la posición de un marido que invadía, por el mero hecho de serlo, el patrimonio de su mujer e interfería en su gestión.

Se trata de aplicar, me parece, la inexistente lógica del refranero: «¡Hay que estar a las duras y a las maduras!», u otras obviedades de este mismo orden, frente a la madurez bimilenaria de la aplicación más o menos acertada, según épocas, de la *lex Aquilia*, que destaca la personalidad e individualidad de la responsabilidad, y también de oscurecer esa claridad bajo las penumbras de la gestión de la comunidad conyugal que a veces emulan más al secreto societario y delictuoso propio de las bandas mafiosas y demás asociaciones de malhechores que al tan traído, repetido e ignorado modelo cristiano de economía conyugal inspirado en la Epístola paulina a los romanos (9), y en la interpretación del amor carnal del matrimonio en boca y pluma de los Santos Padres de Oriente y Occidente.

De todo este complejo entramado sabemos hoy que, en cuanto a su origen histórico, es falso; en cuanto a su formulación, resulta inexacto; y que se debe a una imitación de la jefatura de las casas feudales, tras la Revolución francesa que teóricamente al menos las combate, que da lugar al alumbramiento de una sociedad que se puede calificar de misógina, con todos los merecimientos, aunque se quiso vestir con el aura de un regreso a la figura del *pater familias* romano clásico, pero ahora en cada familia burguesa o menestral.

(9) La Epístola a los romanos ha sufrido, además de algunas interpolaciones, una interpretación paralela a la de la creación de la sociedad de gananciales totalmente acrítica y separada por completo de sus orígenes y sobre todo de sus destinatarios iniciales. San Pablo, o el autor de la interpolación, trata de dulcificar la posición de la mujer puesta bajo la potestad personal, económico-matrimonial (régimen de separación y dote) y social del *pater familias* romano. Se trae a colación, en defensa del régimen de gananciales, cuanto sea menester del texto original y se silencia el resto cuando conviene. Ya va siendo hora de que se abandone el discurso de la perfección moral de la comunidad consorcial con demonización materialista de todos los restantes porque, amén de obedecer a un ideal bastante discutible, no resulta viable en una sociedad separacionista, sólo resulta interesante para los abogados divorcistas que por interés personal de los jueces se encuentran con tres pleitos en vez de uno sólo: el de separación (normalmente inútil y frustrante), el de divorcio y el de liquidación de la sociedad. Éste último siempre a mala cara y peores sentimientos después de vivir en propia carne los dos anteriores.

El éxito de esta formulación coincide con el que suelen alcanzar los dogmas y las afirmaciones hechas por aquellos que conocen a la perfección su falsedad, pero insisten en ella, de tal modo que resulta inútil apelar a la realidad comprobada, pues una y otra vez se prefiere la ficción a la sencilla verdad, de ordinario poco épica y casi siempre prosaica.

La responsabilidad civil delictual o cuasidelictual en su planteamiento tradicional, al que obedeció la letra del artículo 1410,2.º del Código Civil (1889), no podía dar lugar a una carga consorcial de las que contempla el coetáneo artículo 1.408, como se hace notar en el tercer párrafo del mismo artículo 1.410.

La condena judicial por daños e incluso la multa administrativa o por faltas emparejada a la declaración de responsabilidad, que hoy denominamos genéricamente extracontractual, sólo podía ser individual del cónyuge causante del daño o responsable legal del mismo, aunque lo fueran ambos cónyuges tampoco daría lugar a una responsabilidad o carga consorcial porque éstas, en cuanto a su formulación legal, eran y son tasadas, como corresponde a una masa patrimonial separada con destinación y finalidad propia.

Ahora bien, el que la responsabilidad por estas deudas sea privativa no quiere decir que la masa común quede inmune y ajena a su efectividad: el acreedor puede dirigirse en vía coactiva contra bienes integrados en la masa común, en razón de que el deudor embargado resultaba ser también titular de la misma; no obstante, para poder agredir a la masa común era preciso que el deudor careciese de bienes propios y que estuviesen cubiertas las cargas consorciales contempladas en el artículo 1.408, pues según preveía el artículo 1.410,3 los acreedores consorciales eran preferentes a los privativos por cuanto se refiere a la masa común.

La masa común, con independencia de si para la sociedad de gananciales de 1889 la propiedad de la misma corresponde a un cónyuge sólo, el varón (tesis que hizo suya el Tribunal Supremo contra la tradición española) o si en todo momento se trata de una titularidad consorcial (tesis de la mejor doctrina y de la mayoría de los legisladores), se sitúa bajo la dirección del marido en función de mejorar la solvencia de éste y aplicar tal solvencia mejorada al interés económico de la familia en su conjunto (10).

«Por lo general estas obligaciones (las del art. 1.410, 1 y 2 (texto de 1889) —decía Cossío— no corren a cargo de la sociedad, imputándose a ésta excepcionalmente cuando se da el doble requisito de hallarse cubiertas las atenciones enumeradas en el artículo 1.408, y que no tenga el cónyuge deudor capital

(10) Téngase en cuenta que el legislador español ha contemplado siempre a la sociedad de gananciales como una fuente casi milagrosa de riqueza y bienestar, haciendo caso omiso de los expolios de las masas privativas a que da lugar la presunción de ganancialidad administrada sin ninguno de los naturales paliativos y sin atender a la conflictividad que generan las crisis matrimoniales.

propio o éste sea insuficiente. En todo caso, al liquidarse la sociedad se cargará al cónyuge deudor lo satisfecho por estas obligaciones o multas» (11).

Añadía COSSÍO, con el apoyo expreso de FIORE, pero tomado del comentario de MANRESA, que «La comunidad sólo sufre indirectamente el efecto de estas deudas, en cuanto que mediante su pago viene a disminuirse el activo cuyo disfrute le pertenece. Si la mujer en el momento de casarse tiene 100 de capital y 50 de deudas, la comunidad adquiere en apariencia el goce de 100, mas en realidad sólo disfruta 50, que es el líquido haber aportado: los acreedores conservan su derecho a exigir los intereses de sus créditos y el pago del capital a su vencimiento, por lo que si la comunidad y en su nombre el marido como administrador, no están obligados al pago del capital, lo están de un modo directo al pago de los intereses que constituyen una baja del disfrute perteneciente a la comunidad, y aún indirectamente al pago del capital, en el sentido de que no pagándose queda privada de su disfrute».

MANRESA fue mucho más tajante en la interpretación de estos preceptos pues liga la responsabilidad consorcial al percibo de un equivalente por la correspondiente masa y a la presunción de que el marido obra en interés de la sociedad, por lo que afirma «exceptúanse de esta regla: las multas y condenas pecuniarias que al mismo marido se le impongan. Cuando se trata de tales condenas y multas, la ley no puede presumir que ha nacido la obligación en interés de la comunidad: se trata de una responsabilidad personal privativa del marido, y a él sólo incumbe, por regla general, su pago o cumplimiento». «Contrayéndonos al objeto especial a que se refiere el artículo 1.410 —continúa más adelante MANRESA—, las multas y condenas pecuniarias representan algo personalísimo del cónyuge que, con su falta o delito, da lugar a ellas. Las multas, ya sean impuestas por la autoridad judicial o gubernativa, cuando procedan de un hecho imputable a uno solo de los esposos, constituyen una pena cuyo cumplimiento debe ser personal. Otro tanto cabe decir, aunque no se trate de penas, en cuanto a las responsabilidades civiles nacidas de hechos u omisiones de uno solo de los cónyuges, verbigracia, restitución en su caso, reparación del daño causado, indemnización de perjuicios, reintegro del papel sellado, honorarios del defensor, y del acusador privado, en su caso, y demás costas procesales». «Confirma esta doctrina la sentencia de 13 de enero de 1916, según la cual no son carga de la sociedad de gananciales las costas y responsabilidades pecuniarias que se impongan al marido en causa criminal seguida contra él, porque aun cuando el marido sea administrador de la sociedad no procedió como tal al delinquir» (12).

(11) COSSÍO, «La sociedad de gananciales», *INEJ*, pág. 96, Madrid, 1963.

(12) MANRESA, *op. et loc. cit.*, Lib. IV, Tít. III, Cap. V, artículo 1.410, págs. 560 y 561.

En esta sensata y durante largo tiempo pacífica interpretación de la norma aparecen netamente deslindados qué débitos lo son de un cónyuge solo a causa de su propia responsabilidad civil extracontractual y cuál sea la función secundaria de garantía respecto de las deudas privativas que se asigna a la masa consorcial en todo régimen comunitario, que no sea de comunidad universal; porque, en primer lugar, no hay ni puede haber (o debería haber, para ser más precisos) más débitos comunes que aquellos que reciben tal expresa naturaleza legal. Aun acaso funcional: la sociedad de gananciales no se constituye como una persona jurídica distinta de la individual de cada cónyuge y, además, la masa común no constituye una titularidad distinta a las restantes de los consortes; eso sí, tiene una destinación preferente en favor del levantamiento de las cargas consorciales y otra de refuerzo de la solvencia (garantía) en el mismo sentido, por lo que para las restantes deudas: las privativas o incluso las presunta o dudosamente comunes, representa siempre la masa común *una solvencia real*, pero siempre y en todo caso de segundo grado por no ser de titularidad exclusiva del cabeza de familia.

Esto es explícito en la doctrina científica, al menos, para la anterior a la reforma de 1975, pero empezó a hacer aguas ante la conveniencia interpretativa (básicamente política de adhesión al régimen) para el caso de cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo que luego examinaremos. Desde luego no puede decirse que resulte tan claro para la letra de la ley tras la reforma de 1981; pero como mínimo sí puede afirmarse sin demasiado temor a errar que la línea histórica, cuyos principales exponentes son MANRESA y COSSÍO, coadyuva a la clarificación del fenómeno, aunque debo reconocer por mi parte que para la actual doctrina dominante la interpretación a favor de declarar la responsabilidad común ha resultado ser la tónica dominante, sin las debidas distinciones de casos y separaciones de supuestos, para lo cual ha convertido en punto de apoyo de su palanca interpretativa lo que no pasó de ser un comentario marginal en línea galicana de don Florencio GARCÍA GOYENA sobre la titularidad diferida para la mujer sobre la masa ganancial (13).

Una ligereza científica: la de la titularidad expectante de la mujer sobre la masa común que impedirá durante siglo y medio que los magistrados del Tribunal Supremo se opongan a la admisión de la tercera de dominio interpuesta por la mujer casada en defensa de su parte en los gananciales, por deudas privativas del marido (muchas veces contra el consorcio), sin más argumentación lógico-intelectual que la que se derivaba de la hipótesis indiscutible —en aquel momento— de la superioridad viril en el matrimonio y en la sociedad conyugal.

(13) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 715.

Una convencional y misógina sinrazón que, ya desde su formulación bajo el Consulado francés en plena contrarrevolución (14), se sabía falsa y se juzgaba descaradamente interesada, pero no por ello resultó, a la postre, menos persistente.

Esta posición foránea arraigó en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 22 de diciembre de 1926 y 5 de noviembre de 1929 y después en otras muchas (15) y fue combatida por Cossío con rigor científico no exento de vigor en la expresión de su pensamiento, aunque con poco éxito de convicción para con los magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, casi siempre poco propicios a atender a la crítica doctrinal sobre su quehacer.

Cossío afirma al respecto: «No creemos admisible la doctrina contenida en las sentencias aludidas que, como puede comprobarse, se fundan en una tesis totalmente desacreditada de la doctrina y en la propia jurisprudencia: la que ve en los gananciales una propiedad exclusiva del marido y reconoce a la mujer una mera expectativa para el momento de la disolución. Si se acepta la construcción más generalizada de la titularidad en mancomún de los bienes..., es evidente que aparecerá como fundada una tercería de dominio producida con ocasión de un procedimiento en que se persiguen bienes gananciales fundándose en una deuda contraída por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y ello por las mismas razones que han llevado a la jurisprudencia a negar a ambos cónyuges *el derecho de disponer como propios* de aquellos bienes que se califican como gananciales».

«Para obtener —a juicio de Cossío— el derecho a perseguir los bienes gananciales en cualquiera de los dos supuestos contemplados por el artículo 1.410, será preciso seguir un procedimiento de carácter declarativo, en el que deberán ser demandados ambos cónyuge para poder cumplir el precepto del artículo 144 del Reglamento Hipotecario..., sin lo cual ni podrá producirse anotación de la demanda o embargo sobre bienes de esta clase, ni mucho menos ejecución que les tenga por objeto» (16).

La responsabilidad de la masa común, aún en las etapas históricas en que el consorcio se contempla como una prolongación de la esfera de actividad propia del marido, se constriñe en lo extracontractual a aquellas deudas en las que no hay ni por asomo duda alguna de que la actuación marital desenca-

(14) Se trata, al parecer, de una imposición a favor de una tesis minoritaria del Primer Cónsul, Napoleón Bonaparte, un hombre encumbrado por sus magníficas relaciones con las mujeres que dominaban los salones parisinos y por su primera esposa Josefina Boharnais.

(15) Las para mí más aberrantes son las dictadas sobre el actual y vigente artículo 1.373, una legislación inspirada en la igualdad, la cogestión y plena capacidad de obrar fuera y dentro del hogar de los cónyuges.

(16) Cossío, *op. et loc. cit.*, págs. 97 y 98. El subrayado es mío.

denante del débito se efectúa en interés de la familia y por medio de una actividad a todas luces legal y en la que se pone como mínimo la diligencia corriente, bien la estándar de buen padre de familia, nada más ni nada menos, o bien la que debe ser propia de un profesional del ramo que corresponda.

O sea: las consecuencias económicas y jurídicas exclusivamente negativas que se derivan de circunstancias vivenciales de cualquier tipo en las que no se ha guardado la diligencia mínima o en las de aquellas actuaciones en las que se da la nota de ajenidad respecto de la actividad o quehaceres honestos que son habituales del mismo consorte que es, recordemos, el cabeza de familia, o dentro de éstas cuando no se han observado las reglas que directamente rigen el ámbito de que se trate (licencias, permisos, empleo de medios especiales, etc.) o son habituales en el desempeño de la profesión, oficio o arte, serán siempre de su cargo, con independencia de que la masa común resulte afectada al pago de estas deudas privativas, tras la liquidación de las deudas comunes contraídas con anterioridad o al mismo tiempo, pero, en todo caso, como anticipo de lo que al deudor le correspondería en la liquidación final y no como cargo propio del consorcio (responsabilidad provisional en suma).

Recuérdese que el modelo familiar no es otro que el del matrimonio indisoluble con gestión exclusiva del marido y con los bienes de la mujer, dotales y parafernales, totalmente liberados de la responsabilidad de las deudas consorciales ni siquiera por el ejercicio por parte de la mujer de la potestad de las llaves.

Aquí se sigue el modelo normativo establecido para los ingresos y deudas procedentes del juego: cada ganancia es un don, tanto da del azar o del cielo, y cada pérdida (inmoderada) es un castigo para la economía del vicioso jugador. Lo de menos es que no haya lógica respecto de una actividad individualmente considerada, porque lo que aquí se contempla es un consorcio, una agrupación familiar que se piensa bajo una clara y decidida concepción teleológica para proveer de recursos acrecentados a los socios activos y a sus sucesores: el fracaso sólo tiene consecuencias comunes si no puede imputarse a la actuación ilegal, descuidada o carente de la necesaria pericia de parte del único actor con plenitud de ejercicio sobre la economía familiar: su cabeza —término en aquella época nada equívoco.

La sentencia de 1 de abril de 1932 retomó la línea de la de 13 de enero de 1916 al negar que sean cargas de la sociedad las costas civiles o criminales de aquellos procesos en los que son aplicables las reglas del artículo 1.410, porque como afirma la sentencia y señala MORENO MOCHOLÍ, «en el proceso civil la imposición de costas es una condena o sanción de la temeridad y mala fe» (17).

(17) En los *Comentarios* de MANRESA (Reus, 1969) edición revisada por MORENO MOCHOLÍ. El comentarista obvia la dirección contraria a la mantenida en esta aislada sentencia, para mantener de ordinario la posición diametralmente opuesta a la lógica

B) LOS PRIMEROS REPLANTEAMIENTOS DE LA POSICIÓN DE LA MUJER CASADA
EN EL SENO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La inquietud social de los llamados «felices años veinte» del pasado siglo, que se incrementó con el hundimiento económico de 1929 y las reacciones políticas de crisis del Estado de los siguientes años treinta, suponen la apertura de la más profunda crisis sufrida por la sociedad española en su conjunto. Ello, y para la cuestión que nos ocupa, pese a la propaganda que a diario recibimos sobre un inventado feminismo republicano que formaría parte, a su vez, de la también reinventada revolución social. Curiosamente la tan ponderada apertura social no afectará a la posición de la mujer casada en el contexto vital de los regímenes económico-matrimoniales que no serán objeto de ningún cambio, ni siquiera variará en exceso la concepción formal y normativa del matrimonio, ni mucho menos la vivencia del matrimonio propiamente dicho. Es más, ni siquiera encontramos en la literatura jurídica, social o económica referencias a la necesidad, justicia, oportunidad, utilidad o mera posibilidad de que se conciba tal cambio.

En los textos legales, la misoginia napoleónica siguió luciendo con todo esplendor. La introducción del divorcio vincular como remedio a las crisis matrimoniales, la apertura a la mujer del ingreso en los cuerpos de funcionarios del Estado o el reconocimiento del derecho activo y pasivo al sufragio, sin restarles, por mi parte, ni un ápice de su verdadera importancia, no influyeron en la concepción social e interna del matrimonio y mucho menos en su economía, reducto esencial del poder marital alumbrado por el *Code de 1804*, al que en este punto, como en tantos otros, sigue el nuestro. Incluso la potestad de las llaves sufrió algunos notables retrocesos, al menos en su exposición teórica, como tendremos ocasión de examinar más adelante, pues ésta se incluye y contempla dentro de la dirección y administración que se reconocen en exclusiva al marido y cuyo ejercicio se concibe como una representación tácita alumbrada por la norma.

Si se habla con propiedad de este tumultuoso y trágico período histórico habrá de afirmarse la evidente radicalización del esquema patriarcal con marido «todopoderoso» que alumbrarán los pequeños burgueses provincianos al frente de sus familias, en la creencia que tal era el modelo aristocrático cuya imitación dará lugar a un penosamente improvisado papel de dueño y señor de la casa, ¡por cierto! abiertamente contrario a la tradición hispana.

Si somos capaces de admitir para nuestro examen algunas pautas sociales ajenas al mundo estrictamente jurídico (casi siempre arcaizante en el lenguaje, incluso cuando arropa cambios revolucionarios) y nos fijamos en la

interna de éstas. Es decir, la defensa de los intereses directos y la titularidad propiamente dicha de la mujer sobre los bienes consorciales.

estética de los citados años veinte y treinta nos alertará, sin la menor duda, sobre un evidente proceso de objetivación material y de androgenización de la mujer que culminará a finales del siglo xx con la adopción generalizada de la mujer efebo anoréxica. No se trata tan sólo de la conformación de rostros femeninos con perfiles acusadamente angulosos como en los celebrados retratos de la pintora LEMPICA o de la desaparición de las naturales redondeces propias para la reproducción vivípara de la especie que en la bella e interesantísima cartelística de propaganda comercial, política y social de la época, anuncia el abandono de tal función que era tenida como tarea casi exclusiva, para incorporarse y compartir un mundo que parecía reservado en exclusiva a los varones (18).

La propaganda comercial de esa época, que servirá para generar una opinión bastante generalizada de descrédito social de la incipiente y bastante cateta burguesía española, que se encuentra en su cotidiana realidad a años luz de la acumulación de riqueza que muestran tales carteles. Pues bien, esa iconografía nos muestra a una mujer que no trabaja, no se reproduce y vive dedicada a la contemplación ensimismada, en suma, una especie inexistente en la España de la época aún en las clases más altas e incluso bastante después, pero que se presenta como reclamo de «un mundo feliz» que se promete por todos los medios y agentes.

Muy al contrario del modelo iconográfico de las primeras revistas frívolas, éste era el término contemporáneo al uso, las amas de casa de la época a la que me refiero traen a este mundo, diezmado de población joven por una serie de guerras especialmente mortíferas, entre seis y nueve criaturas de las que sobreviven cuatro o cinco de media, cualquiera que sea la clase social a la que pertenezcan y, además, salvo unas escasas mujeres privilegiadas, se ocupaban de las labores propias de un servicio de intendencia permanente y ocasionalmente, pero con mucha frecuencia, de labores de refuerzo de la actividad económica del marido en una sociedad cuya producción procede de la pequeña agricultura e industria del mismo tamaño, del artesanado y del comercio al por menor. En esta última actividad serán con frecuencia las mujeres quienes estén al frente del establecimiento, aunque ellas no suelen ser las titulares formales del mismo.

Desde la perspectiva actual de mecanización de los hogares (19) y de otros trabajos que ocupan a gran número de personal femenino, resulta no

(18) Recuerdo al respecto un maravilloso cartel de propaganda de cigarrillos en el que una dama sin formas sale de un aparatoso coche y retiene a dos grandes galgos afganos, nada más irreal para la pobre España. Pero se trata de dar la apariencia de ausencia de signos de distinción entre varón y mujer que alcanza incluso a favorecer la de imitar también los vicios de una clase social inexistente que se muestra desocupada, banal y gozadora de estúpidos lujos fuera del alcance de las clases más acomodadas como tal clase.

(19) Creo que se trata de la actividad productiva-ahorrativa más automatizada de la sociedad occidental, muy por encima de la pretendidamente informatizada y robotizada, en la propaganda, fabricación de automóviles, sólo comparable a las oficinas del sector de

sólo muy difícil de entender, sino siquiera de imaginar el trabajo prestado a la familia por el ama de casa de hace tan sólo cincuenta años o poco más, con una ocupación que tuvo en lo cuantitativo carácter prácticamente universal; ahora bien, resultó siempre indiferenciada e invisible, porque así se quería fuese contemplada en un ambiente social que vincula de forma falsa la producción económicamente computada con la condición masculina del prestador de trabajo (oficios de hombres), sin excepciones dignas de mención estadística.

Mi maestro LACRUZ, tan certero en sus diagnósticos jurídicos, en 1963 y en un libro muy difícil de entender en sus justos términos, desde luego no entonces para gran parte de la sociedad, como es *La potestad doméstica de la mujer casada*, decía en términos de proyección hacia el futuro y a partir de un análisis del pasado, «la diferencia entre la configuración legal y la real de la situación de la mujer casada forma una constante en cualquier época y país. Y así también hoy recuerdo (1963) en España. Mas cabe preguntarse si, en un movimiento pendular que merecería ser español, no habrán llegado países, manteniendo esa diferencia de configuración, a invertir sus términos» y subraya con fuerza, francamente poco diplomática para aquel momento de radical triunfo del nacional-catolicismo post concordatario (esta línea de pensamiento oficial hacía pública una opinión expresada externamente, al menos, con convicción, no sé yo si verdaderamente sentida, francamente pseudo-medieval de la familia y de la función de la mujer casada en ella), «cuando se aboga —seguía el maestro— por una modificación legal en la situación de la mujer casada, *no sólo conviene hacerlo en nombre de los principios de equidad o de justicia, sino, sobre todo, en nombre de una mayor adaptación del Derecho a la realidad*» (20).

profesionales liberales. El falso ocio que proporciona constituye el objetivo a ocupar por los medios de comunicación en sus programas menos recomendables que, cada vez con más frecuencia, se encuentran en la base de las crisis matrimoniales de las capas bajas y menos ilustradas de nuestra sociedad.

(20) LACRUZ, *La potestad doméstica de la mujer casada*, pág. 18. Ediciones Nauta, Barcelona, 1963. El subrayado es mío.

Este libro constituye el embrión de *El matrimonio y su economía*, obra esencial en la producción jurídica lacruciana y punto teórico de arranque de las reformas posteriores de la legislación de los Derechos de familia españoles hasta 1981. Aunque estas reformas se repiensen o se preparen por juristas alejados de los planteamientos literales de LACRUZ, pero enriqueciendo su pensamiento con ideas de éste. *La potestad doméstica...* es una obra de caparazón y factura netamente conservadora, muy influida por el pensamiento religioso del autor, pero a la vez y como propósito irrenunciable presenta un pensamiento netamente liberal-progresista con respecto a la época en que se piensa y se escribe, para España y para nuestro entorno europeo más próximo. LACRUZ, sin duda influido por el Derecho aragonés y la vivencia activa del mismo, no creyó nunca que la inteligencia, el trabajo y el sentido de ahorro tuvieran sexo, aunque entendía que existía una predisposición sexual a unas tareas que favorecía la división del trabajo. Le parecía inicua y ridícula la limitación de obrar de las mujeres por la simple razón de contraer nupcias y abogó siempre por

En definitiva, se puede afirmar, sin temor a errar ni incurrir en un juicio temerario, que la condición jurídica de la mujer casada se agrava, respecto del perfil nada favorable de la codificación, en el lapso de tiempo que media entre la primera guerra mundial y las primeras reformas de las normas de Derecho de Familia en los Códigos Civiles europeos de los años sesenta del siglo pasado.

Esta agravación de la condición jurídica no proviene de un cambio legislativo, sino de la interpretación judicial de las viejas normas de inspiración napoleónica. Este efecto puede contemplarse en toda Europa, salvo en países escandinavos, pero en el caso específico de España el cambio resulta muy agresivo, pues el planteamiento fascista y el nacional-católico puso siempre la alabada institución familiar al servicio personal del cabeza de familia, reforzando la «tradicional» concepción patriarcal de la misma con todas sus negativas consecuencias, entre otras la de propiciar y justificar de algún modo la radicalización de ciertos feminismos tan desequilibrantes de la armonía familiar en la misma línea, a mi juicio, de los efectos de la posición anterior que precisamente se trata de corregir y superar con el reconocimiento, defensa y vivencia de la natural y lógica igualdad entre los cónyuges.

En perfecta sintonía con el pensamiento oficial, la Sala 1.^a de nuestro Tribunal Supremo, fiel a este criterio, nos dio su posición sobre la estructura familiar y su modo de entender la responsabilidad civil debida a dolo o culpa exclusivos del varón, la extendió con más fuerza, si cabe, a quienes se dedicaban a llevar a cabo en negocios turbios sobre alimentos y otros bienes de primera necesidad sometidos a control administrativo para su comercio e incluso distribución interior, conocido en la época con el término «estraperlo» (21).

En los conocidos casos sobre patrimonio afectado por la responsabilidad civil derivada de multas administrativas millonarias por ejercicio del antes citado tráfico ilegal resueltos por sentencias de 23 de enero de 1958 (Ponen-

la equiparación en derechos y deberes adaptada a la funcionalidad de los sexos que originaba una «natural» división del trabajo. Después de 1975 su pensamiento se inclinó cada vez más en favor de la igualdad y no de la mera equiparación. La riqueza conceptual de la fórmula *uxor et socia* le parecía de una rara perfección y de auténtica proyección social.

(21) Este tráfico toma el nombre de un juego prohibido que bajo la 2.^a República española dio lugar a un sonado escándalo político. El pueblo español de la posguerra civil da este nombre al tráfico aludido del que sabe que se trata de una actividad que a la vez y sin contradicción es alentada y perseguida por el régimen político-militar recién instaurado, el cual cultivaba una moral, nada rara en nuestra sociedad y en las que la rodean, en la que se castiga no tanto el hecho ilícito o delictivo en sí, sino el ser atrapado.

Las autoridades contaban con este concreto tráfico, de reprimirse con éxito se hubieran dado situaciones de desabastecimiento de productos básicos necesarios, entre ellos, y por ejemplo, el pan. Además y en la práctica, el ejercicio de este comercio constituía una patente de corso en favor de prebostes y de los llamados con propiedad «adictos» al régimen.

te: DE LA CRUZ), 4 de diciembre de 1958 (Ponente: EYRE VARELA) y 27 de febrero de 1960 (Ponente: SERRADO HERNÁNDEZ) (22), se mantiene contra viento y marea que al responsabilizar del pago a la masa común, junto a la privativa del esposo traficante, no se interpreta erróneamente el artículo 1.410 del Código Civil, puesto que las recurrentes: «*las esposas de los multados no son titulares de los denominados bienes gananciales, pues hasta tanto no se produzca la liquidación de la sociedad no hay bienes gananciales*», afirma el ponente de la primera de las sentencias citadas, al que siguen los otros dos. En ninguna de las tres sentencias hay voto particular discrepante alguno.

El pensamiento de los magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo coincide con el de nuestra desculturalizada clase media baja, que tiene una visión bastante negativa de sus propias mujeres. Tal vez porque, como en el caso de Napoleón, se lo debían casi todo a ellas. Además, trasluce una reprochable visión un tanto mafiosa de la familia, por lo visto se ejerce el estraperlo, se roba, defrauda y se actúa ilícitamente *en familia* y *en interés de la familia*.

Es posible que *la tercería de dominio* no fuese la vía procesal adecuada para la defensa patrimonial del cónyuge no deudor ni responsable, aunque creo que lo es, con todas las de la ley, porque se trataba y se trata de una sociedad o de una comunidad sin eufemismo lingüístico alguno. Pero también porque al negarse la tercería como arma de defensa del cónyuge inocente se incumplía la letra y el espíritu del artículo 1.410, se deniega el amparo jurisdiccional al que tenían derecho los ciudadanos (no se trata de un feliz invento de nuestros queridos colegas constitucionalistas y procesalistas, pues forma parte del bagaje jurídico español desde los Decretos y la Constitución de Cádiz, aunque es cierto que nuestros Altos Tribunales no hicieron gala de la necesaria exquisitez jurisdiccional que es precisa para otorgar tan nada sutil garantía jurídica, y de ningún modo meramente política) y se desamparaban de forma casi siempre irreparable los intereses del cónyuge inocente y, en la época, sin duda, el más débil.

En el fondo nuestros juristas (23) de los siglos XIX y primera mitad del XX entienden que la participación femenina en la masa ganancial no pasa de ser una especie de legítima a percibir a la muerte del marido en premio a la fidelidad presumida (con la misma terminología y diferente naturaleza res-

(22) En mi opinión y por lo tardío de las sentencias respecto del fenómeno, se trataba de actuaciones durísimas con las que se quería borrar la fama de dejación de la función de policía y de connivencia entre las autoridades de todo tipo y estraperlistas, pues el fenómeno del desabastecimiento, base económica del problema, estaba a punto de desaparecer: las cartillas de racionamiento se suprimieron en 1953. Además, el tráfico ya no estaba en manos de personas protegidas desde las alturas y los buenos y rápidos negocios se encontraban en otras actividades. Los habituales del comercio y tráfico estancado volvieron al tradicional contrabando al contar con una población que ya podía pagar bienes de importación fiscalmente clandestina.

(23) ¡Atención! no sólo los jueces sino la clase jurídica casi al completo.

pecto de la viudedad navarra: usufructo de fealdad) y en tanto que tal contemplan aquella masa como un fondo que, pese a ser social, está al servicio, primero, de los acreedores del cónyuge gestor y, después y en último caso, destinado a levantar las cargas conyugales. Sólo *post mortem* y tras ser liquidado podrá repartirse entre el supérstite y los herederos del cónyuge finado. Así lo han visto, para el primer pensamiento, una legión de magistrados que al servicio de una idea patriarcal de la sociedad, en este punto más islámica (cadfés) que cristiana, no dudaron en inaplicar y tergiversar los artículos 1408.1.º y 1.410 del Código Civil (versión original de 1889) e inventar un nuevo Derecho coincidente con su visión privativa y particular de la sociedad concibiendo la ley como instrumento secundario de su misión social como poder del Estado (24).

En esta disparatada lógica resulta responsable la masa común de los actos ilícitos de uno solo de sus titulares reales o potenciales; en el mejor de los casos se considera a la mujer casada como un objeto decorativo ajeno a la economía matrimonial. Todo un disparate que se mantendrá hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y no estoy seguro de que no resucite en una Sala tan creativa en materia de Derecho de familia como viene siendo la 1.ª de nuestro Alto Tribunal.

Para mí está bastante claro que con los textos originales del Código en la materia e incluso a partir de una interpretación mínimamente extensiva del artículo 1.413 del Código Civil salido de la reforma debida a la Ley de 24 de abril de 1958 (25), no sólo se podía predicar una cierta alienidad de la mitad al menos de la masa común respecto de la responsabilidad civil derivada de los delitos y cuasi delitos debidos exclusivamente a la acción u omisión dolosa o culposa de uno solo de los cónyuges, sino que se puede afirmar, con total y absoluta claridad, que la Sala 1.ª del Tribunal Supremo

(24) No crea el amable lector que se encuentra ante el feroz desahogo de un sujeto que dirime una querrela privada frente a jueces y magistrados, aunque así suelen enjuiciar estos el descontento crítico que se manifiesta en las revistas jurídicas dedicadas, en todo o en parte, a la crítica jurisprudencial.

(25) Artículo 1.413 del Código Civil: *El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición de inmuebles o establecimiento mercantiles.*

Cuando el marido venga efectuando actos dispositivos sobre bienes, no comprendidos en el párrafo anterior, que entrañen riesgo para la sociedad de gananciales, podrá el Juez de Primera Instancia, a solicitud fundada de la mujer, oyendo a su consorte y previa información sumaria, adoptar aquellas medidas de aseguramiento que estime procedentes.

En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer, ni a sus herederos, los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.

erraba gravemente en su interpretación de las normas, tanto al mantener la titularidad absoluta del marido sobre los gananciales, atribuyendo una débil expectativa en favor de la mujer sobre la mitad neta resultante de la liquidación *post mortem*, cuanto al atribuir la carga total de la responsabilidad sobre los gananciales fuera del estrecho margen (la interpretación debería ser restrictiva, pues aquí la norma impone la posibilidad de gravar un bien parcialmente ajeno) previsto en el artículo 1.410.

El párrafo tercero del artículo 1.413 del Código Civil resulta vulnerado reiteradamente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Es más, éste ignora olímpicamente su presencia y su evidente naturaleza de norma cogente no sólo para los maridos administradores de la masa ganancial, sino también y no secundariamente a los aplicadores de la norma: jueces, tribunales y administraciones públicas, con inclusión de la entonces poderosa Comisaría de Abastecimientos y Transportes, de nada feliz memoria salvo para los enriquecidos por su intermedio.

Tengo para mí que este planteamiento en favor de los intereses de los acreedores y en perjuicio de un tercero totalmente ajeno al hecho jurídico que da lugar a la responsabilidad civil en razón de que este tercero potencialmente podría beneficiarse, trae causa de la redacción de los artículos 6.º a 12 del Código de Comercio en su redacción de 1886.

En este punto la mujer casada que ejerce el comercio con la *debida licencia marital* (esencial para tal función y de unilateral concesión y revocación del marido sin necesidad de manifestación de causa alguna que dé razón del cambio de parecer: porque al dueño y señor de la familia le da *la real gana*, máxima manifestación lógica del raciocinio marital castellano desde las Leyes de Toro hasta la reforma del Código Civil de 1981) responde por responsabilidad civil contractual y extracontractual con los bienes dotales y parafernales propios suyos y también con los comunes generados por el ejercicio del comercio bajo licencia (de los que se presume tiene la administración) y, acaso, los privativos del marido, *pero tan sólo si así se expresa o se deduce de la autorización concedida por éste*.

Esta visión tenderil de la vida económica ni podía ni debía desplazarse a la interpretación de las normas propias de la sociedad de gananciales en el Código Civil, pero se hizo y además se mantuvo sin recibir en el tratamiento judicial de la responsabilidad, la recepción de la nueva (entonces) normativa emanada de las normas limitativas de 1889 (arts. 1.408 y 1.410 del Código Civil), tampoco aplicó la de la Ley de 24 de abril de 1958 (nuevo texto del art. 1.413, puesto en relación con el anterior art. 1.410 que se mantenía vigente) (26).

La reforma de 1975 no incidió en el aspecto concreto de la responsabilidad civil extracontractual en el régimen de gananciales (la contractual siguió cons-

(26) No me parece necesario hacer más comentario para abundar en lo expuesto.

tituyendo una materia sobreentendida y más que discutible). Sin embargo, sus objetivos resultan tangencialmente importantes para el propósito de este trabajo en la medida que la reforma se hace eco de la presencia social de un profundo cambio en la formación del capital que afecta a las familias, tanto en la generación directa del mismo, cuanto por la vía indirecta del ahorro.

La apertura del sistema a la mutación del régimen económico-matrimonial, vía capitulaciones, vigente el matrimonio y constante el régimen inicial pactado o el legal, da una buena medida de la novísima perspectiva y de la erradicación de la perversa idea de que las capitulaciones matrimoniales tienen de ordinario y por finalidad principal la de defraudar a los acreedores de la familia o de uno de sus miembros (27) y la entonces nueva regulación de la separación de bienes, sin limitarla a los supuestos de separación matrimonial, presuponen un avance teórico colosal del que, por desgracia, se han beneficiado muy pocos matrimonios y sus martirizadas economías.

Estos matrimonios en gran medida siguen pensando que el «amor» se debe proyectar en el régimen de los bienes, posición inverosímil pero no por ello menos cierta. Nuestra sociedad sigue viendo las crisis matrimoniales como supuestos de mala suerte y no consecuencia, como invariablemente lo son, de malas elecciones o de falsos juicios e irreflexión sobre uno mismo y sobre los demás, también de la pésima elección del régimen económico-matrimonial.

Es, o mejor, parece evidente que la separación de bienes por sí misma no incrementa, tampoco disminuye, los afectos matrimoniales, ni influye demasiado en los divorcios, si se quiere comprobar este punto bastará con comparar las estadísticas relativas a Cataluña y Baleares con las de las dos Castillas; adelante, las desviaciones son inferiores al 2 por 100. Lo mismo ocurriría con las capitulaciones *post* matrimoniales: el número de fraudes resultó escaso en todas partes y tales actividades fraudulentas no eran en absoluto más frecuentes en los territorios forales que en los de aplicación del Código.

(27) El aparente horror al fraude, vía capitulaciones, debería corresponderse con el mismo miedo a la transformación de empresas con responsabilidad universal del comerciante en sociedades anónimas o limitadas que no encontramos en ninguna parte de nuestro ordenamiento. La separación de bienes, tras una etapa de gananciales, no puede afectar a los negocios celebrados en la etapa anterior, ni puede tener repercusión en cuanto a la solvencia. El único problema reiteradamente constatado, por cierto sin que se arbitre el oportuno remedio, es el que se sigue de la apariencia registral y la sacralidad en la interpretación rígida de normas hipotecarias de las que se dice que se derivan principios hipotecarios, que ni son tales principios ni son sacrosantos ni esenciales para el sistema.

IV. EL CAMBIO DE RÉGIMEN Y LAS REFORMAS DE 1981

A) EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL PASIVO DEL RÉGIMEN

La regulación salida de la reforma de 1981 tampoco trató de la responsabilidad civil contractual; en esta materia se limitó a dictar una norma discutida en su interpretación: el artículo 1.366, sobre responsabilidad aquiliana y que trata de señalar, en la línea de las regulaciones antecedentes, las limitaciones de agredibilidad de la masa común, planteamiento ya de por sí muy discutible, como hemos podido comprobar para las soluciones anteriores dadas por el Código en su redacción inicial y en su modificación de 1958, todas ellas objeto de abierta discrepancia entre las interpretaciones doctrinal y jurisprudencial.

La doctrina con rara unanimidad ha dejado sentado con empleo de una lógica en extremo elemental, a mi juicio, bajo cuya luz concluye sin dejar demasiado lugar para la duda, que la responsabilidad contractual debe seguir idéntico tratamiento al que reciben los gastos de gestión en su conjunto *ex* artículo 1.362 y por tan simple razón será también consorcial la responsabilidad contractual porque comunes son, conforme al artículo 1.347, los rendimientos obtenidos a partir del trabajo de los cónyuges o como consecuencia de la explotación de los bienes comunes y privativos de los cónyuges.

Entiendo que, como mínimo, resulta prudente apuntar que para esta conexión, sin demasiado análisis crítico de los artículos 1.347 y 1.362, ha sido preciso que, en el nacimiento de la responsabilidad por incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales, se parta de presumir la absoluta equivalencia para los supuestos contemplados en las causas 1.^a y 2.^a del artículo 1.362 y tanto para la responsabilidad provisional, cuanto para la definitiva de la masa ganancial. Lo cual parece, de por sí, bastante arriesgado, incluso como mero ejercicio intelectual, separado de sus consecuencias económicas, y bastante osado prescindir pura y simplemente de la distinción entre los conceptos «administración ordinaria» y «explotación regular» para las causas 3.^a y 4.^a, respectivamente, del mismo artículo. Todo ello, de partida, supone forzar mucho las cosas y hacerlo precisamente en contra de los intereses de la familia que se dice defender por medio del régimen de comunidad.

Sin embargo y pese a la gravedad del cargo que formulo, es menester repetir que en la doctrina patria no se ha hecho la más mínima objeción al tratamiento de la responsabilidad contractual, para admitir sin excepción (28) y como mínimo que al menos la responsabilidad de la masa común lo será

(28) Tampoco yo hice excepción en su momento frente a esta interpretación, me paré en el estadio preliminar de distinguir entre responsabilidad provisional y definitiva.

con responsabilidad provisional; aunque esto no supone gran cosa en la práctica para una sociedad que no se liquida de verdad, sino que las partes, una vez disuelta la misma, se limitan a repartir aquellos bienes que al parecer y por pura aproximación constituyen el activo de la sociedad. Por lo que la fijación de la responsabilidad provisional, como pretendo para la fijación teórica del concepto, equivale en la práctica mayoritaria a hacer responsable a la masa ganancial de todas, todas.

Algo parecido ha ocurrido para la responsabilidad extracontractual pese a la presencia en la regulación codificada de una norma expresa: la del artículo 1.366 del Código Civil (29). La doctrina de forma casi unánimemente, con la excepción aislada de quien suscribe (30), ha entendido que debe jugar aquí, de nuevo, un papel esencial la correspondencia entre el pretendido destino consorcial de los hipotéticos beneficios finales y responsabilidad por las cargas, bien ordinarias y regulares, lo que es desde luego comprensible, bien extraordinarias e irregulares, lo que ya no lo es tanto. Todo ello con un enfoque de la responsabilidad extracontractual un tanto extraño, como si de ser tratada de suerte distinta se diera lugar con ello a un empobrecimiento injusto del cónyuge que con su actividad o inactividad desencadena el nacimiento de tal responsabilidad. A las argumentaciones bastante viscerales y aferradas al orden de cosas anterior a la reforma, sólo les falta concluir exclamativamente con un ¡sólo faltaba! Cosa bien distinta es el tratamiento de la responsabilidad por el hecho de un tercero del que la ley nos obliga a responder.

No voy a reproducir aquí mis argumentos en pro de un tratamiento estricto y no ampliativo de la responsabilidad consorcial por acciones u omisiones cuasidelictuales (31), en consecuencia los doy por reproducidos aquí sin más, pues revisados con detenimiento me siguen pareciendo más acertados que los que se oponen a tal solución. ¡Qué le vamos a hacer! Tan sólo añadiré que, en los casos de dolo y culpa grave del artículo 1.366 del Código Civil, se me reconocerá, al menos, que en estos casos la deuda es privativa y, como

(29) Artículo 1.366: *Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.*

(30) Debo poner de manifiesto que tampoco se me ha comprendido o simplemente se me ha tomado en consideración, probablemente porque después de tanta y tanta reforma, que ha sido interpretada por la doctrina con criterios exclusivamente exegéticos de la letra, no ha lugar para la argumentación sistemática e institucional. La exégesis se ha vuelto a imponer en España por quienes, en sus afirmaciones metodológicas y en otras publicaciones, han empleado ríos de tinta y montañas de papel en combatir tal técnica de análisis para el *Code* de 1804; es decir, el texto modelo, al menos para nosotros, y la escuela en que generación tras generación nos hemos formado, aunque las más de las veces en secreto por razones demasiado obvias.

(31) Vid. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, pág. 350 y sigs., Tecnos, Madrid, 1992.

consecuencia, de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no parece que haya inconveniente en que se pueda oponer a la ejecución sobre bienes gananciales, ahora tal vez sí, aunque no estoy muy convencido, con efectividad del artículo 1.373 del Código Civil, ya previsto en 1981, pero con muy poco éxito.

La solución correcta, parece ser, vendría de la mano de establecer un sistema casuístico, como, por otra parte, se construyó el activo del régimen, bastante bien por cierto.

Un sistema que tradujera, para cada caso-tipo que nos propongamos examinar, los conceptos jurídicos indeterminados que, por desgracia, constituyen la razón de ser del artículo 1.362. Pues resulta a todas luces evidente que no son de cargo definitivo del consorcio todas y cada una de las operaciones de administración de los bienes privativos llevadas a cabo por su titular, ni lo son, sin más, todas y cada una de las deudas que se generan en torno a la explotación de los negocios de un cónyuge o con el desempeño de la profesión u oficio; como parece bastante lógico, ya que no se adjetivan los sustantivos por mera elegancia en la expresión verbal o escrita, sino para centrar el alcance específico del sustantivo impidiendo con ello una absurda generalización nada excepcional y mucho más para aquellas normas que desencadenan la responsabilidad de una masa que no es exclusivamente propia de quien desencadena la deuda, pues la otra persona es por definición tercera en la relación jurídica que da lugar al nacimiento de ésta y desde luego está por ver que el contrato, la gestión, o la acción dañosa se hayan producido en interés del consorcio y en beneficio de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, parece que no se puede tratar de discernir y sacar a la luz de entre todos los supuestos específicos posibles, aquellos en los que, por regla, la masa ganancial no debe responder por las indemnizaciones fijadas por incumplimiento contractual e igualmente por responsabilidad extracontractual. Tampoco se trata de dejar sentado en qué casos procede la responsabilidad de la masa común, sino, mucho más modestamente, de señalar los criterios a que responden las normas, las interpretaciones al uso de las mismas y efectuar una crítica con proposición de fijación de un hipotético criterio de asignación de responsabilidades. Nada más, pues así y con todo la tarea será de gigantes.

B) RAZÓN Y CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO MAYORITARIO

A partir de la regulación actual del pasivo de la sociedad de gananciales (32) y de la interpretación dominante hasta la casi unanimidad de tales

(32) Téngase en cuenta al respecto que el pasivo del régimen se estudia casi invariablemente antes de tratar de la gestión del mismo, como si fuese, en todo caso, consecuencia de la generación del activo consorcial o privativo.

normas, no puede construirse o, mejor, resulta inútil efectuar un análisis casuístico de supuestos de agredibilidad de los bienes consorciales o, si se quiere, de exclusiones de agredibilidad de tales bienes (33); me parece a mí que no se puede hacer otra cosa que aceptar paladinamente que, dado que con la gestión de los bienes privativos, explotación de negocios de idéntica titularidad o ejercicio de la profesión se beneficiará exclusivamente la masa común, también deberá ser ésta la masa que responda por responsabilidad civil contractual o extracontractual. Ahora bien, con los límites estrictos, para esta última, del artículo 1.366 del Código Civil y, aún así, con interpretación muy restrictiva para la adopción de responsabilidades individuales para el trasgresor.

A mi modo de ver la cuestión de fondo de esta solución comúnmente aceptada, yo también concuerdo, en principio, con ella, nos encontramos con la presencia de un punto de partida que arranca de un claro prejuicio estructural que, por el momento y al parecer, resulta insuperable, cual es el de la denominada *vis atractiva* de la masa consorcial, que tanto para su provecho, cuanto para su perjuicio, pues, se extiende al pasivo, aunque sin texto legal en el que fundamentar tal solución y se mantiene por la totalidad de la doctrina, sin tener en cuenta que esta concepción sólo concuerda parcialmente con la lógica interna que vertebra el activo del régimen y que se encuentra radicalmente reñida con la estructura real del conjunto en la mayoría de las economías familiares actuales o, al menos, con las que suelen y pueden presentar alguna problemática digna de mención por la complejidad de los elementos que conforman la economía familiar (34).

En la preparación de los textos de la reforma de la sociedad de gananciales de 1981, no se sabe bien por qué razón, se puso un gran cuidado y esmero en la letra de los preceptos que conforman la regulación del activo, también se afinó en el difícil aspecto del espíritu que los anima, se contempla en tales artículos una economía en la que pueden incidir los dos sujetos activos del régimen y se parte de la hipótesis lógica de que los dos cónyuges actúan o pueden obrar con un margen muy amplio de independencia. De ahí la presencia de formulaciones tan aquilatadas, como es el caso del artículo 1.359,2.º

Sin embargo, esta búsqueda de la precisión debida no se aprecia en absoluto en la construcción del pasivo: buena prueba de lo que afirmo viene dada en el puro dato de que alguna parte de la doctrina autorizada (35) pueda

(33) Como ocurre, por ejemplo, en la Comunidad legal belga. Régimen inexplicablemente muy poco tenido en cuenta por el legislador y la doctrina españolas, tanto por la cercanía temporal de las reformas, como por el realismo de sus planteamientos de supuestos y la coherencia de las soluciones.

(34) Ejemplificar a partir del supuesto «general» de que uno de los cónyuges se enriquece sin una especial contraprestación tenía en el tiempo de la reforma (1981) poco sentido, pero en la actual carece de él casi por completo.

(35) A partir de la soberbia tesis doctoral del profesor Luis Felipe RAGEL.

discutir abiertamente si la responsabilidad provisional o la definitiva de la masa común están previstas respectivamente en los artículos 1.362 y 1.365 del Código Civil o si se debe entender sucede a la inversa, lo cual no deja de resultar sumamente significativo, al menos tanto como para ponerse en guardia sobre todo en las consecuencias de la solución por la que se opta sin más fundamento que el expuesto.

¿Qué ocurrió y sigue ocurriendo para que esto sea así? Téngase en cuenta que el texto sigue vigente desde hace veintitrés años sin reforma alguna.

Para las sociedades de gananciales anteriores a la reforma de 1981, se mantenía por una buena parte de la doctrina y por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya he señalado repetidamente, que la masa ganancial pertenecía al consorte varón (dueño y señor de la sociedad, más exactamente de la masa ganancial, pero jamás se ha expresado así, tal vez porque el concepto masa obliga a emplear un argumento técnico y no soluciones de carácter puramente argumentativo) en tanto que la mujer no tenía sobre la masa común más que una expectativa que se materializaría de ser positiva la liquidación en el momento de la disolución; ahora bien, en teórica correspondencia no responderá jamás por las deudas comunes, aún en el caso de que el balance final arroje un saldo negativo. Por ello el varón, no sólo como gestor único de la sociedad incluida la masa «común», sino lo que es más aparatoso y claramente dudoso, para mí falso, como titular actual de la misma, respondía con todos los bienes que la integraban, amén de con sus propios privativos, por cualesquiera deudas que contrajese por cualquier causa, salvo los supuestos de probada mala fe o culpa grave, pues se presumía que obraba siempre en interés del consorcio. La mujer, por el contrario, tan sólo comprometía y responsabilizaba la masa común en el ejercicio de la «potestad doméstica», pero tampoco con esta actuación respondía con sus propios bienes (parafernales o dotales) sino que afectaba, si fuere necesario, a los del marido, como si actuase, en todo caso y situación, por *representación legal* de éste.

Este complejo fenómeno legal se explicaba por la doctrina, destacando que la afección de los bienes gananciales a la gestión marital de la casa entera y de su economía acrecentaba la solvencia del marido, situándolo en una acrecida y favorecedora posición negocial; lo que quedaba, naturalmente, fuera de toda duda teórica, aunque en la práctica podía muy bien no casar la realidad con el planteamiento (36).

(36) Los burgueses más o menos acomodados se reflejaron a sí mismos en todos los Códigos Civiles europeos del siglo XIX y, además y sin excesiva lógica, creyeron, sin que les cupiese la menor duda, que aquello que les acomodaba a ellos era de interés general. Nada nuevo por otra parte, así obró la clase senatorial romana y así también lo hacen los sujetos activos de la politicocracia vigente en este momento.

Esto ocurría en y para la sociedad de gananciales histórica, pero no así para la surgida de la reforma de 1981. Para ésta, con toda razón, se ha prescindido de la titularidad exclusiva del marido sobre los bienes gananciales y tales bienes han pasado a ser verdaderamente comunes (aunque con múltiples y bien fundadas dudas), por lo que en la nueva sociedad ambos cónyuges pueden comprometer de forma no sólo provisional, como antes con la potestad de las llaves, sino también definitivamente los consorciales, conforme a lo previsto en los artículos 1.362 y siguientes del Código Civil. El pasivo de la sociedad se ha construido como si en la gestión de la misma operasen dos varones de los contemplados con delectación por el legislador antes de la reforma. Ahora bien y sin que ello sorprenda a la mayoría, se mantiene, por lo común, la vieja explicación doctrinal de que esto ocurre así con el fin de ampliar la solvencia, ahora, de ambos a dos cónyuges. Lo cual resulta matemáticamente imposible y por tanto no pasa de ser una repetición argumental que, sacada de su contexto histórico, resulta totalmente falaz para la actual sociedad de gananciales.

El sistema de provechos con que se aborda la disciplina de la responsabilidad civil, en general, y la extracontractual del artículo 1.366 en concreto, que GIMÉNEZ DUART (37) calificó al precepto inicialmente de materialista, logrando no pocos adeptos, porque no se tiene en cuenta que puede producirse la responsabilidad extracontractual obrando en interés de la familia, resulta totalmente admisible a la vista de la relación interna que media entre el artículo 1.362 y el 1.347 del Código Civil, pues no plantea fisuras lógicas o incluso morales cuando quien sostiene a la familia y genera los recursos comunes es uno de los cónyuges en exclusiva o lo hace muy principalmente él sólo: ¡Fíjese el lector en que no hablo del varón! ¡Si además fuera el varón quien cumpliera tales funciones, qué más íbamos a decir!

Mas, si tratamos de profundizar en la realidad económica y social de nuestros días, caracterizados por la casi mayoritaria presencia de matrimonios en los que ambos consortes trabajan y aportan recursos para el consorcio, la solución no resulta tan clara, ni tan lógica y mucho menos tan moral. Desde luego esto no resulta así por la literalidad de las normas aplicables, que se han limitado a poner la masa ganancial al servicio de la solvencia de la actuación de cada uno de los cónyuges sin pararse a pensar excesivamente en las consecuencias que tal solución legal acarrearía, creando problemas de difícil solución, en hipótesis al menos, a las diversas y distintas «economías» entrecruzadas que se dan en el seno de las familias en que ambos cónyuges trabajan fuera del hogar. Porque en estos casos, pese a quien pese, no podemos seguir hablando, salvo que lo hagamos figuradamente, de una única

(37) «Cargas y obligaciones del matrimonio», *RDP*, 1982.

economía consorcial o familiar, sino de economías superpuestas con una finalidad familiar, pero sólo parcial (38).

Permítame el amable lector que juegue con un ejemplo que nos propone mi excelente amigo, investigador principal en este proyecto y gran cultivador de esta faceta civilística de la responsabilidad civil, el profesor YZQUIERDO TOLSADA, y en el que no hay nada, absolutamente nada que objetar a partir de la interpretación conjunta de los artículos 1.347-1.º y 1.366 del Código Civil. Se nos dice: «si los emolumentos que produce la profesión de neurocirujano son comunes, comunes son también las obligaciones resarcitorias derivadas de la misma, ya provengan del hecho propio, ya de las personas de las que el neurocirujano deba responder» (39). Repito: nada que objetar respecto del planteamiento literal de las normas de 1981. Tampoco en el práctico, siempre y cuando sea el neurocirujano quien provea de todos los ingresos que entran en el consorcio, aunque la consorte del reputadísimo bisturí sea tan excelente ama de casa que ahorre lo que no está en los escritos y resulte ser tan buenas relaciones públicas que el marido le deba una buena parte de su merecida fama.

Pero, sigamos con el mismo juego y ejemplo: el neurocirujano, siendo recién licenciado, contrajo nupcias con una compañera de Facultad, la cual se especializó en ginecología —especialidad no tan rentable como parece ser la del marido, según las películas americanas, pero con clientela muy adicta, numerosa (potencialmente la mitad, más o menos, de los habitantes de la zona o barrio) y muy propensa a reiterar las consultas y revisiones—, dadas las dificultades objetivas de la especialidad del marido, éste se incorporó al ejercicio libre de la profesión cuando la ginecóloga consorte ya había adquirido su «propia» (40) clínica con sus ingresos, eso sí, para la masa ganancial, precisamente

(38) Aunque no puede negarse que las incumbencias familiares requieren y acaparan cada vez mayor monto y un gran porcentaje de los ingresos obtenidos por los cónyuges, también resulta cierto que el ejercicio de cualesquiera profesiones u oficios por cuenta propia o la explotación de empresas agrícolas, comerciales, industriales o de servicios requieren de inversiones y adaptaciones rápidas del capital fijo que no pueden, ni deben subordinarse a una programación rígida de cargas eminentemente familiares y por tanto consorciales. Me parece a mí que entre las inercias culturales que no se han superado con el cambio político-social y la masiva urbanización, se encuentra la de considerar a la familia una unidad de producción, en la línea de análisis evolutivo efectuado por MARX y ENGELS, apreciación realista para las antiguas economías agrícolas y menestrales de subsistencia, pero no para las actuales. En la actualidad la mayor parte de las familias matrimoniales constituyen economías de consumo susceptibles de generar algún ahorro (las estadísticas sobre endeudamiento familiar desmienten en gran parte esta potencialidad) y rara vez de generación de capital (el artesanado independiente, el ejercicio individualizado de profesiones liberales y los comercios estrictamente familiares ven de año en año disminuido el número de personas que ejercen tales funciones).

(39) YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2000.

(40) En el lenguaje coloquial al uso, tal vez bastante más exacto que el tenido por técnico.

la misma en la que estableció la primera consulta «privada» (41) el marido, sin que fuera necesario el acuerdo unánime de los cónyuges, ¡qué iban a hacer! ¿Acaso en nuestra sociedad resultan baratos los locales, pisos o solares susceptibles de convertirse en clínicas? El neurocirujano, ya famoso y pasado algún tiempo, interviene a un sujeto a quien, corriendo un riesgo calculado y advertido, propio de la profesión, deja sin vista, resultado colateral nada infrecuente en tales intervenciones quirúrgicas, pero que en el caso el Tribunal Supremo se empeña, en interés del demandante del que no debería hacerse eco, en declarar como responsabilidad extracontractual del médico, porque siempre se podía hacer algo o saber mucho más por parte de éste. El acreditado bisturí no se había cubierto con la adecuada póliza de seguro por resultarle prohibitiva la prima, correctamente prevista por los aseguradores en atención a las resoluciones judiciales más que al riesgo corrido y se fija una indemnización millonaria y consorcial, ¿cómo no?, para cuya cobertura resultará necesario no hipotecar, sino enajenar la clínica. Por supuesto, no hay dolo, ni culpa grave del desolado neurocirujano que permita entren en juego las teóricas restricciones defensivas de la masa común, según la letra casi nunca observada del artículo 1.366, cuyo análisis práctico nos ocupa.

Me pregunto yo: ¿Es sostenible, con tranquilidad o sin ella, que sea la ginecóloga la que corra, en este concreto ejemplo, con el grueso de la indemnización? ¿Resulta propio de un pensamiento antifamiliarista, poco solidario y «materialista» (42) sostener que la ginecóloga nada debe porque no intervino en la operación?

La ley y la mayoría de la doctrina favorecerán todo lo que se quiera la solvencia del neurocirujano, pero lo que de verdad hacen es llevarse por delante la solvencia de ambos, tanto en el caso que acabo de esbozar, cuanto en el de la sociedad en que vivo y me rodea por todas partes.

La norma, sencillamente, no está pensada para resolver el más mínimo conflicto y sí dirigida a generarlo, aunque sin proponérselo, porque quiere contemplar la igualdad de los cónyuges de hoy —principio que defiende y que no será yo quien abdicue de él, además, para mi suerte, mi mujer no consentiría ser desigual— y construye la norma con la visión de los problemas y con la lógica jurídica que fueron propios de los juristas más avanzados de los siglos XVIII y XIX: es decir, de un sistema que resultó, a la postre, bastante más retrógrado que el que gozaron los romanos, sobre todo tras dar gusto en estas materias a Napoleón Bonaparte, un misógino por naturaleza y porque debía por entero a las mujeres su inicial e innegable éxito social y político.

(41) Con igual sentido que el apuntado en la nota anterior.

(42) Acusación corriente para quienes nos negamos a confundir el amor conyugal con la economía.

El régimen de gananciales, aunque sensiblemente mejorado en 1981, fue pensado para una sociedad agrícola o, en el mejor de los casos, para familias de profesionales liberales o tenderos, en cuyas economías las inversiones se efectuaban en bienes raíces y estaban destinadas a durar en el tiempo, constituían el resultado de la inversión de los ahorros y lo que puede ser más importante para una familia creada a partir de un matrimonio indisoluble y sin contar con el horror que sentían las familias a admitir en su seno la presencia activa de mujeres profesionales (43). Para una economía familiar en el que no está contemplado, sencilla y llanamente, un giro inversor de dinero y una renovación y amortización de las inversiones, ni previsto el que los bienes muebles puedan llegar a ser más importantes económica y funcionalmente que los inmuebles, y ya hemos visto que de ningún modo se ha contemplado la hipótesis de que los dos sujetos del sistema sean profesionales o titulares de negocios independientes entre sí.

Por ello las normas se encaminan a facilitar la responsabilidad provisional del consorcio, también la responsabilidad definitiva, pero ésta puede llegar a matizarse analíticamente desde dentro del sistema, aunque es evidente que la doctrina no está por esta enjundiosa labor y la jurisprudencia menos.

Sigue estando de moda, no sólo ese ejercicio de la caridad con el bolsillo del prójimo, que crítico insistente y repetidamente, sino que se ve con entera normalidad el que un tercero reciba un tratamiento que no le cabría esperar de su deudor, por la sencilla y absurda razón de que su deudor está casado, en régimen de gananciales, con un cónyuge que procura ingresos al consorcio. Tampoco espanta lo más mínimo que para que ese acreedor cobre dejen de hacerlo otros acreedores: los del otro cónyuge o que éste quede arruinado, sin más.

Puedo concluir afirmando, sin el menor rubor, que, en mi opinión, el pasivo de la sociedad de gananciales tiene graves deficiencias y que la responsabilidad civil que se predica en el mismo carece, para nuestra época y nuestras circunstancias familiares, de cualquier fundamento que la haga mínimamente aceptable, por lo que debería modificarse en profundidad. Cosa que con la falta de rentabilidad electoral directa de tal reforma no espero que suceda hasta que mantenerla se haga insostenible.

(43) O se trataba de un rechazo promovido exclusivamente por los varones, en él contribuían las madres de familia que con la exteriorización de las habilidades profesionales de sus hijas creían, estaban en lo cierto, perjudicaban sus posibilidades matrimoniales y disminuían las posibilidades de mantener dentro de la casa el matriarcado tradicional.

V. SOLUCIONES ANALIZABLES DE *LEGE FERENDA*

Es más que probable que el régimen de gananciales y las estructuras internas que arrastra, pese a las reformas, resulte en bloque o poco menos totalmente inadecuado para las formas de producción y los hábitos familiares actuales, así como para la independencia, igualdad e incorporación de las actuales mujeres casadas a la vida productiva externa a la actividad y economía domésticas.

También puede resultar muy probable y sin más contradicción que la puramente aparente, que la existencia de regímenes económico-matrimoniales comunitarios siga siendo adecuada para cubrir las necesidades y atender debidamente a los denominados intereses familiares, aunque esto resulta discutible a la vista del constantemente creciente número de rupturas matrimoniales y divorcios.

Ahora bien, es preciso y no meramente conveniente adecuar los regímenes comunitarios a tal realidad, creo que a todos, pero especialmente el de gananciales que, a mi modo de ver la cuestión, es de los regímenes económico-matrimoniales españoles y europeos, que conocemos bien, el que arrastra mayor número de concepciones decimonónicas y el menos funcional a la hora de contemplar el papel de la mujer en la familia actual.

A tal fin, entiendo que, como regla general, los bienes gananciales se deberían contemplar dentro de la esfera de influencia del cónyuge que los adquirió con sus ingresos o por subrogación real generada a partir de la enajenación o pérdida de otro ganancial que se encontraba bajo su administración; de forma y manera que el ámbito de gestión patrimonial de cada cónyuge y por ende su solvencia individual sea, en definitiva, la que se corresponde con sus privativos más sus efectivas aportaciones al consorcio, de parecida forma a como se prevé que ocurra en nuestro Código de Comercio para el comerciante individual casado bajo este régimen, pero sin que ello presuponga, como ocurre ahora, una suerte de privilegio para los acreedores mercantiles respecto del resto de los mortales no comerciantes, pero acreedores del consorcio.

Para las incumbencias estrictamente familiares, es decir, para las contempladas en el 1.362, causa 1.^a, las responsabilidades contractual y extracontractual que se pueden derivar del ejercicio de la vieja potestad de las llaves, entendida en el sentido más amplio y moderno, deben recaer sobre los bienes consorciales de cualesquiera naturaleza y administración, si bien de forma porcentual al patrimonio e ingresos generados por cada cónyuge, que es, además, como entiendo se debería, a su vez, contribuir al levantamiento de las cargas ordinarias.

Al hacer hincapié en la proporcionalidad quiero dejar constancia de que el cónyuge que atienda tales gastos, ordinarios o extraordinarios, puede pedir al otro, de inmediato, el correspondiente reembolso, sin que el cónyuge deu-

dor pueda oponer válidamente al interpelante que el crédito se satisfizo con dinero o bienes gananciales en posesión del cónyuge que hizo efectiva la deuda que ahora, lógicamente, reclama.

Las cargas y, en su caso, las responsabilidades derivadas de la administración individual de bienes gananciales, de los privativos, de la explotación de negocios y desempeño de actividades profesionales deben ser de cuenta de los gananciales, pero exclusivamente de los sometidos al ámbito de administración del cónyuge deudor o de los destinados al uso y disfrute común, sin que se pueda interferir en su economía con el embargo de los bienes gananciales que están encomendados a la administración del otro cónyuge porque fueron ganados por él.

No me parece que sea oportuno y mucho menos necesario llegar a establecer dos masas comunes, como ocurre en algunas sociedades de gananciales de países hispanoamericanos, aunque lo considero preferible a que la iniciativa de la agredibilidad de los gananciales sea totalmente abierta y quede al independiente criterio del acreedor demandante. Si el acreedor entró en tratos con un cónyuge, debiendo tener como referente la exclusiva solvencia de éste, y no la capacidad de generación de gananciales del otro.

Resultaría conveniente que también en gananciales pudiese afirmarse que el acreedor ordinario debe buscar la confianza allí donde la puso, con argumentación extensiva para la responsabilidad civil, pues los hechos generantes de ésta, sea contractual o extracontractual, jamás se podrán calificar de consorciales, salvo los derivados de la responsabilidad por hecho ajeno: hijos o personal doméstico.

A pesar de esta solución que propugno, sigo afirmando que la responsabilidad civil contractual o extracontractual, que traiga causa de acciones u omisiones dolosas, fraudulentas o gravemente culposas del cónyuge deudor deberá recaer sobre él, bien inmediatamente, bien al tiempo de la liquidación. Pues resulta conveniente recordar que la responsabilidad civil surge de supuestos de deficiente cumplimiento, incumplimiento o actos dañosos y no de la actividad efectuada conforme a los paradigmas propios del deber ser, aunque a la vista de la doctrina dominante habría que considerar normal la generación de tales responsabilidades.

RESUMEN

SOCIEDAD DE GANANCIALES

La tradición en la regulación de los bienes gananciales durante el matrimonio no está acorde con la sociedad actual en la cual ambos cónyuges trabajan

ABSTRACT

COMMUNITY PROPERTY

Tradition in the regulation of the community of property during a marriage is not consistent with the present society where both spouses work outside.

fuera de casa. Un ejemplo de esta afirmación puede hallarse en materia de agravios extracontractuales. En la regulación se dispone que los agravios extracontractuales que sean consecuencia de un acto individual se atribuyan a la comunidad matrimonial.

La conclusión del autor es que debería cambiarse la regulación de manera que cada cónyuge sea responsable de sus propios actos cuando se trate de actividades profesionales.

One example of this assertion can be found in matter of torts. The regulation establishes that torts consequence of an individual act are laid on the community.

The author's conclusion is that the regulation should be changed so that each spouse is responsible for his or her own acts when professional activities are concerned.

(Trabajo recibido el 16-6-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

DICTÁMENES Y NOTAS

Dos observaciones en materia de recursos en torno al Derecho Foral aragonés

por

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

SUMARIO

I. SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL:

1. LA LEY ARAGONESA DE 14-6-2005.
2. RETOQUE EN LAS CUANTÍAS.
3. RETOQUE EN EL INTERÉS CASACIONAL.
4. ÚLTIMA DUDA SUSCITADA.

II. SOBRE EL RECURSO GUBERNATIVO:

1. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 14-6-2005.
2. UNAS INTERESANTES RESOLUCIONES DEL TS.
3. ARGUMENTACIÓN DEL TS.
4. CORROBORACIÓN EN OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES.
5. TRASLADO DE ESOS ARGUMENTOS AL CAMPO REGISTRAL.
6. SALVEDAD PERSONAL.

III. APOSTILLA CATALANA.

I. SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL

1. LA LEY ARAGONESA DE 14-6-2005

La primera observación es referente a la nueva regulación del recurso de casación en materia foral civil introducida por la Ley 4 de 2005, de 14 de junio, publicada en el *BOE* de 23 de agosto de ese año.

Expone que, siendo interesante el que el Tribunal Superior se pronuncie en materia foral y en torno a las leyes civiles, la realidad es que por la normativa general del recurso de casación establecida en la LEC, son pocos los asuntos que llegan a aquel Tribunal. Esto es lo que trata de remediar la nueva Ley, para que los litigios sobre Derecho Foral lleguen más fácilmente al TSJ.

Previamente hay que decir que el artículo 477 de la LEC establece como recurribles en casación en lo que ahora nos interesa: las sentencias de 2.^a instancia de las Audiencias Provinciales cuando la cuantía del asunto exceda de 25.000.000 de ptas. (150.000 euros). Y cuando la Resolución del recurso presente interés casacional.

2. RETOQUE EN LAS CUANTÍAS

Pues bien, la Ley de 14-6-2005, tras declarar competente al TSJ de Aragón para conocer de los recursos de casación, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho Civil aragonés, en el artículo siguiente, el 2, establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en 2.^a instancia por las Audiencias Provinciales, cuando la cuantía del asunto exceda de 3.000 euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo.

Verdaderamente la reducción de cuantía tope ha sido extraordinaria. Se ha fijado la correspondiente al trámite de juicio verbal. Por tanto, el acceso a la casación foral será ahora mucho más fácil.

3. RETOQUE EN EL INTERÉS CASACIONAL

Pero tiene más interés si acaso el número 2 de ese artículo 2 sobre sentencias recurribles en casación. Dice: «En los demás casos, cuando la Resolución del recurso presente interés casacional». Hasta aquí no hay novedad cualitativa sobre lo que prescribe la LEC. Mas sigue diciendo ese número 2: «El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía».

Esta apostilla viene a salir al paso de lo que como doctrina ha establecido la Sala 1.^a del TS. Esto es, que la cuantía que da acceso a la casación sólo funciona para aquellos juicios en los que el procedimiento se haya determinado en función de la cuantía. Y a la inversa, el interés casacional sólo cabe invocarlo cuando el procedimiento se haya determinado en razón a la naturaleza del asunto. De esa forma, las dos vías son comunicables y cada una se limita a determinados procedimientos.

Han sido múltiples las críticas de la doctrina a ese criterio, puesto que la LEC no establece tal incomunicación. Pero, aunque el problema se ha llevado en amparo hasta el Tribunal Constitucional, este alto órgano, aún admitiendo lo restrictivo de aquel criterio, no optó por invalidarlo, al entender que se trataba de una interpretación judicial dentro de la legalidad ordinaria.

Ciertamente el legislador aragonés no ha participado de ese criterio. Y con ocasión de la nueva Ley ha establecido que la vía del interés casacional cabe invocarla en los juicios en que el procedimiento se determina por la naturaleza del asunto y en los que aquél se fija por la cuantía de la litis. Y ciertamente que la innovación merece todo elogio.

4. ÚLTIMA DUDA SUSCITADA

Si acaso cabría preguntarse el por qué en el número 1, al tratar de la cuantía de 3.000 euros, no se ha aclarado también que ello rige igualmente para los juicios cuyo procedimiento se ha determinado en razón a la naturaleza del asunto; hubiera sido cerrar el círculo de forma indubitada.

Con todo, creemos que eso es lo que debe entenderse. En primer lugar, porque el número 1 del artículo 2 declara claramente recurribles las sentencias recaídas en asuntos cuya cuantía exceda de 3.000 euros, sin hacer distinción o salvedad alguna. En segundo lugar, lo mismo puede desprenderse de la forma con que se inicia la redacción del número 2: «En los demás casos». Y, finalmente, porque de lo establecido en ese número 2 queda clara la intención del legislador aragonés de acabar con esa incomunicación de vías de acceso que había sentado la Sala 1.^a del TS. En todo caso, resultaría verdaderamente absurdo que se hubiese acabado con la incomunicación en una dirección y no en la opuesta.

II. SOBRE EL RECURSO GUBERNATIVO

1. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 14-6-2005

El segundo extremo al que vamos a referirnos tiene más estrecha relación con el Derecho Registral. Motiva nuestro comentario la Resolución de la DG de 14 de junio de 2005, publicada en el *BOE* del 9 de agosto de ese año. Es curioso que su fecha sea la misma que la de la Ley Foral antes comentada.

En el caso decidido se recurría la calificación denegatoria de un Registro de la Propiedad de Zaragoza. No se inscribió una escritura de aceptación de herencia porque, sin haber intervenido todos los herederos, los comparecientes se habían adjudicado cuotas proindivisas de determinados bienes. Se había

traído a colación el artículo 20 de la Ley de Sucesiones de Aragón, Ley 1 de 1999. No vamos a entrar para nada en el fondo del asunto.

Pero sí en destacar que la DG se declaró competente para resolver el recurso a pesar de debatirse Derecho Foral. Exponía la Resolución que el Estatuto de Autonomía para Aragón en el artículo 29.1.e) reconocía competencia a los Órganos Jurisdiccionales de esa Comunidad para conocer de las reclamaciones frente a las calificaciones registrales negativas. Pero ese precepto fue eliminado al modificarse el citado Estatuto por la Ley Orgánica 5 de 1996, de 30 de diciembre.

Ante esa eliminación reclamaba su competencia el Centro Directivo. Y en efecto resolvía el recurso entrando en el fondo del asunto.

2. UNAS INTERESANTES RESOLUCIONES DEL TS

Como esa decisión competencial de la DG la encontramos discutible, nada mejor que exponer lo que en caso paralelo ha hecho la Sala 1.^a del TS. Claro es que en este caso la competencia discutida era para decidir recursos de casación en materia civil foral. Es fundamental el Auto de esa Sala de 24 de junio de 2003, ponente el señor MARTÍNEZ PEREDA (RA 5381), y el Auto de 13 de julio de 2004, ponente el señor SIERRA (RA 5808). Ambos son resolutorios de recursos de queja por no admitirse a trámite otros de casación. Su fundamentación es idéntica.

Pero lo fundamental es que reconocen la competencia del TSJ de Aragón para conocer de los recursos de casación en materia foral civil, aún después de esa reforma del Estatuto de 1996, que es la que había alegado el Centro Directivo. Reconocía no obstante el TSJ que aquella eliminación que sufrió el Estatuto hacía que el problema fuera complejo y que hubiera de decidirse tras la oportuna interpretación.

Y ello es lo que creemos ha hecho el TS de forma irreprochable en esos autos. Para lograrlo acude a todos los criterios de interpretación admitidos en nuestro ordenamiento. El histórico o de antecedentes; el gramatical o literal; el sistemático o de contexto; el lógico o de finalidad; y el sociológico o de realidad actual.

3. ARGUMENTACIÓN DEL TS

Aunque nada excusa de la lectura directa de aquellas dos Resoluciones, vamos a hacer una referencia a los distintos argumentos que en ellas se invocan. Comienzan por recordar la existencia, bien antigua y acrisolada, del Derecho Civil Foral aragonés. Precisamente, tras preconizarse por el Código

Civil el sistema de apéndices para el Derecho Foral, fue el correspondiente a Aragón el único que se dictó. No hay que entrar en la crítica de ese cuerpo legal, en su momento ventajosamente sustituido por la correspondiente compilación. Basta recordar el magnífico número extraordinario de la *Revista Crítica* dedicado a esa nueva compilación (el 465).

Se menciona también por el TS el famoso Congreso de Civilistas celebrado en Zaragoza y que tan determinante fue para la suerte posterior de todos los Derechos Forales, incluido, claro es, el aragonés. Tras aquella compilación, recuerdan los autos del TS que el legislador de Aragón ha modificado varias veces su expresada compilación, cual claramente lo permitía la Constitución española. Precisamente la Ley de Sucesiones de 1999 era una de esas importantes innovaciones. Y por cierto que esa Ley es la que se ventilaba en la Resolución de la DG de 14 de junio de 2005. Recuerda también el TS que hasta el presente el TSJ de Aragón había venido conociendo sin problema alguno de las casaciones sobre el Derecho Foral de esa Comunidad. Por supuesto que en su Estatuto se sigue proclamando que el TSJ culmina la organización judicial en ese territorio y que en éste se agotarán las sucesivas instancias.

Aquí precisa el TS que la casación no es propiamente una tercera instancia, sino algo distinto. Tal vez el problema arrancaba del artículo 152 de la Constitución al aludir a esas instancias procesales. Con todo, ese asunto quedó aclarado posteriormente al crearse los TSJ. Los autos del TS recuerdan también que el conocimiento del Derecho Foral aragonés se configuraba como mérito especial a la hora de designar al Presidente y Magistrado del TSJ. Con lo que resultaría verdaderamente absurdo que luego esos juzgadores no fueran a entender de las casaciones civiles forales. Pues éstas y no las apelaciones son las que habían de ir al TSJ.

Acude el TS, dentro del criterio histórico de interpretación, a los antecedentes. Y así, de toda la tramitación parlamentaria para la reforma del Estatuto en 1996, en ningún momento se desprende la menor intención de suprimir esa competencia de los órganos jurisdiccionales aragoneses para conocer de los recursos frente a sentencias en que se trata del Derecho Foral.

Finalmente, la reforma de 1996 iba dirigida toda ella a ampliar las competencias de la Comunidad aragonesa. Hubiera sido algo verdaderamente contradictorio que fruto de esa intención fuera el que los órganos jurisdiccionales de Aragón perdieran esas competencias, hasta entonces desarrolladas para resolver definitivamente los asuntos del Derecho Civil Foral. En definitiva, con todos esos argumentos el TS entiende que la eliminación de 1996 se debió a un defecto de técnica legislativa de los que a veces se dan. Y como tal, al llevar a una solución verdaderamente absurda, había de ser salvada por la labor interpretativa del alto tribunal.

Con ello, el mismo no hace sino cumplir la labor complementadora del ordenamiento jurídico que le encomienda el artículo 1.6 de nuestro Código

Civil, y que en este caso hubo de llevarla a cabo al aplicar e interpretar las normas legales.

4. CORROBORACIÓN EN OTROS ÓRDENES JURISDICCIONALES

Por lo demás, esa competencia de los órganos jurisdiccionales para entender del Derecho Foral en las regiones donde éste existiera es algo que venía de más atrás. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en el artículo 73 atribuía competencia a los TSJ en su Sala de lo Civil para conocer de los recursos de casación cuando éstos se basen en infracción de normas del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad. Se remitía a lo previsto en los estatutos, que unánimemente ratificaron esa atribución.

Es más, al promulgarse la Ley de Planta Judicial de 1988, el artículo 54 establecía que, cuando en el recurso de casación civil se invocaran como infringidas normas autonómicas y otras estatales, el competente para conocer del recurso sería el TSJ y no el TS. Hasta ese punto se era respetuoso con el Derecho Foral.

Asimismo, al promulgarse la nueva LEC en 2000, el artículo 478, dedicado a la competencia para decidir el recurso de casación, ha reiterado que del mismo conocerá el correspondiente TSJ cuando el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho Civil Foral. Se reitera pues la preferencia por éste.

En el orden contencioso-administrativo ocurre algo semejante. Conforme a la nueva Ley de 1998, la Sala del TS sólo conoce del recurso de casación (art. 86) cuando aquél pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho Estatal o Comunitario. Y correlativamente, cuando se establece en el artículo 99 un recurso de casación para unificación de doctrina basado en infracción de normas de una Comunidad Autónoma, el recurso también se decide en el ámbito del correspondiente TSJ.

Incluso en el orden laboral puede obtenerse la misma conclusión. Conforme al artículo 75 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de lo Social del TSJ conocerá de los conflictos entre trabajadores y empresarios cuyo ámbito exceda al de un Juzgado de lo Social, pero sin exceder del de la correspondiente Comunidad Autónoma. Y si esto ocurre en el Derecho Laboral, que por exigencia constitucional es estatal, mucho más habrá de darse en el Derecho Civil Foral, que tiene su origen en cada comunidad. Con todo esto se refuerza el argumento contextual.

5. TRASLADO DE ESOS ARGUMENTOS AL CAMPO REGISTRAL

Resuelto pues el tema en lo referente a los pleitos civiles que tengan su origen en el Derecho Foral aragonés, queda por examinar si esa solución del TS es trasladable al campo registral y al conocimiento de los recursos frente a las calificaciones de los registradores.

La mención que el TS hacía al agotamiento de las instancias procesales, y que se contiene en el artículo 28 del Estatuto de Autonomía aragonés, es especialmente relevante aquí. Porque, tratándose de la competencia para la casación civil, podría discutirse que ésta diera lugar a una verdadera instancia; lo que no es propiamente ese recurso extraordinario.

En cambio, el que el Presidente del TSJ pudiera conocer del recurso frente a lo decidido por los registradores, sí ha de considerarse verdadera instancia. Porque, en definitiva, se está resolviendo un recurso de alzada, en lo que se convierte ese peculiar recurso gubernativo. Y precisamente la Disposición Adicional 7.^a de la LOPJ de 1985, que preveía ese recurso y esa competencia, aclaraba que, cuando el recurso se basaba en Derecho Civil Foral, el Presidente resolvía definitivamente en la vía gubernativa.

También es relevante la mención que el TS hacía de la especialización en Derecho Foral de estas autoridades judiciales aragonesas. El artículo 30 del Estatuto de esta Comunidad prevé que para el nombramiento del Presidente del TSJ de Aragón será mérito preferente el conocimiento del Derecho propio de Aragón.

Pues bien, si dicho Presidente tenía encomendada alguna función jurídica en que hubiera de aplicar el Derecho Foral, era precisamente en la resolución de los recursos gubernativos. Tan es así que ese cometido se le atribuía a él sólo y sin intervención de ningún otro magistrado. Resultaría por tanto verdaderamente paradójico que esa autoridad no entendiera de los recursos gubernativos en materia registral, que es donde, por definición, habría de aplicarse el Derecho Civil de Aragón.

En tercer lugar, la eliminación de la referencia, al reformarse el Estatuto aragonés en 1996, ya ha dicho el TS que se debió a un mero defecto de técnica legislativa, subsanable por la interpretación que llevó a cabo el alto tribunal. Por tanto, no se comprende que esa subsanación, tan correctamente realizada para la casación civil, no pueda aplicarse al recurso gubernativo, cuando el problema es exactamente el mismo. Y ya hablamos antes de esa labor de la jurisprudencia como completadora del ordenamiento jurídico.

En cuarto lugar, no atender a lo decidido por el TS puede llevar a dividir la continencia de la causa y a solución más bien absurda. Porque resultaría que el Derecho Civil Foral aragonés es interpretado definitivamente por el TSJ cuando los asuntos civiles llegan a él en casación. En cambio, cuando

está en juego ese mismo derecho, a través del recurso gubernativo, se sustrae la competencia al órgano jurisdiccional aragonés para atribuirle a la DG. En este caso esta instancia no queda residenciada en Aragón.

En quinto lugar, si el TS aludía al argumento histórico o de los antecedentes, aquí podríamos referirnos a un argumento por consecuente. No es otro sino la Ley aragonesa número 4 de 2005, sobre el recurso de casación que comentamos al principio de estas páginas. Es clarísima la intención del legislador de esta Comunidad Autónoma de que los asuntos civiles del Derecho Foral queden sustanciados en el TSJ, y además la de que este Tribunal pueda pronunciarse en el mayor número de casos posibles. Sería con ello absolutamente contradictorio que las contiendas registrales sobre ese derecho autonómico quedaran decididas fuera del ámbito de la Comunidad. Incluso habría el riesgo de posibles contradicciones.

Finalmente, los argumentos teleológico y sociológico tienen exactamente la misma fuerza para el recurso de casación que para el recurso gubernativo. Si el problema ha quedado zanjado definitivamente para el primer caso, lo lógico es que el mismo criterio o solución se aplique al segundo.

6. SALVEDAD PERSONAL

Hay que decir, finalmente, que lo aquí propuesto se entiende sobre la base de lo actualmente dispuesto en nuestra legislación para el recurso gubernativo registral. En concreto el régimen establecido en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Y decimos esto porque, al habernos pronunciado reiteradamente sobre el tema del recurso gubernativo, y en concreto en el número 680 de la *Revista Crítica* (pág. 3365), la solución que hubiéramos preferido era otra distinta. Y en ella sí que tenía amplia entrada la actuación de la DG. Pero basta remitirnos a lo allí expuesto.

III. APOSTILLA CATALANA

Con total independencia del caso aragonés, la Ley 4 de 2005, de 8 de abril, de la Generalidad de Cataluña ha regulado *ex novo* el recurso gubernativo contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad de esa comunidad. El tema es verdaderamente interesante. Pero como el título del presente trabajo se circunscribía al Derecho Foral aragonés, quede el comentario de esa nueva ley para otro momento, y mejor aún para otra pluma más autorizada.

RESUMEN

DERECHO FORAL ARAGONÉS

La primera observación es referente a la Ley aragonesa 4 de 2005, reguladora del recurso de casación. Para lograr que el TSJ de Aragón entienda de mayor número de esos recursos en materia foral, se ha trabajado drásticamente la cuantía a partir de la cual cabe en los asuntos ese recurso extraordinario. En el mismo sentido algún otro retoque de las vías de acceso a la casación, que es comentado favorablemente en el artículo.

La segunda observación se refiere a la Resolución de la DG de 14 de junio de 2005, que entra a resolver un recurso gubernativo donde se debatía Derecho Foral aragonés, por entender que al modificarse en 1996 el Estatuto de Autonomía, las autoridades judiciales aragonesas habían perdido la competencia para resolver tales recursos.

Frente a ello, el artículo menciona unas Resoluciones del TS conforme a las que esa supresión que hubo en el Estatuto fue debida a un mero error de técnica legislativa que puede subsanarlo la interpretación judicial. Por tanto, con relación a la casación civil, de ella debe seguir entendiendo el TSJ cuando se discutan materias forales. Ese criterio, que se considera acertado, es el que debería trasladarse a la resolución del recurso gubernativo, por una coherencia normativa.

ABSTRACT

REGIONAL ARAGONESE LAW

The first observation refers to Aragonese Law 4 of 2005 regulating appeals to a higher court. The starting amount at which appeals after execution of judgment such as this can be made has been drastically reworked to enable the High Court of Justice of Aragón to hear the highest possible number of such appeals in matters of special Aragonese jurisdiction. For the same reason the channels of access to this type of appeal have also been retouched, as is commented upon favourably in the article.

The second observation refers to the Directorate-General's Decision of 14 June 2005 upon an appeal from a registrar's decision, where Aragonese jurisdictional law was debated. The decision held that when the Statute of Autonomy was amended in 1996 the Aragonese judicial authorities lost their competence to decide upon such appeals.

In opposition, the article mentions some Supreme Court decisions under which the cutback in powers under the Statute was due to a mere error of legislative technique that can be corrected in judicial interpretation. Therefore, the High Court of Justice must continue to hear civil appeal cases where matters of special regional jurisdiction are at issue. This stance, which is considered correct, is that which must be applied in the decision on the appeal from the registrar's decision, for the sake of consistent standards.

(Trabajo recibido el 8-11-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

Aplicación de la teoría de las bases gráficas registrales al expediente de dominio (*)

por

ÓSCAR GERMÁN VÁZQUEZ ASENJO
Registrador de la Propiedad de Tacoronte

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA.
3. REGLA TERCERA DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA.
4. REGLAS CUARTA Y QUINTA DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA. VALOR PROBATORIO DE LAS BASES GRÁFICAS REGISTRALES.
5. JUEGO DE LAS BASES GRÁFICAS REGISTRALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL EXPEDIENTE DE DOMINIO.

(*) PREÁMBULO

El presente trabajo se compone de dos partes que en principio fueron redactadas para atender a finalidades distintas, ambas parten de una experiencia de origen diferente y son fruto del quehacer de dos Registradores de la Propiedad cuya función, responsabilidad y, por qué no decirlo, valía intelectual, son también diversas, por supuesto las de Javier mucho más elevadas que las mías.

Los Registradores de la Propiedad de Canarias llevamos trabajando con bases gráficas registrales de manera efectiva ya desde hace algunos años. El tiempo ha ido poniendo sobre la mesa una serie de cuestiones no cartográficas, sino estrictamente jurídico-registrales, que se han ido resolviendo de manera más o menos uniforme por cada uno de nosotros. Y debo decir que esas actitudes no sólo han sido extraordinariamente bien recibidas por los usuarios registrales, sino que nos han situado en la encrucijada de poner de manifiesto el verdadero alud de posibilidades que esta materia pone a disposición de la técnica registral inmobiliaria.

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 201 de la Ley Hipotecaria determina las reglas con sujeción a las cuales se ha de tramitar el Expediente de Dominio, que es uno de los tres procedimientos con arreglo a los cuales se practica la inmatriculación de fincas que no están inscritas a favor de persona alguna, todo ello según el artículo 199 de la misma ley.

ROCA SASTRE define el Expediente de Dominio como:

«Un procedimiento judicial, acumulable a los actos de jurisdicción voluntaria, que tiene por objeto acreditar la adquisición del dominio a los efectos de proporcionar un título inmatriculador, pudiendo servir también para reanudar el tracto registral interrumpido, así como para registrar excesos de cabida».

Del texto del artículo 201 LH sólo vamos a estudiar aquellas reglas enaminadas a regular la inmatriculación de fincas, esto es, el acceso por primera vez de una finca a los Libros del Registro de la Propiedad. Dentro de estas reglas se aprecia la existencia de dos categorías diferentes de trámites.

Cuando me puse en contacto con Francisco Javier GÓMEZ GALLIGO para plantearle la posibilidad de publicar una serie de dictámenes acerca de cómo podía afectar la aparición del sistema de bases gráficas registrales a distintas funciones tradicionales de los Registradores de la Propiedad, con la amabilidad que le es propia, me animó a que le remitiese cuanto antes el trabajo que tuviera en mente.

Es en materia de modificaciones de las entidades hipotecarias en general y en materia de inmatriculaciones en particular, donde se aprecia especialmente la importancia de la temática que nos ocupa. Y así, remití a Javier un primer estudio relativo al «expediente de dominio y bases gráficas registrales», el cual guarda una semejanza de principios (evidentemente no de calidad técnica) cuando menos sorprendente con el Informe definitivo de la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación al borrador de anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria, del cual fue precisamente ponente Francisco Javier GÓMEZ GALLIGO y que igualmente se publica.

Dicho informe plantea una serie de pretensiones, todas ellas relativas al ámbito funcional del Registrador de la Propiedad, respecto a las cuales puedo afirmar, con la única autoridad que me da la experiencia de haber trabajado intensamente con bases gráficas registrales, que necesariamente se convertirán en una necesidad para toda la sociedad. No sé si en la definitiva Ley de Jurisdicción Voluntaria o en otra posterior.

Ha sido por ello para mí muy grato comprobar que desde distintos puntos de partida, unos, los humildes que da la práctica; otros, los elevados que da el tratamiento legislativo de las cuestiones, el punto final de llegada para ambos es prácticamente el mismo.

El sistema de bases gráficas registrales hace del Registrador el único funcionario capaz de resolver directamente, siempre que no haya conflicto, la problemática tradicional de las inmatriculaciones, los deslindes y amojonamientos, los excesos de cabida, etc. Y que no es otra que el adecuado encaje (localización y notificaciones) de la finca dentro del mapa registral de las que ya están inscritas.

Cualquier instancia tendrá que acudir al Registro para solucionar tal cuestión. Entonces ¿por qué no ha de ser el Registro quien la resuelva directamente?

Efectivamente, unos trámites van dirigidos a acreditar la realidad de la titularidad jurídico-inmobiliaria de quien los insta y otros se encaminan a acreditar la existencia e identidad de la finca registral a inmatricular.

Esta última categoría de trámites tradicionalmente ha sido poco apreciada por la doctrina, baste simplemente atender a la definición de ROCA SASTRE enunciada, donde ni tan siquiera se menciona su existencia, dando por supuesto que la «adquisición del dominio» se halla necesariamente referida a la finca registral como entidad pacíficamente determinada.

No se tiene en cuenta que gran parte de la problemática que suscita el fenómeno patológico de la doble inmatriculación debe su origen a una defectuosa localización descriptiva de la finca a inmatricular.

Vamos ahora a tratar de estudiar esta categoría de trámites bajo el punto de vista de la existencia de un concepto, que por su novedad no ha podido ser tomado en cuenta por el propio artículo 201 LH. Me refiero a la existencia de las bases gráficas registrales.

A lo largo del estudio del articulado de la legislación hipotecaria vemos como este requisito, necesario para la inmatriculación, de la exacta determinación de la finca registral, ha sido tratado con cierta confusión (1).

(1) La Resolución de la DGRN, de 1 de diciembre de 1999, señala que no se puede inmatricular una finca a través del expediente de dominio cuando el Registrador estima que forma parte de otra mayor inscrita a favor de persona distinta.

En realidad el Registrador, a la hora de aportar la certificación negativa de inicio del expediente hizo constar que:

«La finca objeto del mismo no se hallaba inscrita a favor de persona alguna, al menos en condiciones de poderla identificar, dadas sus circunstancias descriptivas, pero por si pudiera proceder de la finca registrada con el número 2.733, inserto una fotocopia de la inscripción 10.^a vigente de dominio de dicha finca».

Manifiesta el propio Registrador en el Hecho IV de la Resolución que dichas dudas se confirmaron por un hecho ajeno a la situación geográfica de ambas fincas: porque el «propio Juzgado acordó citar a Construcciones Rimar, S. A.» como titular registral.

Respecto a ello, señala la Resolución, citando otra de 2 de julio de 1980:

«Salvo que en el auto aprobatorio del expediente quedase expresamente desvirtuada tal duda, no cabría su inmatriculación».

Esta Resolución viene a decidir sobre un supuesto que en la práctica diaria se produce con relativa frecuencia. Cuando el Registrador certifica primero y también cuando califica después sólo puede abrigar dudas de coincidencias superficiales de doble inmatriculación, dudas que suelen proceder de la cadena de titularidades y casi nunca de los datos descriptivos literarios de los linderos de las fincas.

Lo grave es que en muchas ocasiones no existe prueba posible que elimine dicha duda, por eso, en el caso de la Resolución, el juzgado no se pronuncia, el Registrador no inmatricula y los interesados pretenden usar el expediente de dominio alternativamente como vehículo de inmatriculación o como vehículo reanudador del tracto, tanto da, para conseguir sus legítimas pretensiones de constancia registral.

Eso no es posible, como señala la Resolución citada, porque «sería quebrantar la mecánica y régimen de las inscripciones de transferencia con grave quiebra de los fundamentos y principios del Registro de la Propiedad».

Muchas veces se ha pretendido utilizar la información gráfica catastral o la subsidiaria disponible mas para averiguar, reafirmar o comprobar indicia-riamente de quién es el dominio que para identificar o determinar el dominio en sí. Y si bien es cierto que la finca registral se define como la porción de terreno delimitada por el dominio de una persona, no parece tomar exacta conciencia el legislador de que el hecho de que ese dominio corresponda a uno u otro titular, o a varios proindiviso, no altera el contenido identificativo propio de la finca registral.

Cuando se exige que la certificación catastral descriptiva y gráfica figure a nombre de quien pretende inmatricular, se confunde la necesidad de acreditar la titularidad dominical con la necesidad de acreditar el objeto inmobiliario del dominio en sí mismo considerado.

Lo que ocurre es que el Catastro nunca será el instrumento más idóneo para lograr tal fin, ya que sus descripciones no suponen más que la reproducción gráfica de la riqueza territorial aparente y esta cuestión conceptualmente nada tiene que ver con la representación gráfica del dominio inmobiliario.

La determinación precisa del titular del dominio sobre la finca, nada tiene que ver con la determinación de la finca como entidad. Tratamos ahora del estudio de cómo esos requisitos legalmente exigidos para determinar la localización, configuración, identificación y en su caso descripción del contorno o perímetro de la finca registral, se pueden ver sustancialmente potenciados en su cometido, con la utilización de las técnicas de recuperación de bases gráficas hecha desde la propia oficina del Registro de la Propiedad.

Estudiaremos aquellas reglas del artículo 201 LH que se refieren a las cuestiones descriptivas de la finca a inmatricular. Veremos las deficiencias que presentan los actuales trámites y apuntaremos la mejora que supondría para el sistema la utilización de la base gráfica registral.

Tampoco es satisfactoria la conclusión a la que llega la doctrina de la DGRN de que, ante la duda no procede la inmatriculación, ya que lo que procede en todo caso, es gozar de los medios adecuados para resolver la duda de localización que se pudiera plantear e inscribir si no se produce doble inmatriculación o no hacerlo porque se de tal supuesto de superposición territorial.

Durante mucho tiempo se ha pensado que la adecuada coordinación entre Registro y Catastro daría lugar a la solución del problema. Sin embargo, tan sólo la realidad gráfica registral, las bases gráficas registrales, pueden plantearse como solución al problema expuesto, ya que las certificaciones catastrales al solo dar fe del inventario de la riqueza territorial en su apariencia, son inadecuadas para tal fin.

2. REGLA SEGUNDA DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA

De la regla segunda del artículo 201 LH , en lo que al presente estudio atañe, resaltamos en cursiva lo siguiente:

2.^a *Se iniciará el expediente por un escrito al que deberá acompañarse una certificación acreditativa del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o, en su defecto, en el Avance Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento, y otra en el Registro de la Propiedad, que expresará, según los casos:*

- a) *La falta de inscripción, en su caso, de la finca que se pretenda inmatricular.*
- b) *La descripción actual según el Registro y la última inscripción del dominio de la finca cuya extensión se trate de rectificar.*
- c) *La última inscripción de dominio y todas las demás que estuvieren vigentes cualquiera que sea su clase, cuando se trate de reanudar el tracto sucesivo interrumpido de dominio o de los derechos reales.*

En los supuestos a) y c) del párrafo anterior, se acompañarán asimismo los documentos acreditativos del derecho del solicitante, si los tuviere, y, en todo caso, cuantos se estimaren oportunos para justificación de la petición que hiciere en su escrito.

La regla segunda trata de los documentos que han de acompañar al escrito a través del cual se inicia el expediente de dominio, pero curiosamente no trata de la regulación del propio escrito inicial. Para ello, hemos de acudir al artículo 274 del Reglamento Hipotecario, que trata del contenido de ese escrito.

Del estudio de este precepto y en lo que a la materia objeto de este trabajo se refiere, llaman la atención las reglas 1.^a y 6.^a, donde se exige respectivamente y de manera absolutamente escueta la descripción de la finca y el nombre y los apellidos de los dueños de las fincas colindantes, respectivamente:

«El escrito a que se refiere la regla 2.^a del artículo 201 de la Ley, cuando tenga por objeto la inmatriculación de fincas, estará suscrito por los interesados o sus representantes y contendrá:

1.º La descripción del inmueble o inmuebles de que se trate, con expresión de los derechos reales constituidos sobre los mismos.

6.º Nombre, apellidos y domicilio de los dueños de las fincas colindantes, de los titulares de cualquier derecho real constituido

sobre las que se pretenda inscribir, del poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica y del portero o, en su defecto, de los inquilinos, si fuere urbana».

Y llaman la atención porque uno de los dos aspectos esenciales de la inmatriculación (recordemos que el acceso por primera vez de una finca a los libros del Registro de la Propiedad y la necesidad de que ello se realice a través de la primera inscripción del dominio, según el art. 7 de la Ley Hipotecaria, constituyen los dos ejes de la inmatriculación hipotecaria), la necesidad de determinación identificativa de la finca, se lleva a cabo:

A través de la simple declaración abstracta del propio inmatriculante, la cual puede llevarse a cabo sin necesidad de referencia a aspecto geográfico alguno, esto es, declarando simplemente linderos personales (2).

Y a través de la reiteración de lo ya manifestado al describir la finca, es decir, la simple manifestación de quienes, a su saber y entender, son los actuales propietarios de las fincas colindantes, por supuesto sin especificar tampoco geográficamente ninguna de ellas.

En ningún caso se exige que se determine perimetralmente la finca. No se requiere la localización territorial georreferenciada del dominio inmobiliario. Puede incluso no guardar coherencia con las descripciones catastrales que de la misma se hacen; es perfectamente posible que literariamente en el escrito inicial el inmatriculante manifieste que su finca linda al norte

(2) La Resolución de la DGRN, de 9 de octubre de 2000, se refiere, entre otras cuestiones, a que la falta de identificación de las fincas es motivo para suspender la inmatriculación pretendida. Efectivamente, el Registrador suspende porque:

«2.º Por no describirse las fincas como exige el artículo 9 LH y 51 RH».

La Resolución, en su Fundamento 3, señala que:

«El segundo defecto debe confirmarse, ya que, a pesar de que se enuncia de manera tan genérica que necesitaría corrección, se refiere, según resulta del expediente, de la no expresión en dos fincas urbanas del número, y en una de ellas de la calle en la que están situadas, y aunque dichos datos se complementan en la documentación aportada al recurso, no pueden tenerse en éste en cuenta documentos no tenidos a la vista por el Registrador al momento de calificar».

La simple manifestación de los datos omitidos en el momento adecuado hubiesen evitado el motivo de la suspensión. Sin embargo, cabe preguntarse, cómo puede el Registrador calificar la veracidad de tales datos de hecho cuando los mismos son fruto de la mera manifestación del inmatriculante.

En el sistema de bases gráficas registrales, al gozar la oficina del Registro de material gráfico territorial similar al del Catastro, del planeamiento urbanístico, el callejero municipal también planimétrico, etc., puede el Registrador contrastar la manifestación de los interesados y llevar a cabo una verdadera actuación calificatoria.

con Pedro Pérez y sin embargo la descripción catastral de la parcela en su lindero norte sea que linda con la parcela 233 del polígono 5, sin saber ésta de quién es.

Se puede argumentar que esa descripción perimetral ya se solicita a través de los certificados catastrales que han de acompañar al escrito inicial. Pero es importante hacer notar que, además de que el Catastro puede identificar parcelas, pero nunca las fincas registrales, la dualidad descriptiva de la finca a inmatricular, como la de cualquier otra finca registral inscrita, no es deseable.

No se debe seguir admitiendo que a la identificación literaria de la finca se acompañe una descripción de la parcela catastral y menos aún seguir exigiendo la quimera de que ambas realidades (la jurídico-inmobiliaria, propia del Registro, y la de la riqueza territorial, propia del Catastro) necesariamente coincidan (3).

Esta técnica legislativa se manifiesta, como cara opuesta de la misma moneda, en el artículo 276 RH, donde se establece la necesidad de anotación en el Catastro de la incoación del propio Expediente de Dominio, considerando la ausencia de cumplimiento de dicha disposición como causa suspensiva de la inmatriculación en el Registro de la Propiedad.

La utilidad que para la institución catastral pueda ofrecer la toma de constancia en la misma de la incoación de un procedimiento judicial para inmatricular fincas registrales, no sólo es inexistente, sino que además puede llegar a entorpecer la finalidad que el Catastro persigue.

La regulación del artículo 276 RH obedece a la confusión de que el legislador en ocasiones adolece al no discernir con claridad conceptos como el de finca registral, parcela catastral, dominio inmobiliario, riqueza territorial, Registro de la Propiedad o Catastro, ni el objeto para el que los mismos han sido concebidos.

El proceso de inmatriculación de fincas registrales es completamente ajeno a la institución catastral, y si bien es deseable que el Catastro pueda conocer la titularidad jurídico-inmobiliaria de las fincas registrales para así contrastarla con el parcelario catastral del territorio, esta finalidad ha de ser contemplada como el resultado de la colaboración entre ambas entidades,

(3) La sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 1996, señala:

«Que la inclusión de un inmueble en el Catastro no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular en el (igual que ocurre con los recibos de pago de los correspondientes impuestos); y tal indicio, unido a otras pruebas, puede llevar al Juez al convencimiento de que, efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular. Pero no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio, ya que tal tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de ese Registro en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de Justicia, cuya misión es precisamente declarar los derechos controvertidos.

Registro y Catastro, y no como motivo impeditivo de la inmatriculación de las fincas en el Registro de la Propiedad.

Volviendo a la regla segunda del artículo 201 LH, este precepto viene a exigir que se acompañe al escrito inicial antes visto, una certificación acreditativa del estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario.

Es interpretable dicha exigencia, al amparo del artículo 53.7 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, como la de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular.

Y este precepto viene a caer en el mismo error que el artículo 298 RH, que más tarde estudiaremos, de creer que en el Catastro se hallan las fincas registrales.

Sin embargo creo reveladora la referencia al «Catastro Topográfico Parcelario» o en su defecto al «Avance catastral, Registro Fiscal o amillaramiento» porque se sobreentiende de la misma que lo que el legislador quiere que se aporte al procedimiento es la mejor cartografía oficial de la que se disponga.

Y además se requiere de manera supletoria para el caso de que la más perfeccionada no se halle disponible: la que figura en el Catastro de manera definitiva, obviamente tiene más valor de certidumbre que la que pueda aparecer provisionalmente en el avance correspondiente; pero si ninguna de ellas se hallase disponible, habría que acudir a lo que hubiese, incluso a la vieja figura de los territorios amillarados.

Sin embargo ninguna de estas bases gráficas tiene por objeto el reflejo del propio dominio inmobiliario, el Catastro es el inventario de la riqueza territorial, los Registros Fiscales obedecen, como su propia denominación indica, a intereses recaudatorios, y el amillaramiento se acerca más a situaciones posesorias de hecho que al reflejo del dominio inmobiliario en sí.

Ciertamente, hasta hace bien poco tiempo, la única cartografía oficial existente era la catastral y por ello parecía lógica la necesidad de acudir a la misma. Entiendo, sin embargo, que en la actualidad, al existir cartografía oficial de tipo registral, es decir, específicamente levantada para reflejar el dominio inmobiliario, parece razonable utilizar la misma en vez de acudir al parcelario catastral, concebido para otros fines.

Prácticamente hasta el momento actual, el Registro de la Propiedad ha acudido a la institución catastral para tener indicios de localización de las fincas registrales, apoyándose en el hecho de que en un elevado número de supuestos las fincas registrales vienen inicialmente a coincidir con las parcelas catastrales y asumiendo como defecto del sistema la realidad histórica de la imposibilidad de coordinación, entendida como coincidencia.

También otras instituciones públicas, tales como Entidades Locales, Ministerios, Organismos de Montes, Costas o Cuencas Hidrográficas, tradicionalmente se han visto obligadas a acudir al Catastro para obtener indicios de

titularidad ante la imposibilidad de que los Registros de la Propiedad, aun carentes de bases gráficas, pudieran suministrar tal información. E igualmente se asumía con resignación como «defecto del sistema» el hecho de que dicha información indicaría de titularidades jurídicas que el Catastro suministraba, no coincidiese en un elevado número de supuestos con la realidad jurídica inmobiliaria.

La aparición de las bases gráficas registrales como instrumento de localización de dominios inmobiliarios inscritos en el Registro de la Propiedad, supone un avance respecto a la existencia de certificaciones catastrales, ya que frente a ellas, éstas sí aseguran la titularidad jurídica de un perímetro gráfico coincidente con la descripción del folio registral.

En conclusión, el sistema de bases gráficas de cada Registro de la Propiedad constituye la mejor cartografía disponible a los efectos de la tramitación del Expediente de Dominio y para el supuesto de que de la misma no se disponga, en tal caso habrá que acudir a la certificación catastral clásica, o en su defecto al Avance catastral, Registro Fiscal o amillaramiento.

La regla segunda del artículo 201 LH exige que se aporte al procedimiento judicial del Expediente de Dominio, unido al escrito inicial, una certificación gráfica y catastral (que ya hemos visto que puede ser y hasta habría de ser registral) y otra del Registro de la Propiedad acreditativa de «La falta de inscripción en su caso de la finca que se pretenda inmatricular».

Ambas certificaciones deberían ser sustituidas por una única certificación registral donde conste:

1.º Que el Registrador tiene constancia, a través de la base gráfica registral provisional que se propone, de la exacta situación cabida y linderos de la finca que se pretende inmatricular.

2.º Que la finca a que la base gráfica provisional se refiere, no se halla inscrita en el Registro de la Propiedad.

Para acreditar la primera manifestación, en la que necesariamente ha de apoyarse la segunda, es preciso que se aporte al expediente la base gráfica registral provisional de la finca a inmatricular. Una base gráfica provisional que necesariamente habrá de ser fruto de la manifestación expresa y fehaciente del inmatriculante ante el propio Registrador, previa al inicio del expediente, para que éste pueda contrastarla con el resto de información gráfica de su archivo.

Veremos más adelante, en una segunda parte del presente trabajo, al estudiar la inmatriculación en base al título público a que se refiere el artículo 205 LH, como entiendo que es posible que la determinación gráfica de la finca registral a inmatricular sea propuesta por el inmatriculante en base a una georreferenciación creada al margen del material técnico obrante en la oficina del Registro de la Propiedad.

En el caso del Expediente de Dominio excluyo la posibilidad de la propuesta particular (esto es, configurada profesionalmente al margen del Registro y sin perjuicio de la oportuna calificación al tiempo de presentar el título) por dos motivos:

1. Porque en dicho documento de propuesta de base gráfica ha de constar la manifestación por parte del Registrador de la falta de inmatriculación de la base gráfica de la finca registral (o de cualquier elemento territorial de la misma con el que pudiera coincidir), o lo que es lo mismo, en este caso, de la propia finca registral. Dicha manifestación nunca puede ser efectuada por el particular a través de asesoramiento profesional técnico topográfico, ya que nunca podrá examinar la realidad gráfica registral.
2. Porque como vimos anteriormente el artículo 201 LH, en su regla 2.^a exige que se acompañe al documento la base gráfica «oficial» oportuna, que en la actualidad no puede ser otra que la del Registro de la Propiedad.

La base gráfica que se acompaña al escrito inicial ha de consistir tan sólo en una propuesta de tal, eso sí configurada a través del juego de manifestaciones del inmatriculante materializadas sobre el material cartográfico y ortofotográfico oficial del que disponga el Registro, sin que en ningún caso pueda, en este momento inicial del procedimiento, convertirse tal propuesta en verdadera y definitiva base gráfica registral.

Porque ésta, la base gráfica registral, sólo es la que ha sido validada por causa de su correspondencia con una finca registrada y además porque hasta que la inmatriculación no se haga efectiva, a resultas del expediente, y se pueda comprobar que no hay ninguna otra finca que en el ínterin haya obtenido su inmatriculación sobre todo o parte del territorio sobre el que ahora se pretende inmatricular; hasta tal momento, no será posible la afirmación por parte del Registrador de que la identidad de la base gráfica coincide con la descripción literaria hecha en el folio registral donde consta la inmatriculación de la finca.

Así pues, la actual regulación de la regla segunda del artículo 201 LH debería dar paso a otra diferente.

La exigencia de un escrito inicial consistente en declaraciones unilaterales del inmatriculante, acompañado de un certificado catastral determinativo de la realidad gráfica de la finca y de otro certificado del Registro de la Propiedad acreditativo de la falta de inscripción del dominio, habría de ser sustituida por:

Un escrito inicial que únicamente se remitiese a una única certificación registral donde se afirmase por parte del Registrador que

la propuesta de base gráfica que (en la Oficina del Registro y utilizando el material técnico oficial adecuado) ha configurado por su propia voluntad el inmatriculante, no se corresponde, ni en todo ni en parte, con ninguna finca registral inscrita.

Y si de la propuesta de localización hecha por el inmatriculante resulta además que la finca a inmatricular linda con la base gráfica de otras ya inscritas, dicho certificado registral debería también ser comprensivo de las bases gráficas registrales colindantes.

3. REGLA TERCERA DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA

La regla tercera del artículo 201 LH, y a los efectos del presente estudio, establece que:

3.^a El Juzgado dará traslado de este escrito al Ministerio Fiscal, citará a aquellos que, según la certificación del Registro, tengan algún derecho real sobre la finca, a aquél de quien procedan los bienes o a sus causahabientes, si fueren conocidos, y al que tenga catastrada o amillarada la finca a su favor, y convocará a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada por medio de edictos. Éstos se fijarán en los tablones de anuncios del Ayuntamiento y Juzgado Municipal a que pertenezca la finca, a fin de que, dentro de los diez días siguientes a la citación o a la publicación de los edictos, puedan comparecer ante el Juzgado para alegar lo que a su derecho convenga...

En los casos a) y b) de la regla segunda se citará, además, a los titulares de los predios colindantes y en los a) y c) de la misma, al poseedor de hecho de la finca, si fuere rústica, o al portero, o, en su defecto, a uno de los inquilinos, si fuere urbana.

Como se puede comprobar del texto resaltado tan sólo me referiré al estudio de aquellas personas que, según el artículo 201 LH, deben ser citados por consecuencia de la ubicación territorial de la finca (titular catastral, interesados ignorados y colindantes), dejando sin tratar aquellos que deben ser citados por razón de sus posibles derechos inmobiliarios sobre la finca a inmatricular, con independencia de la extensión y situación geográfica de la misma.

Distinguimos entre quienes por el solo hecho de aparecer catastrados o por figurar como colindantes han de ser citados, de aquellos que tienen que serlo por la posibilidad de ostentar derechos sobre todo o parte del territorio

de la finca a inmatricular, independientemente de que pudieran ostentar titularidades en inmuebles anejos (4).

Una vez más se distingue el aspecto, llamémosle «de contenido» (el dominio y demás titularidades reales inmobiliarias) y de «continente» la porción de terreno delimitada por dicho contenido, la finca registral.

Y una vez más la existencia de bases gráficas registrales ha de proporcionar a esta regla del artículo 201 LH una sencillez y una seguridad mayores que las que se desprenden de su actual redacción.

A) Respecto a los que tengan catastradas o amillaradas las fincas a su favor y a las personas ignoradas a quienes pueda perjudicar la inscripción solicitada, entiendo que habrían de ser citados únicamente por medio de edictos.

La razón por la que la regla 3.^a establece la necesidad de citar al que tenga «catastrada o amillarada la finca a su favor» responde, una vez más, a la necesidad de acudir a medios indiciarios de averiguación ante la ausencia de titularidades contrastadas. Lo deseable es que se cite a quien aparezca como titular registral y no catastral del predio contiguo al que se pretende inmatricular. El problema es que hasta la aparición del sistema de bases gráficas registrales la titularidad de la colindancia registral era imposible de determinar con seguridad, ya que la misma solamente podía ser fruto de meras manifestaciones de los linderos personales de cada finca.

Además de que sigue siendo contradictoria la expresión «catastrada la finca a su favor» porque lo que aparece catastrado es la parcela y nunca la finca, la titularidad catastral nada tiene que ver con la verdadera titularidad jurídico-inmobiliaria. El hecho de que en numerosos supuestos coincidan, no permite afirmar que sean una misma cosa, máxime cuando hoy en día las titularidades catastrales en un masivo número de casos son consecuencia de las titularidades registrales.

Por ello, porque la titularidad catastral ninguna garantía de tipo jurídico ofrece, entiendo que la necesidad de citar expresamente al titular catastral debería ser suprimida de la regla tercera, para incluir a dicho titular dentro de aquellos a los que pudiera llegar a perjudicar la inscripción solicitada, es decir, dentro de aquellos a quienes se ha de convocar por medio de edictos.

(4) La Resolución de la DGRN, de 20 de junio de 1990, resuelve la cuestión de si es necesaria la citación de los propietarios colindantes para que por el auto que pone fin al Expediente de Dominio pueda obtenerse la inmatriculación de una sexta parte indivisa de la finca en cuestión, estando la misma ya inscrita en cuanto a las otras cinco sextas partes a favor de determinado titular.

Señala la Resolución que la citación se configura en este caso en que la finca como tal ya tiene constancia en el Registro, únicamente como instrumento depurador de los datos físicos que intentan acceder al mismo, a la vez que protector de quienes puedan resultar afectados por ello y por lo tanto no es precisa la citación.

Es decir, la doble categoría de publicidad que establece la regla tercera del artículo 201 LH, al referirse a la «citación “de los titulares de derechos reales”» (se hallen o no inscritos, según la regla 3.^a) y catastrales frente a la «convocatoria» por medio de edictos del resto de los interesados en general, debería ser simplemente sustituida por *un sistema de citaciones que tan sólo debería referirse a quienes ostentasen titularidades registrales, ya sean éstas relativas al propio predio a inmatricular, ya sobre las fincas colindantes (y sin perjuicio de las situaciones posesorias de hecho que pudieran pesar sobre la finca) complementado con el simple anuncio o convocatoria, a través de edictos, a cualesquiera interesados en general y entre ellos a los titulares catastrales.*

Esto no supone merma alguna de calidad en la publicidad del procedimiento, ya que la convocatoria por medio de edictos adquiere una dimensión especial cuando estos van acompañados de propuesta de base gráfica registral, como veremos posteriormente al tratar de la inmatriculación a través del procedimiento arbitrado por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, ya que la apariencia gráfica de su situación determina un alcance de publicidad cuya eficacia va mucho más allá de la actual regulación de citaciones y convocatorias.

B) Respecto a la necesidad que se establece de citar personalmente a los titulares de los predios colindantes, entiendo que debería mantenerse cuando dichas titularidades resulten del archivo de bases gráficas registrales.

La utilización del archivo de bases gráficas del Registro de la Propiedad puede constituir una aportación muy importante en la necesidad de citar a los verdaderos titulares de los auténticos predios colindantes (5).

Efectivamente, los criterios de determinación de colindancia que establece la regla 3.^a del artículo 201 LH no son fiables por dos tipos de razones:

1. Al tratarse de la inmatriculación de una finca no inscrita, la determinación de colindancia queda al arbitrio de las manifestaciones del inmatriculante o, en el mejor de los casos, a lo que resulte de la colindancia catastral, la cual se muestra en este aspecto de

(5) La Resolución de la DGRN, de 11 de febrero de 1999, señala que la realización de notificaciones o citaciones tiene carácter esencial (y por lo tanto es de obligatoria calificación para el Registrador) en el supuesto de que se trate de notificaciones a realizar a personas a quienes el Registro conceda algún derecho, pero no cuando, como el caso debatido, se trata de notificar a las personas ignoradas a quienes podría perjudicar la inscripción.

Si por colindante entendemos al que aparece referenciado en la descripción de la finca a inmatricular, no será precisa la notificación o citación, si por el contrario el colindante es el titular de la finca cuya base gráfica aparece contraria a la que se pretende inmatricular, la citación personal es imprescindible, ya que evidentemente el Registro le concede derechos y por ello resulta evidente que el sistema registral de seguridad sale muy reforzado.

linderos aún más insegura que en sus propias declaraciones de titularidad.

2. La declaración literaria de linderos personales de la finca que se pretende inmatricular responde a una «foto fija» llevada a cabo por el inmatriculante en su declaración de voluntad y por simple determinación de la misma es imposible que la colindancia goce de la necesaria constante actualización durante el procedimiento.

La única forma fiable de conocer en cada momento cuál es la entidad gráfica de la finca registral colindante a la que pretende su inmatriculación y al mismo tiempo llegar a saber en cada instante cuál es su titularidad, resulta ser la que ofrece el archivo de bases gráficas registrales del Registro de la Propiedad, ya que la localización gráfica de la finca colindante enlaza con su titularidad automáticamente a través de un sistema de constante actualización que supera cualquier declaración temporalmente puntual que se pudiera hacer en el título.

Por ello, a fin de poder citar a los titulares colindantes a la finca objeto del expediente, habría de solicitarse un dictamen (que bien podría acompañarse a la certificación complementaria del escrito inicial de que trata la regla segunda del art. 201 LH) al Registrador de la Propiedad donde se indicase la existencia colindante de bases gráficas registrales a la que se pretende inmatricular, a fin de que se hiciese la oportuna citación a sus respectivos titulares.

Por lo tanto sería deseable incluir en el curso del procedimiento la necesidad de que el Registrador certificase, con carácter previo a las citaciones oportunas, sobre la titularidad de cada una de las fincas colindantes a la que se pretende inmatricular, derivada dicha colindancia del archivo de bases gráficas registrales.

El archivo de bases gráficas registrales nos permite conocer al momento la titularidad de las bases gráficas de las fincas colindantes a la que se pretende inmatricular, caso de hallarse las mismas inscritas en el Registro de la Propiedad y caso de hallarse validada la base gráfica registral correspondiente.

Efectivamente, todo el sistema de modificación del artículo 201 LH que se está proponiendo, no puede ser, por el momento, más que un complemento a la actual regulación del Expediente de Dominio y no una propuesta de sustitución de la misma, ya que la posibilidad de utilizar bases gráficas registrales en cada uno de los supuestos que estamos examinando depende de la existencia misma de las propias bases gráficas registrales, es decir, de su validación (operación registral por la cual el Registrador manifiesta la coincidencia entre la identificación literaria de la finca hecha en el folio, con la propuesta de base gráfica registral correspondiente), la cual, a su vez, depende de la propia inmatriculación de la finca registral en sí.

El proceso de recuperación de bases gráficas registrales en España es aún incipiente y necesariamente ha de ser paulatino, ya que la validación implica un complejo procedimiento técnico-jurídico-topográfico que precisa su propia implantación.

Por ello considero que en este momento la utilización de bases gráficas ha de ser contemplada como una posibilidad que el legislador debe amparar para dar mayor seguridad jurídica a la tramitación del Expediente de Dominio y no como una necesidad a imponer en cualquier caso, ya que hasta la efectiva implantación de un sistema de recuperación masiva de bases gráficas, esto no será posible.

En cualquier caso la existencia de bases gráficas registrales podría modificar la regla 3.^a del artículo 201 LH, en el sentido de que la necesidad de citar personalmente (además de aquellos a los que por razón de su titularidad sea procedente) a las personas cuyo interés resulte de los datos de la propuesta de base gráfica aportada al escrito inicial del expediente y de convocar a través de la referida propuesta de base gráfica que habría de acompañar al edicto, a cuantos pudieran tener interés en la inmatriculación.

4. REGLAS CUARTA Y QUINTA DEL ARTÍCULO 201 DE LA LEY HIPOTECARIA. VALOR PROBATORIO DE LAS BASES GRÁFICAS REGISTRALES

Por último tratan las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 201 LH que venimos estudiando de la proposición, práctica y calificación judicial de las pruebas que el actor y los interesados comparecientes estimen pertinentes para justificar sus derechos.

Ha de entenderse en la misma línea antes expuesta, que las pruebas a las que se refieren las reglas cuarta y quinta van dirigidas tanto al objetivo de acreditar la titularidad sobre la finca, como a determinar la entidad de la finca en sí; y en este aspecto podemos distinguir pruebas contrapuestas encaminadas unas a ubicar la finca y otras encaminadas a que tal ubicación no invada el dominio de otras fincas registrales inscritas.

Una de estas pruebas puede ser indudablemente la base gráfica registral de una finca ya registrada sobre el mismo territorio sobre el que ahora se pretende inmatricular otra diferente y nueva.

Es posible que, durante el curso del procedimiento, una vez aportada desde el Registro la base gráfica provisional inicial de la finca a inmatricular, e incluso aportado el certificado de colindancia gráfica del que hablábamos en el apartado anterior, se haya podido inmatricular a través de otro procedimiento una finca que ocupe todo o parte del mismo territorio o simplemente es perfectamente posible que la base registral de una finca

ya inscrita años atrás haya podido ser identificada durante tal lapso de tiempo.

En tales casos es preciso que dicha circunstancia haya de tenerse en cuenta durante la tramitación del Expediente de Dominio y, hoy por hoy, no existe otro modo más que la aportación de la base gráfica registral como una de las pruebas a las que se refieren los puntos cuarto y quinto del artículo 201 de la Ley Hipotecaria.

Sería deseable que se impusiese al Registrador la obligación de aportar de oficio al Expediente cualquier base gráfica que durante la tramitación del mismo fuera validada sobre el territorio a que la inmatriculación se refiere, a los efectos de que dicha validación fuese ponderada junto al resto de pruebas.

Los efectos probatorios que haya de producir la aportación de dicha base gráfica registral dependerán, en gran parte, del valor y efectos de la propia validación registral.

Si la validación consiste en la afirmación registral de la coincidencia entre la descripción de la base gráfica registral y la literaria hecha en el folio real, los elementos, los criterios de validación, en los que se basa el Registrador para efectuar dicha afirmación, son esenciales a la hora de determinar el valor de la misma.

Por ello es necesario hacer un análisis del valor identificativo o incluso descriptivo que puede llegar a tener la base gráfica registral validada por el Registrador.

La base gráfica de una finca registral puede revestir tres categorías diferentes, con diferentes efectos jurídicos cada una de ellas y por lo tanto con diferente fuerza probatoria (gradualmente más potente) al ser aportadas al Expediente de Dominio de que trata el artículo 201 LH.

Cada una de estas categorías de efectos es consecuencia de los distintos criterios que haya podido utilizar el Registrador a la hora de validar la base gráfica registral correspondiente:

1. La base gráfica que el Registrador haya validado utilizando cualquier medio (descripción literaria de la finca en el folio registral, cartografía de apoyo, etc.) diferente del consentimiento expreso y fehaciente de dicha base gráfica por el titular registral, tendrá el valor de mera opinión o dictamen profesional.
2. La base gráfica que el Registrador haya validado en base a la propuesta o ratificación expresa y fehaciente del titular registral de la finca correspondiente, producirá los mismos efectos identificativos que la declaración literaria que al describir la finca pudiera hacerse constar en el folio registral por la sola voluntad de su titular.

3. La base gráfica que el Registrador haya validado en base a la propuesta o ratificación expresa del titular registral, acompañada de la confirmación previa o simultánea del titular registral del predio colindante y configurada sobre el adecuado soporte cartográfico oficial, ha de producir efectos descriptivos y no solamente identificativos del recinto en que consiste la base gráfica registral.

Vamos a desarrollar cada una de estas categorías:

La legislación hipotecaria, ya desde un principio, no pretendió identificar geográficamente las fincas registrales. Se prefirió, con buen criterio, acudir al único medio fiable de determinación de las fincas, esto es, su titularidad jurídica, así como la de los predios colindantes.

Por ello, la identificación, llamémosle tradicional, que hace la legislación hipotecaria de las fincas registrales no da fe de las circunstancias de hecho, de los datos meramente descriptivos de las mismas.

Sin embargo tal legislación sí ha venido dando fe de todo aquello que sirve para identificar la finca registral como entidad jurídico real inmobiliaria individualizada.

El sistema tradicional identifica la finca registral, la porción de terreno delimitada por el dominio de una persona; identifica el dominio inmobiliario. Pero el sistema tradicional no describe el dominio, no responde de la exactaimetración geográfica de la finca registral.

La elasticidad (se dice que nuestro sistema tradicional es lo suficientemente elástico como para, sin describir nada, identificarlo todo) a la hora de identificar fincas registrales es un principio de nuestra legislación hipotecaria que es predicable no sólo en la narración literaria que del contorno de la finca se hace en el folio registral, sino que también puede apreciarse tal principio en la base gráfica registral, ya que la misma no es otra cosa que el transunto gráfico del folio alfanumérico.

Cuando el Registrador se dispone a validar, lo natural es pensar que el resultado de dicha validación ha de producir los mismos efectos y ha de tener el mismo valor jurídico que el que produce la descripción llevada a cabo en los libros registrales. Es decir, que la validación por parte del Registrador otorga a la base gráfica registral el mismo valor identificativo que ya figura inscrito en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo no siempre es así. En ocasiones no alcanza dicho valor, esto ocurre cuando la validación se lleva a cabo sin la ratificación expresa de dicho contorno gráfico por parte del titular dominical. Y en ocasiones puede llegar a tener un valor jurídico que va más allá de la mera identificación de la finca; puede llegar a tener, como veremos a continuación, valor descriptivo propiamente dicho y no sólo el meramente identificativo.

La validación nunca puede fundarse en una invención o suposición aventurada por parte del Registrador; éste nunca habrá de validar si abriga dudas acerca de la correspondencia de identidades en que dicha operación consiste.

Sin embargo, la validación sí puede fundamentarse en los datos inicialmente manifestados por el titular registral (sin intención de configurar con ellos base gráfica alguna) y que como tales aparecen en el folio registral. La validación de la base gráfica registral en tal caso se deriva:

1. De la voluntad del titular registral manifestada al describir el inmueble en el título que ha causado el asiento correspondiente.
2. De las operaciones identificativas lógicas hechas sobre la ortofotografía y cartografía oficiales utilizadas al efecto.
3. Y de la ausencia de obstáculos derivados de otras identificaciones hechas con anterioridad en el Registro de la Propiedad.

Y lo cierto es que tal base gráfica no puede tener valor identificativo alguno de la finca, más allá del mero dictamen registral, ya que no existe manifestación fehaciente expresa por parte del titular registral o, en su caso, de la autoridad judicial, acerca de la coincidencia entre la identificación alfanumérica y gráfica que el Registro hace de la finca.

Por lo tanto, cuando la prueba de que tratan las reglas 4.^a y 5.^a del artículo 201 LH, consiste en un mero dictamen por parte del Registrador, estaremos ante una mera opinión sujeta a error y basada únicamente en la pericia del fedatario registral.

Ahora bien, si en el título presentado al Registro, o a través de una operación registral específica (del tipo de las previstas en el art. 53.5 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre) el titular registral manifiesta que la finca de su propiedad se corresponde con una base gráfica determinada por una serie de coordenadas de georreferenciación, ya existe consentimiento expreso a la validación que ha de llevar a cabo el Registrador.

En este caso, la base gráfica registral no será ya objeto de un mero dictamen registral, sino el resultado de una declaración jurídica con los mismos efectos registrales generales que el resto de las declaraciones que constan inscritas en el Registro de la Propiedad, en este caso los mismos efectos identificativos de la finca que vimos con anterioridad.

La declaración del titular registral sobre la identificación gráfica de la finca dará fe de la identidad del objeto gráfico sobre el cual recae su dominio, pero no dará fe de la descripción exacta de ese objeto gráfico.

Por ello, cuando la prueba consiste en la aportación por parte del titular registral de una base gráfica validada en base a su expresa manifestación (precisamente el mismo supuesto que tendrá lugar tras la operación de inmatriculación de la finca) el juez habrá de atender a la identidad del dominio

inmobiliario en cuanto pudiera afectar a la finca objeto de inmatriculación, sin olvidar el hecho de que los detalles descriptivos de la base gráfica registral aportada, no se apoyan en la fuerza jurídica del Registro de la Propiedad.

No basta que el Registrador georreferencie simplemente un dominio para que esta operación técnica produzca los efectos identificativos tradicionales de la finca registral. Para que esto ocurra es precisa, en primer lugar, la manifestación de voluntad del titular registral debidamente calificada por el Registrador de la Propiedad.

Para que esta base gráfica georreferenciada de la finca tenga plenitud de efectos descriptivos, es preciso, además de que previamente hayan sido calificados sus efectos identificativos, que la declaración del titular registral haya sido contrastada por su colindante y además haya sido sancionada por la autoridad oficial competente.

La diferencia esencial entre el valor identificativo y descriptivo que puede llegar a tener la descripción de una finca registral consiste en que los efectos descriptivos determinan con precisión las circunstancias geográficas del perímetro de la finca, constituyendo el Registro a través de sus bases gráficas el medio de prueba adecuado para resolver las diferencias que pudieran existir entre los colindantes por razón de la ubicación de sus respectivos dominios.

Estos efectos descriptivos sólo se pueden lograr a través de las bases gráficas y nunca a través de la literatura del folio, al carecer ésta de la precisión mínima adecuada para tal efecto.

Cuando la base gráfica registral es aceptada no ya sólo por el titular registral de la propia finca, sino por los titulares de las fincas colindantes, parece obvio que el efecto jurídico del conjunto de esas declaraciones no puede tener el simple valor identificativo que vimos anteriormente, ha de ser necesariamente más potente.

Si en el Expediente de Dominio el inmatriculante acepta como correcta la base gráfica registral propuesta a través de la oficina registral y esa base gráfica registral linda con la base gráfica de otra finca registral ya validada en base a la manifestación fehaciente expresa de su titular, la aceptación de la base gráfica propia implicará al mismo tiempo la aceptación del lindero común con la finca colindante.

A partir de ese momento y si hay sanción oficial al respecto (si se usa la cartografía oficial adecuada), ese lindero ya no sólo será identificativo de la finca, sino descriptivo de la misma. Las partes renuncian a cualquier posible controversia sobre la situación exacta de su dominio territorial.

Para que la base gráfica en todos o alguno de sus linderos tenga efectividad descriptiva y no sólo identificativa, es preciso, además, contar con lo que antes he venido a denominar como sanción de la autoridad oficial competente.

Es evidente que planimetrías particulares, escalas extrañas o inexactas, alteraciones de representación geográfica no contrastadas oficialmente, etc., no pueden acceder al Registro de la Propiedad, ni producir los efectos descriptivos pretendidos, por mucho que el titular y su colindante lo pretendan.

No hay ninguna duda de que el trazado de un lindero sólo gozará de efectos descriptivos, es decir, será respetado en su exacta configuración georreferenciada tanto por el poder público, como por parte de todos los particulares, si todos los interesados públicos y privados y no sólo los titulares colindantes, manifiestan su consentimiento expreso a la base gráfica registral creada.

Por ello es imprescindible, para gozar de los efectos descriptivos pretendidos, que la configuración de la base gráfica registral se realice sobre un escenario de cartografía oficial de tipo registral.

De todo ello se desprende que las pruebas a que se refieren las reglas cuarta y quinta del artículo 201 LH, pueden adquirir, cuando a las bases gráficas registrales se refieran, una dimensión diferente, más potente y eficaz que la que actualmente contiene la redacción de dicho precepto.

Efectivamente, si la tramitación del expediente de dominio persigue la inmatriculación de la finca y ésta únicamente en la actualidad supone la identificación, nunca la descripción exacta de la finca y si en el procedimiento se articula como elemento probatorio el juego de consentimientos y sanciones oficiales de las que hemos tratado, *los efectos tradicionales de ausencia de fe pública registral, en cuanto a los datos meramente descriptivos o de puro hecho relativos a la finca, se verán efectivamente superados al convertir los mismos, por la fuerza de dichas declaraciones y sobre todo por el apoyo georreferenciado de la base gráfica registral, en datos de carácter jurídico-inmobiliario, al mismo nivel que el resto de declaraciones relativas al dominio y demás derechos reales inmobiliarios inscritos.*

5. JUEGO DE LAS BASES GRÁFICAS REGISTRALES EN LA SUSTANCIACIÓN DEL EXPEDIENTE DE DOMINIO

Es discutida la cuestión de la naturaleza jurídica procesal del Expediente de Dominio. Sin entrar en el análisis de la cuestión, puesto que a este trabajo no le corresponde, parto de la conclusión a la que ROCA SASTRE llega:

«Hay que afirmar que son actos de jurisdicción voluntaria. Pero bien entendido con la particularidad de no actuar el artículo 1.817 de la LEC, de modo que la oposición a ellos se formula, se sustancia y decide dentro del mismo procedimiento. Pero con todo se trata de una oposición concreta a la justificación del dominio, pues si la opo-

sición es de tipo reivindicatorio, o sea, que exige una declaración del derecho dominical, entonces debe sobreseerse el expediente».

Esta conclusión plantea el estudio de cuándo la aportación de una base gráfica registral, ya sea ésta la provisional que ha de iniciar el procedimiento, o cualesquiera otras validadas, supone la simple justificación dominical de una delimitación territorial, en cuyo caso, las diferencias de apreciación pueden ser solventadas en el curso del procedimiento o cuando estas bases gráficas entran en conflicto con otras realidades dominicales inmobiliarias, en cuyo caso habría de sobreseerse el propio expediente.

La cuestión práctica en materia de bases gráficas registrales consiste en determinar cuándo la problemática que las mismas plantean, puede ser resuelta en sede del propio Expediente de Dominio o cuándo trasciende a éste y ha de sustanciarse a través de otro tipo de procedimiento judicial.

En principio, cuando no se aporta base gráfica registral validada contradictoria con la base gráfica registral provisional que habría de iniciar el procedimiento, cualquier cuestión que surja en cuanto a la delimitación de la finca a inmatricular puede ser resuelta en el Expediente de Dominio incoado.

Sin embargo, cuando se aporte por parte de colindantes o terceros interesados en el expediente alguna base gráfica registral validada que sea contradictoria respecto a la provisional inicial, en tal caso habría de acudirse a comprobar el efecto identificativo, descriptivo o de mero dictamen que dicha validación contradictoria provoca, para ver si dicha contradicción puede ser resuelta en el propio expediente o si es necesario sobreseer el Expediente de Dominio iniciado para iniciar el juicio declarativo correspondiente.

Veamos los supuestos:

1. Cuando lo aportado al procedimiento es una base gráfica registral cuya validación se apoya únicamente en el criterio profesional del Registrador, es decir, cuando la misma no goza de efecto identificativo alguno, en tal caso parece obvio que la validez y efectos de dicha base gráfica habrán de ser ponderados por el juez como mera prueba pericial.

En este caso, aunque dicha base gráfica se aporte inicialmente al expediente junto a la certificación registral, nunca tendrá el valor fehaciente de ésta, y tampoco implicará responsabilidad alguna para el Registrador.

El juez, en estos casos, podrá apreciar los datos para tomar decisiones, podrá igualmente despreciarlos por razones de coherencia o temporalidad que considere oportunos o incluso podrá tener en cuenta parcialmente alguno de los linderos de la base gráfica registral. Lo que en principio no parece posible es que dentro de este procedimiento pueda modificarse por parte del juzgado la base grá-

fica registral, sin perjuicio de que *a posteriori*, cuando el título inmatriculador se presente en el Registro, pueda el Registrador en el ejercicio de sus funciones, adaptar la base gráfica inicial propuesta a la descripción final resultante de la finca, en función de las circunstancias que obren en el archivo de bases gráficas registrales en aquel preciso momento.

Sin perjuicio de que una base gráfica con efectos de mero dictamen pueda ser siempre aportada como prueba a lo largo del procedimiento, este supuesto se producirá siempre en los casos de inmatriculación en relación a la finca cuyo acceso registral se pretende ya que, aunque la manifestación puede haber sido efectuada por el dueño de la finca ante el Registrador, dicho interesado no es aun titular registral, se tiene en cuenta su declaración a la hora de emitir la base gráfica registral provisional, pero en ningún caso se califica, porque el resultado no se inscribe o, traducido al ámbito gráfico, no accede al archivo de bases gráficas registrales.

2. Cuando lo aportado al procedimiento consista en una base gráfica validada en base a la declaración fehaciente del titular registral, es decir, cuando la base gráfica registral haya de producir por razón del proceso de su validación los mismos efectos identificatorios que producen las descripciones literarias que se hacen en el folio registral, en tal caso el juez no se hallará simplemente ante un dictamen registral de tipo simplemente pericial.

El juez podrá decidir con la misma libertad que en el caso anterior, en tanto en cuanto su decisión no afecte a la identidad de la finca que se pretende inmatricular, y esto ocurrirá cuando no existan diferencias entre la descripción final literaria de la finca y la de la base gráfica provisional propuesta del 10 por 100 en cuanto a la extensión superficial pretendida, cuando no existan criterios diferentes de situación o localización de la finca o cuando no se produzcan contradicciones en materia de linderos fijos.

En el resto de supuestos la decisión judicial tropieza con una descripción registral existente en sentido propiamente dicho y no parece que en tales casos sea el Expediente de Dominio el procedimiento más adecuado para su alteración o modificación en cuanto que pudiera afectar a dominios ajenos inscritos.

Este supuesto se producirá cuando sea alegada la base gráfica registral como prueba en el curso del procedimiento, por parte de colindantes o terceros que consideren que la inmatriculación pretendida supone la invasión de la finca no inscrita en el contorno gráfico de una finca registral ya validada en base a la manifestación expresa y fehaciente del titular registral.

Este supuesto nunca será aplicable a la aportación de la base gráfica registral provisional que el Registro debe expedir, según la tesis aquí sostenida, al inicio del expediente, ya que dicha base gráfica se refiere a una finca aún no inmatriculada y por lo tanto sin posibilidad de producir efecto identificativo de finca registral alguna, pero si al resto de supuestos en los que quepa la aportación de base gráfica registral al procedimiento.

3. Y por último, no cabe en principio aportación como prueba gráfica en el curso del procedimiento de una base registral que goce de efectos no sólo identificativos, sino descriptivos, es decir, una base gráfica en cuya validación no sólo haya sido tenido en cuenta el consentimiento del titular registral de la finca en cuestión, sino también el titular registral de la finca colindante, ya que al menos la finca que se pretende inmatricular no se haya inscrita y por lo tanto su base gráfica nunca podrá haber sido colindante, desde el punto de vista gráfico registral, de ninguna otra.

Otra cosa es que durante el curso del Expediente de Dominio se haya producido la inmatriculación de un parcelario completo expresamente consentido por todos sus titulares (caso de un proyecto urbanístico, por ejemplo) en cuyo caso resulta evidente que el sobreseimiento del Expediente de Dominio ha de ser inmediatamente adoptado, ya que en este caso no se trata sólo de justificar el hecho determinante de un dominio inmobiliario inscribible, sino de alterar sustancialmente el dominio inmobiliario inscrito de otros titulares registrales.

RESUMEN

BASES GRÁFICAS

El presente dictamen tiene por objeto hacer un análisis de cómo el nuevo concepto de bases gráficas registrales puede llegar a afectar, si las disposiciones legales oportunas son adoptadas, a la tramitación tradicional del expediente de dominio.

La validación por parte del Registrador de la Propiedad consiste en la afirmación de que determinado polígono sobre el terreno corresponde a la representación gráfica de una finca registral y la consecuencia jurídica que de dicha afir-

ABSTRACT

GRAPHIC BASES

The purpose of this opinion is to perform an analysis of how the new concept of graphic bases in registration can affect the traditional processing of ownership proceedings if the proper legislation is enacted.

The property registrar's validation consists in the affirmation that a certain polygon on the land corresponds with the graphic representation of a registered property, and the legal consequence stemming from that affirmation can be used to simplify the entire judicial process in

mación se deriva puede ser utilizada para simplificar y dotar de mayor seguridad jurídica a todo el proceso judicial en que el expediente de dominio consiste. El trabajo analiza el valor probatorio del dictamen del Registrador y entre otras, establece las siguientes propuestas:

Sería aconsejable la aportación al inicio del proceso de una certificación registral donde se afirmase que la propuesta de base gráfica que (en la Oficina del Registro y utilizando el material técnico adecuado) ha configurado por su propia voluntad el pretendido inmatriculante, no se corresponde, ni en todo ni en parte, con ninguna finca registral inscrita.

Sería aconsejable establecer la posibilidad de que durante el proceso el Registrador certificase con carácter previo a las oportunas citaciones, sobre la titularidad de cada una de las fincas colindantes a la que se pretende inmatricular, derivada dicha colindancia del archivo de bases gráficas registrales.

Sería igualmente aconsejable establecer la necesidad de que el Registrador aportase de oficio al expediente de dominio cualquier base gráfica que durante la tramitación del mismo fuera validada sobre el territorio a que la inmatriculación se refiere, a los efectos de que dicha validación fuese ponderada junto al resto de pruebas.

which an ownership proceeding consists and vest the process with greater legal certainty. The paper analyses the value of the registrar's opinion as evidence and, *inter alia*, makes the following proposals:

It would be advisable to furnish, at the start of the process, a registrar's certificate affirming that the proposed graphic base that the would-be owner of the as-yet-unregistered property has configured of his own will (at the Registry Office, using the proper technical material) does not correspond, in full or in part, with any registered property.

It would be advisable to establish the possibility whereby, during the process, before the parties are summonsed, the registrar may certify the ownership of each of the properties bordering that whose first registration is being sought, said borders being as shown by the Registry's file of graphic bases.

It would furthermore be advisable to establish the need for the registrar, acting *ex officio*, to furnish for the ownership proceeding any graphic base that is validated during the handling of the proceeding and concerns the territory to which the first registration pertains, so that said validation can be weighed together with the rest of the evidence.

(Trabajo recibido el 7-12-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

BIBLIOGRAFÍA

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

- LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho Civil*, t. III bis, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- ROCA SASTRE, Ramón M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho Hipotecario*, Ed. Bosch, Barcelona (8.^a ed., enero de 1997).
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix: *El expediente de dominio*, Ed. Comares, Granada (8.^a ed., 2001).
- ABELLÁN: «Expedientes de dominio», *RCDI*, 1947.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *El expediente de dominio* (RDR-11 y 12, 1985).
- GÓMEZ GÁLLEGO, Francisco Javier: «Calificación de los expedientes de dominio. Comentario a las Resoluciones de 21 y 22 de noviembre de 1995» (BCERC-69).
- BLANCO URZÁIZ, Jorge: *El expediente de dominio* (BCERC-87, año 2000).
- VILLAPLANA GARCÍA, Constancio: *Fichero Registral Inmobiliario*, Ed. Centro de Estudios Registrales, 2004.

DERECHO COMPARADO

Análisis doctrinario del Catastro en el Derecho peruano y extranjero

por

FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE (*)

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. GENERALIDADES.
- III. DERECHO REGISTRAL.
- IV. DERECHO MUNICIPAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO.
- V. CLASIFICACIÓN DE LOS PREDIOS.

(*) Abogado egresado de la Universidad Católica Santa María de Arequipa (PERU). *Juez Titular del Juzgado Mixto de Moyobamba. Ex Registrador Público* de la Oficina Registral Regional «Los Libertadores Wari», en las Sedes Registrales de: Ica, Nasca, Pisco, Huanta y Huancavelica. *Ex Jefe de la Oficina Registral de Huancavelica. Ex Apoderado de la Oficina Registral Regional «Los Libertadores Wari».* *Ex Representante de la Procuraduría Pública* a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Justicia, en los procesos judiciales en los que era parte la Oficina Registral Regional «Los Libertadores Wari», tramitados en el distrito judicial de Huancavelica, en mérito a las delegaciones otorgadas por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Justicia. *Ex Presidente de la Comisión Especial de Transferencia de los Registros de Propiedad Vehicular y de Prenda de Transportes* de la Dirección Subregional de Circulación Terrestre de Huancavelica al Sistema Nacional de los Registros Públicos. *Ex Miembro de la Comisión de Transferencia del Registro de Vehículos Menores* de la Dirección Regional de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de Huancavelica a la Oficina Registral Regional «Los Libertadores Wari». *Expositor en importantes eventos académicos en el Perú y en el extranjero. Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.* Estudios de postgrado en Derecho de Trabajo, Derecho Administrativo, Contratos Modernos, Negociación, Diplomado en Función Jurisdiccional, Despacho Judicial, Conciliador Extrajudicial, estudios de Arbitraje en el Colegio de Abogados de Lima, estudios en la Academia de la Magistratura y de Pedagogía Universitaria. *Autor de abundantes artículos en materia jurídica* (en: *Revista Normas Le-*

- VI. REGISTROS MÁS EVOLUCIONADOS.
- VII. DEFINICIÓN.
- VIII. VALOR CATASTRAL.
- IX. ETIMOLOGÍA.
- X. ANTECEDENTES DEL CATASTRO.
- XI. CATASTRO PARCELARIO.
- XII. CONVENIENCIA DEL CATASTRO.
- XIII. FINALIDAD DEL CATASTRO.
- XIV. CONTENIDO DEL CATASTRO.
- XV. DELIMITACIÓN DEL TEMA INVESTIGADO.
- XVI. REQUISITO PARA ELABORAR UN CATASTRO.
- XVII. CLASES DE CATASTROS.
- XVIII. INFORMÁTICA Y CATASTRO.
- XIX. PLANOS Y CATASTRO.
- XX. CATASTRO EN EL DERECHO CODIFICADO.
- XXI. CATASTRO EN EL DERECHO NO CODIFICADO.
- XXII. ÁREA DE CONOCIMIENTO.
- XXIII. FUNCIÓN DEL CATASTRO REGISTRAL.
- XXIV. PROCESOS JUDICIALES Y CATASTRO.
- XXV. DUPLICIDAD DE PARTIDAS.
- XXVI. REGISTRO AL CUAL SE APLICA.
- XXVII. EL PAGO DE TRIBUTOS.
- XXVIII. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES.
- XXIX. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EXTRANJEROS.
- XXX. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS PERUANOS.
- XXXI. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS EXTRANJEROS.
- XXXII. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CATASTRO.

gales, Revista Jurídica del Perú, Suplemento Hechos y Derechos de la editorial Normas Legales, en el *Suplemento Legal Express* de la editorial Gaceta Jurídica, en el diario Oficial *El Peruano*, en la revista *Temas de Derecho Registral* de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos del Estado peruano, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*) 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 del Taller de Investigación Jurídica 2004 en la categoría maestrías organizado por la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Publicaciones aprobadas a ser publicadas en la Enciclopedia Jurídica OMEBA de Argentina, los artículos: *Codificación y Responsabilidad Precontractual*.

- XXXIII. RESPONSABLE DEL CATASTRO.
- XXXIV. CATASTRO COMO DOCUMENTO COMPLEJO.
- XXXV. ZONAS REGISTRALES QUE CUENTAN CON CATASTRO.
- XXXVI. LA IMPORTANCIA DE LOS PLANOS EN LAS INMATRICULACIONES.
- XXXVII. FACTIBILIDAD DE HACER UN CATASTRO.
- XXXVIII. DISCREPANCIA DE INFORMACIÓN.
- XXXIX. SISTEMA DEL FOLIO REAL.
 - XL. CATASTRO EN ARGENTINA.
 - XLI. CATASTRO EN COSTA RICA.
 - XLII. CATASTRO EN EL SALVADOR.
 - XLIII. CATASTRO EN ESPAÑA.
 - XLIV. CATASTRO EN ALEMANIA.
 - XLV. CATASTRO EN AUSTRALIA.
 - XLVI. CATASTRO EN SUIZA.
 - XLVII. CATASTRO EN PERÚ.
- XLVIII. DERECHO COMPARADO.
 - IL. EJECUTORIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.
 - L. FUENTES DE INFORMACIÓN.
 - LI. CONCLUSIONES.
 - LII. SUGERENCIAS.
 - LIII. PROPUESTAS LEGISLATIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación trata sobre el Catastro, así como un análisis doctrinario del mismo en el Derecho peruano y en el Derecho extranjero.

El mismo no es un análisis de Derecho Comparado (1), porque lo que caracteriza a éste es la comparación de los Derechos de dos o más Estados o el Derecho de un mismo Estado (entre diferentes ramas del Derecho interno, por ejemplo, un estudio comparativo de las excepciones procesales en el Derecho Procesal Civil peruano y el Derecho Procesal Penal peruano o dentro de una misma rama del Derecho, por ejemplo, un estudio comparativo del Código Civil peruano de 1984 con el Código Civil peruano de 1936 y con el

(1) Sin embargo, en el subtítulo 48 del presente trabajo se hacen comparaciones jurídicas externas.

Código Civil peruano de 1852). En ese sentido la naturaleza del análisis del presente trabajo reside en estudiar el Catastro en el Derecho de diferentes Estados, sin efectuar propiamente una comparación o comparaciones (2).

A continuación haremos referencia a las partes del presente trabajo para tener una idea más clara y esquemática del desarrollo del tema estudiado.

Primero se desarrollan las Generalidades, en donde se explica que el Catastro no es una novedad legislativa en el Derecho Positivo peruano.

Luego se estudia el Derecho Registral, precisándose que el Catastro aparece en la historia antes que el Derecho Registral.

Además se hace referencia al Catastro Municipal y al Catastro Administrativo.

También se hace la clasificación de los predios, de las cuales la que nos interesa en el presente trabajo es la de predios catastrados y predios no catastrados.

Además se hace referencia a los Registros más evolucionados que son el Registro de Predios y el Registro de Sociedades.

Luego se define el Catastro y el Catastro Registral, citándose además definiciones de autores peruanos y extranjeros.

Asimismo se estudia al valor catastral.

A continuación se estudia la etimología de la palabra Catastro, demostrándose que la misma no se origina en la lengua española.

Después se desarrollan los antecedentes del Catastro.

Luego se expone el Catastro parcelario.

Enseguida se desarrolla la conveniencia del Catastro.

Además se estudia la finalidad del Catastro.

A continuación se desarrolla el contenido del Catastro.

Además se delimita el tema investigado.

Se hace referencia al requisito para elaborar un Catastro, que es el requisito presupuestario.

Además se estudian las clases de Catastros, citándose para ello nueve clasificaciones de Catastro.

En seguida se desarrolla la informática y el Catastro.

Siguiendo el trabajo se estudia el tema el Catastro y los planos.

También se desarrollan el Catastro en el Derecho Codificado.

Además se estudian el Catastro en el Derecho no Codificado, verificándose que el Catastro se encuentra regulado por el Derecho peruano no codificado.

En seguida se desarrolla el área de conocimiento que es necesario conocer para estudiar el Catastro.

Además se desarrolla los procesos judiciales y el Catastro.

(2) Puede revisarse un estudio detallado sobre Derecho Comparado en el libro *Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos*, del autor del presente trabajo de investigación.

También se desarrolla la duplicidad de partidas en el Derecho Registral peruano.

Además se estudia el Registro al cual se aplica el Catastro.

En seguida se estudia el pago de tributos.

Además se estudia los antecedentes legislativos nacionales, demostrándose que la Ley 28294 publicada el 21-07-2004 tiene antecedentes legislativos nacionales.

También se estudia los antecedentes legislativos extranjeros, demostrándose que encontramos antecedentes en el Derecho extranjero.

Además se estudian los antecedentes doctrinarios nacionales.

En seguida se estudian los antecedentes doctrinarios extranjeros.

Además se estudia el ámbito de aplicación del Catastro.

También se estudia al responsable del Catastro.

En seguida se estudia el Catastro como documento complejo.

Además se estudia las zonas registrales que cuentan con Catastro.

También se estudia la importancia de los planos en las inmatriculaciones.

En seguida se estudia la factibilidad de hacer un Catastro.

También se estudia la discrepancia de información entre el título archivado y el Catastro.

Luego se estudia el Catastro en Argentina, Costa Rica, El Salvador, España, Alemania, Australia, Suiza y en el Estado peruano.

Además se hacen estudios de Derecho Comparado.

En seguida se cita una ejecutoria del Tribunal Supremo de España.

En seguida se desarrollan las fuentes de información que no sólo han sido libros, sino también diccionarios, revistas, página web, normas legales peruanas y normas legales extranjeras.

Finalmente se concluye el trabajo con conclusiones, sugerencias y propuestas legislativas.

II. GENERALIDADES

El Derecho es dinámico, es decir, el Derecho no es estático, en tal sentido resulta conveniente estudiarlo como algo cambiante, en el cual surgen cada cierto tiempo importantes nuevos cuerpos legislativos, o se consagran nuevos delitos o nuevas figuras jurídicas.

Igualmente cada cierto tiempo las instituciones jurídicas cambian, desaparecen y también aparecen nuevas instituciones jurídicas para convertirse en novedades legislativas, sobre todo en los sistemas jurídicos que pertenecen a la familia jurídica romano-germánica.

Por ejemplo, si tomamos como punto de referencia el Derecho Romano, el Derecho ha evolucionado mucho, sobre todo en el ámbito del Derecho

Comercial y del Derecho Empresarial. Ya que en el Derecho Romano no existió Derecho Comercial ni Derecho Empresarial, pero sí existió otras ramas del Derecho como el Derecho Civil.

Dentro de las diferentes ramas del Derecho surgen cada cierto tiempo algunas novedades legislativas que son necesarias implementar, por ejemplo, en el Derecho Procesal Civil peruano se implementó con el Código Procesal Civil peruano de 1993 el auto de saneamiento, entre otras figuras jurídicas procesales.

Otra novedad legislativa fue la de los formularios registrales creados en el Estado peruano por la Ley 27157 publicada el 20-07-99.

Otra novedad legislativa fue la caducidad de medidas cautelares introducida en el Derecho Procesal Civil peruano con el artículo 625 del Código Procesal Civil peruano de 1993 y reglamentado por la Ley 26639 publicada el 27-06-96.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la creación en el Estado peruano del Registro Fiscal de Ventas a Plazos con la Ley 6565 de 12-03-1929.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue el establecimiento en el Estado peruano del bloqueo registral con el Decreto-Ley 18278 de 20-05-70, el cual tiene un mayor alcance que cuando fue creado, conforme a la Ley 26481 de 15-06-95.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la aprobación del primer Código Procesal Constitucional peruano de 2004, contenido en la Ley 28237 publicada el 31-05-2004.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la regulación del contrato asociativo de consorcio en la nueva Ley General de Sociedades peruana de 1997.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la regulación de la escisión en la nueva Ley General de Sociedades peruana de 1997.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la aprobación de la primera Ley peruana de títulos valores contenida en la Ley 16587.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la aprobación de la Ley peruana de Sociedades Mercantiles, contenida en la Ley 16123.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la creación del impuesto a las transferencias financieras.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal peruano de 1991.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la regulación de la prenda global y flotante en el artículo 231 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, contenida en la Ley 26702.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la regulación de la prescripción adquisitiva administrativa en el Decreto Legislativo 667.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la regulación del Tribunal Registral.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la creación del Indecopi, conforme al artículo 1 del Decreto Ley 25868 publicado el 24-11-92.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la primera Ley del Notariado de 1911, contenida en la Ley de 1510.

Otra novedad legislativa en el Derecho peruano fue la Ley del 2 de enero de 1888, que estableció en el Estado peruano el Registro de la Propiedad Inmueble.

Incluso a nivel de profesiones, cada cierto tiempo aparecen nuevas profesiones y nuevas especialidades. Por ejemplo, el Derecho Comercial recién aparece en la Edad Media y el Derecho Empresarial recién aparece en la Edad Contemporánea.

Es decir, cada cierto tiempo aparecen novedades en el Derecho de un Estado, que corresponden aplicarse y estudiarse. En tal sentido podemos afirmar que el Catastro aparentemente es una novedad legislativa en el Derecho Positivo peruano, pero en realidad no lo es (incluso ya tenían Catastro Registral las Oficinas Registrales de Lima y Callao y de Arequipa), el cual conviene estudiar a fin de determinar sus principales características. También ya existe el Catastro Minero, el Catastro Rural y el Catastro a cargo de las Municipalidades, los cuales se rigen por sus propias normas. En tal sentido en el Derecho Positivo peruano ya existen normas sobre Catastro antes de la aprobación de la Ley 28294, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 21-07-2004.

Sin embargo, esta ley citada introduce algunas novedades en el Derecho Positivo peruano en materia de Catastro, las que corresponde revisar a fin de determinar sus alcances y forma de aplicación. Sin dejar de lado la revisión de las normas ya existentes sobre Catastro en el Derecho Positivo peruano, claro está sin descuidar el estudio del Derecho extranjero.

Es decir, algunas normas contienen novedades legislativas y otras no, en tal sentido no todo es novedad en el Derecho Positivo peruano.

III. DERECHO REGISTRAL

En la Declaración de la «Carta de Buenos Aires», aprobada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral de 1972 se declara: «*El Derecho Registral integra el sistema jurídico con normas y principios propios, de Derecho Público y Privado, que coexisten y funcionan armónicamente, constituyendo una disciplina independiente de la cual el Derecho Inmobiliario es una de sus principales ramas*».

El Derecho Registral no siempre existió como lo conocemos ahora, sino que el mismo ha evolucionado desde que surgió.

En el Derecho Romano no existió Derecho Registral, por lo cual en el mismo aparentemente no podríamos encontrar antecedentes del Catastro.

El Catastro no siempre existió, sino que el Derecho Registral hizo su aparición sin el Catastro.

Sin embargo, resulta necesario precisar que el Catastro surge antes del surgimiento del Derecho Registral.

Algunos Catastros pertenecen al sistema registral, en cuyo caso se trata de un registro jurídico, motivo por el cual hacemos referencia al Derecho Registral.

Cuando un Catastro se encuentra a cargo de Registros Públicos se denomina Catastro Registral, y cuando no se encuentra a cargo de Registros Públicos se denomina Catastro Extrarregistral.

IV. DERECHO MUNICIPAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO

La mayor parte de las veces el Catastro o los Catastros no se encuentran a cargo de las Oficinas Registrales, sino que en casi todos los casos el Catastro se encuentra a cargo de las Municipalidades y también a cargo de Entidades Administrativas.

Cuando el Catastro se encuentra a cargo de Municipalidades se denomina Catastro Municipal.

Y cuando el Catastro se encuentra a cargo de Entidades Administrativas se denomina Catastro Administrativo.

Cuando el Catastro se encuentra a cargo de Registros Públicos, el Catastro no es administrativo y se denomina Catastro Registral.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS PREDIOS

Existen diversas clasificaciones de los predios, entre las cuales podemos considerar las siguientes: predios urbanos y predios rústicos, predios inmatriculados y no inmatriculados, predios del Estado y predios de particulares, predios catastrados y predios no catastrados.

De estas clasificaciones, la que nos interesa es la última, es decir, la clasificación de los predios que nos interesa es la que clasifica a los predios en catastrados y no catastrados.

Son predios catastrados los que se encuentran registrados en un Catastro, y son predios no catastrados los que no se encuentran registrados en un Catastro.

VI. REGISTROS MÁS EVOLUCIONADOS

No todas las instituciones jurídicas han evolucionado en la misma forma, en tal sentido la hipoteca se encuentra más desarrollada que el anticresis.

Igualmente la posesión se encuentra más desarrollada que las servidumbres.

A nivel de Registros Públicos, los más evolucionados son el Registro de Predios y el Registro de Sociedades.

Sin embargo, corresponde precisar que de estos dos Registros el más evolucionado es el Registro de Predios.

Uno de los Registros que soporta la mayor carga registral es el Registro de Predios.

VII. DEFINICIÓN

Cuando se estudian las diferentes instituciones jurídicas conviene, previamente a su estudio, definir las mismas a efecto de tener una idea más clara de la institución jurídica estudiada.

En tal sentido procedemos a definir la del Catastro y también el Catastro Registral y a citar definiciones de diferentes autores tanto peruanos como extranjeros. Es decir, se cita no sólo autores peruanos sino también españoles y argentinos, lo cual enriquece el tema estudiado, ya que son definiciones de diferentes medios jurídicos.

Se han consultado no sólo libros, sino también diccionarios, revistas y enciclopedias, lo cual enriquece la investigación realizada.

Sin embargo, debemos destacar que no hemos encontrado definiciones de Catastro Registral, lo cual demuestra que el mismo no se encuentra muy desarrollado en el Derecho peruano y en el Derecho extranjero.

Una primera definición de Catastro es ser un inventario detallado en base a planos que se lleva de todos los predios.

Nótese que no hacemos referencia a inmuebles, sino a predios, ya que los predios son sólo una clase de inmuebles.

Sin embargo, debemos referirnos a Catastro Registral, el cual es un inventario con efectos jurídicos detallado en base a plano manual o computarizado en el cual se determina quiénes son los propietarios de los predios inmatriculados. El cual sirve para tener una mayor exactitud respecto de los predios inmatriculados y se encuentra a cargo de las oficinas registrales.

Es decir, el Catastro en algunas ocasiones es jurídico y se encuentra a cargo de las Oficinas Registrales que complementa y organiza la información y documentos presentados por el usuario del Registro, y en otras oportunidades el Catastro es administrativo, supuesto en el cual no se encuentra a cargo de las Oficinas Registrales.

Pedro FLORES POLO precisa que Catastro es el registro o padrón oficial donde constan todos los datos referentes a propiedades inmuebles; siendo de importancia por su naturaleza estadística, base para una serie de efectos administrativos, civiles y especialmente de tipo tributario (3).

Bernardo PARDO MÁRQUEZ precisa que casi todas las definiciones que se dan del Catastro se desvían al aspecto fiscal, dejando de lado lo fundamental, que es el referente a los efectos civiles que se derivan del derecho de propiedad inmueble (4).

En el Diccionario de Finanzas de León SAY, la palabra Catastro significa conjunto de operaciones que tienen por objeto determinar la extensión superficial y el valor de las propiedades inmuebles para servir de base al impuesto (5).

El Diccionario de la Academia Francesa define el Catastro como el Registro Público en el que se inscriben en detalle la cantidad y el valor de los bienes raíces (6).

La Enciclopedia Jurídica Española define el vocablo Catastro como la estadística gráfica, de la propiedad y de la riqueza inmueble, mediante la cual se tiene el conocimiento real del territorio de un país para los distintos efectos civiles, fiscales, económicos y administrativos (7).

Bernardo PARDO MÁRQUEZ precisa que el Catastro es el Registro Público en el cual se reúnen todos los elementos necesarios que sirven para proporcionar un conocimiento exacto tanto en su aspecto descriptivo como económico de la riqueza inmueble de una nación, para los efectos civiles, fiscales y económicos. Este concepto se acomoda a la realidad por que en el Catastro se efectúan, conjuntamente, operaciones técnicas de medición y las económicas de la valorización de la propiedad con las cuales se llega a la fijación del impuesto territorial (8).

Esta definición es citada en forma parcial por Gustavo PALACIO PIMENTEL (9).

Este autor citado precisa lo siguiente:

«Sin Catastro resulta imperfecto el Registro, pues no asegura la realidad física del inmueble, sólo nos dirá que se ha inscrito un predio, una finca con determinada superficie, delimitado por tales linderos. La minuciosa descripción de las parcelas de tierras inscritas en el Registro y verificadas en su

(3) FLORES POLO, Pedro, *Diccionario de Términos Jurídicos*, Vol. I, pág. 418.

(4) PARDO MÁRQUEZ, Bernardo, *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*, pág. 145.

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*, págs. 145 y 146.

(9) PALACIO PIMENTEL, Gustavo, *El Código Civil y la Reforma Agraria*, pág. 326.

existencia por el Catastro, aseguran plenamente el dominio sobre el bien, por la identificación entre el asiento y el título» (10).

El Catastro presenta ventajas indiscutibles en diversos aspectos. En el orden civil ofrece seguridad en las relaciones económicas entre los particulares, haciendo posible la contratación sobre los bienes inmuebles; facilita las transferencias de estos bienes, reduce el número y la posibilidad de litigios sobre estos bienes (11).

El Catastro contribuye a dar mayor facilidad y seguridad al crédito territorial; el propietario tendrá más facilidades de adquirir préstamos en condiciones más ventajosas, esto, a su vez, influirá favorablemente en el aumento de la producción de las tierras, lo que beneficiará a la colectividad y al Estado (12).

En el aspecto fiscal, el Catastro hace posible una mejor y más justa distribución del impuesto, de acuerdo a la mayor o menor producción del predio (13).

El Catastro Parcelario o Predial, que interesa actualmente para la aplicación de la legislación sobre Reforma Agraria, representa el más alto grado de perfección en la organización catastral. Consiste en el levantamiento del plano de cada inmueble, por métodos modernos y a cargo de personal especializado y a costa de los propietarios, haciendo constar no sólo las medidas perimétricas, sino también la naturaleza de las tierras y las especies que en ellas se cultivan. Es la identificación de cada predio rural en todos sus detalles (14).

Con relación a los fines, continuamos señalando otros. Por medio del Registro de la Propiedad se facilita la entrega a las personas que son capaces de hacer producir las tierras. Cumple así la misión de facilitar la distribución de las tierras, de facilitar al Estado la dirección de su política agraria. El crédito agrícola y refaccionario que el Banco de Fomento y Agropecuario del Perú concede a los agricultores, no sería posible sin el Registro (15).

Luego el Registro sirve como un verdadero seguro de propiedad, mediante el establecimiento de cajas o fondos de garantías perteneciente a los propietarios que han inscrito su derecho. Luego, contribuye a la constitución de sociedades de crédito territorial y, por último, el Registro de la Propiedad Inmueble coopera, mediante normas jurídicas adecuadas a resolver el problema social de los campesinos, cumple la función de ser un órgano civil del Derecho Agrario (16).

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*, págs. 326 y 327.

(15) *Ibid.*, pág. 327.

(16) *Ibid.*

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el Catastro como el censo y padrón estadístico de las fincas rústicas y urbanas (17).

Para Raúl CHANAMÉ ORBE, el Catastro es el recuento organizado de la extensión y propiedad de las tierras y/o bienes de una ciudad, territorio, región o país, con fines de planificación (18).

Guillermo CABANELLAS define el Catastro como un censo descriptivo de las fincas rústicas y urbanas (19).

El mismo autor precisa que es la operación técnica (geodésica, topográfica, agronómica y fiscal) que determina la extensión, la calidad, cultivo, aplicación y valor de un inmueble, y del conjunto de un territorio o nación (20).

Para Roque BARCÍA el Catastro es el Registro Público que contiene la cantidad y el valor de los bienes inmuebles y los nombres de los propietarios, el cual sirve para determinar la contribución imponible en proporción a sus productos o sus rentas (21).

ESCRICHE precisa que el Catastro es el Registro Público que contiene la cantidad, calidad y estimación de los bienes poseídos por cada vecino, para servir de base en el repartimiento de contribuciones. La misma contribución que pagan nobles y plebeyos sobre todas las rentas fijas y posesiones que producen frutos, fijos o errantes; como censos, hierbas, tierras, molinos, casas, ganados (22).

Para ROYO VILLANOVA el Catastro es la estadística gráfica de la propiedad y de la riqueza inmueble, mediante la cual se obtiene el conocimiento real del territorio de un país para los distintos efectos civiles, fiscales, económicos y administrativos (23).

Según esta definición, el Catastro no sólo es para efectos civiles, sino también para otros efectos, como los fiscales, económicos y administrativos. Es conveniente dejar establecido que parece que en esta definición se considera a los efectos registrales como parte de los efectos civiles.

En el vocabulario realizado bajo la dirección de Henri CAPITANT, se concluyó que el Catastro es el conjunto de documentos (plano, descripción de las secciones, matrices de las propiedades edificadas y no edificadas) que en cada comuna sirven de base para la contribución territorial y son utilizados para la

(17) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. En CD.

(18) CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Diccionario Jurídico Moderno*, pág. 194.

(19) CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, pág. 105.

(20) *Ibid.*

(21) *Ibid.*

(22) *Ibid.*

(23) *Ibid.*

identificación de la propiedad inmobiliaria (Código Civil, art. 2.148; Código Procesal Civil, art. 675). En Francia se llama Catastro Parcelario (24).

Esta definición hace referencia a Catastro como perteneciente a cada comuna, es decir, a los municipios, en tal sentido, según esta definición, el Catastro no está a cargo de Registros Públicos.

El Decreto número 3.496 colombiano de 1983 (diciembre 26) define en su artículo 2 el Catastro como el inventario o censo, debidamente actualizado y clasificado, de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado y a los particulares, con el objeto de lograr su correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica.

Esta definición de Catastro hace referencia a lograr correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica. Es decir, según esta definición, el Catastro no sólo tiene función registral.

Manuel OSORIO precisa que el Catastro es el Registro Público en el que se hacen constar datos relativos a la propiedad inmueble, tales como la cantidad, la calidad y el valor de esos bienes, los nombres de los propietarios, la situación, extensión, límites y cultivos. Aunque su finalidad característica es la determinación de las contribuciones impositivas, sirve también a efectos estadísticos, civiles y administrativos. En Francia y España recibe el nombre de Catastro Parcelario (25).

En esta definición se precisa que la finalidad del Catastro es la determinación de las contribuciones impositivas, además se precisa que sirve también para efectos estadísticos, civiles y administrativos. Es decir, según esta definición, la función registral del Catastro es también una función del Catastro, pero ésta es considerada como una función secundaria.

Para E. J. COUTURE el Catastro es la operación de censo o padrón estadístico de la propiedad inmueble (26).

En esta definición no se precisa si la finalidad del Catastro es tributaria o en cambio tiene una función registral.

ROCA SASTRE precisa que el Catastro es un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país, en el que se determinan las fincas rústicas y urbanas del mismo mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica al principal de tipo fiscal o tributario y a los fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y civil (27).

(24) CAPITANT, Henri, *Vocabulario Jurídico*, pág. 104.

(25) OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, pág. 167.

(26) COUTURE, E. J., *Diccionario Enciclopédico Jurídico*, pág. 64.

(27) MORALES GODÓ, Juan, y ALAMO HIDALGO, Pedro, «El Catastro y los Registros de la Propiedad Inmobiliaria», en *Temas de Derecho Registral*, Tomo IV, pág. 180.

La Enciclopedia Jurídica Omeba define el Catastro como el Registro Público de los bienes inmuebles, que sirve de base para aplicar las contribuciones territoriales y que contiene la ubicación de los inmuebles, límites, extensión, transferencias, etc. (Tomo II, pág. 828) (28).

Para José María CHICO Y ORTIZ, «el Catastro, pues, con un lenguaje muy de actualidad, no viene a ser más que un “banco de datos” referidos a la riqueza territorial de un país, y de ese banco se debe aprovechar el sector que lo precise para realizar el fin que se persiga...» (29).

Celestino CANO TELLO nos informa que el Catastro es el inventario general de la riqueza territorial obtenido mediante la determinación descriptiva y gráfica y la estimación de todos los inmuebles del Estado, según su división y las diferencias de cultivo para fines financieros y jurídicos (flora) (30).

Precisan Juan MORALES GODO y Pedro ALAMO HIDALGO que estas tres últimas definiciones concuerdan en el hecho de que se trata de la colección o reunión o inventario de datos sobre los predios, tanto urbanos como rurales, con el fin de ser utilizados para fines predominantemente tributarios y jurídicos (31).

En La Enciclopedia se define el Catastro como el censo y padrón estadístico de las fincas rústicas y urbanas de un país (32).

El Diccionario Enciclopédico Océano define el Catastro como el censo y padrón estadístico de las fincas rústicas y urbanas (33).

ROSENBERG define el Catastro como el inventario oficial de los bienes raíces (fincas rústicas y urbanas) de una comunidad, utilizado para establecer su valoración a efectos impositivos (34).

En el Diccionario Jurídico Espasa se precisa que el Catastro es la oficina pública que recoge un censo de las fincas rústicas y urbanas con fines fiscales y estadísticos. La función y competencia de los Catastros Rústicos y Urbanos viene establecida en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. Actualmente los trabajos catastrales los realizan los Consejos Territoriales de la Propiedad Inmobiliaria y las Gerencias Territoriales (M.V.E. y E.F.H.) (35).

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*, págs. 180 y 181.

(31) *Ibid.*, pág. 181.

(32) EDITORIAL SALVAT, *La Enciclopedia*, Vol. IV, pág. 2844.

(33) EDITORIAL OCÉANO, *Diccionario Enciclopédico Océano*, Vol. I, sin página.

(34) ROSENBERG, J. M., *Diccionario de Administración y Finanzas*, pág. 62.

(35) EDITORIAL ESPASA CALPE, S. A., *Diccionario Jurídico Espasa*. En CD.

VIII. VALOR CATASTRAL

En el Diccionario Jurídico Espasa se precisa que el valor catastral es el valor que se asigna a los bienes inmuebles en un padrón municipal de bienes denominado Catastro. Dicho valor es relevante para la liquidación de algunos tributos, como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, pero especialmente el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) (J.R.R.A.) (36).

Es decir, en este caso no nos referimos a un Catastro Registral, sino a un Catastro Municipal.

IX. ETIMOLOGÍA

Bernardo PARDO MÁRQUEZ precisa que la palabra Catastro proviene del latín *castrum*, en el bajo latín se acepta la procedencia de *capistratum* (capitas, cabida, capacidad); en el griego, *Katastizo* distinción por puntos, o *katastasis*; en el francés antiguo se dijo *capdastre*, en el francés moderno *cadastre*; en catalán Catastro (37).

Es decir, la palabra Catastro no se origina en la lengua española.

X. ANTECEDENTES DEL CATASTRO

Las instituciones jurídicas no aparecen como las conocemos en nuestro medio, sino que las mismas se originan tiempo atrás, en diferentes formas, por lo cual podemos afirmar que las instituciones jurídicas no aparecen de un día a otro como figuras ya acabadas, sino que surgen poco a poco, como la letra de cambio que tiene antecedentes muy remotos y que no surgió como la conocemos ahora.

En tal sentido cuando se realizan estudios jurídicos serios conviene estudiar sus antecedentes, a fin de tener una idea más clara de la figura jurídica estudiada, para tener conocimientos más sólidos de la misma. Sin embargo, pocos autores estudian los antecedentes de las diferentes figuras jurídicas, lo que refleja poca seriedad en algunas investigaciones, por ejemplo, en el Derecho Registral peruano son pocos los autores que estudian los antecedentes del mismo, ya que el Derecho Registral no surge de un momento a otro, sino que el mismo evoluciona a través del tiempo, para alcanzar poco a poco una mayor madurez, e incluso siguen evolucionando, como el Derecho Registral peruano que sigue evolucionando.

(36) *Ibid.*

(37) PARDO MÁRQUEZ, Bernardo, *ob. cit.*, pág. 142.

Y en los Estados que pertenecen a la familia jurídica romano-germánica (38) es conveniente estudiar también la evolución del Derecho Positivo, a fin de determinar sus orígenes legislativos.

Cuando se estudian y/o aplican las diferentes instituciones jurídicas es conveniente estudiar los antecedentes, a fin de tener una idea más clara de la institución jurídica estudiada y/o aplicada.

Bernardo PARDO MÁRQUEZ, al estudiar los antecedentes del Catastro, precisa lo siguiente:

«El Catastro tiene por fundamento y objeto determinar la extensión superficial de las tierras, precisando sus límites, accidentes naturales y producción» (39).

En su origen, el Catastro tuvo por finalidad determinar la extensión superficial de las tierras para regular el impuesto que debían abonar sus propietarios. Con carácter fiscal fue conocido y aplicado en los pueblos antiguos como Egipto, Babilonia, Asiria, Persia, Grecia y Roma (40).

El historiador Herodoto refiere que cuando Darío conquistó los pueblos griegos del Asia Menor, les impuso la contribución de cuatrocientos talentos, y para que la recaudación de esta cantidad se hiciera con estricto sentido de justicia, atendiendo a la capacidad económica de los habitantes, ordenó que la distribución debía hacerse en mérito de un Catastro que consignara todos los bienes y los nombres de sus propietarios (41).

Los griegos también conocieron y practicaron el Catastro con fines fiscales (apografai, disgrammata) (42).

Cuando Alejandro Magno, Rey de Macedonia, llevó a cabo sus conquistas (336 a. de J.C.), se hizo acompañar por dos geómetras, Dioneto y Betón, a los que encargó la medición de las tierras de los países de los que se había apoderado (43).

En Roma, Servio Tulio (sexto rey legendario, 578-534 a. de J.C.) mandó levantar una especie de Catastro de todas las tierras que formaba parte del censo, renovándolo después de un quinquenio. Más tarde Julio César (100-44 a. de J.C.), cuando realizó sus campañas de las Galias, también fue acompañado por tres geómetras griegos a quienes encomendó levantar el Catastro de

(38) En los Estados que pertenecen a la familia jurídica del *common law* también existe Derecho Positivo, pero no tiene el alcance que tiene en la familia jurídica romano-germánica.

(39) PARDO MÁRQUEZ, Bernardo, *ob. cit.*, pág. 142.

(40) *Ibid.*

(41) *Ibid.*

(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*

todas las tierras que había conquistado. En tiempos de Augusto también se hizo un Catastro de las tierras del Imperio (44).

En la Edad Media persistió la costumbre de verificar el Catastro de las tierras, se dice que Carlomagno intentó hacer un Catastro, pero que resultó imperfecto debido al procedimiento que siguió (45).

En las Islas Británicas existió el Catastro de las tierras antes de la conquista normanda, cuando Guillermo el Conquistador dominó toda Inglaterra, mandó levantar el Catastro (Dom's day Book), y realizó una nueva repartición de tierras entre sus soldados (46).

En España el Catastro se remonta hasta los tiempos de las dominaciones árabe y romana (47).

El Catastro en los tiempos contemporáneos adquiere desenvolvimiento ganando en extensión y precisión, desempeñando función importante en la determinación de las superficies de las tierras, proyectando su influencia al orden jurídico y económico-social (48).

La organización del Catastro en Alemania es función del Estado por la exactitud de sus datos que desempeñaron un rol importante en cuanto sirve para garantizar y facilitar el crédito territorial del país. El Catastro se denomina Flurbuch y funciona conjuntamente con el Libro del Registro de la Propiedad (Grundbuch), debiendo guardar íntima relación de tal modo que los cambios sufridos en el estado jurídico de un bien inmueble inscrito se proyectan en el Catastro (49).

En Bélgica el Catastro se remonta al año 1317, y después en tiempos del Rey Carlos V se levantó el Catastro en 1517, el cual fue renovado en 1631. Desde 1802 a 1826 se llevó a cabo una completa revisión del Catastro a fin de eliminar los muchos errores que adolecían los anteriores; se elaboraron nuevos planos que debían revelar la configuración parcelaria y anotar con minuciosidad todos los accidentes del terreno, lagos, valles, fosos, etc.; y posteriormente, con fecha 22 de marzo de 1845 se expidió un reglamento general organizando el Catastro sobre bases de uniformidad y estabilidad (50).

En Francia el Rey Carlos VI mandó levantar un censo general de la propiedad, que sólo pudo realizarse en Provenza. Después Carlos VII ordenó levantar otro censo con el fin de repartir en forma equitativa los impuestos, que no pudo ser terminado. Más tarde, Francisco I, inspirado en la misma tendencia, promulgó el edicto de 1533 (51).

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*

(47) *Ibid.*, pág. 143.

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*

(50) *Ibid.*

(51) *Ibid.*

En tiempos de la revolución francesa, bajo la influencia de la escuela fisiocrática, fue presentado a la Asamblea Constituyente un proyecto de ley —que obtuvo aprobación— con el objeto de organizar el Catastro, que se convirtió en las Leyes de 21 de agosto, 16 y 23 de septiembre de 1791, las cuales no dieron el resultado esperado, pues se pretendía que el Estado levantara un Catastro General de todas las propiedades inmuebles existentes en el país (52).

El 22 de enero de 1801, los cónsules mandaron que se procediera a levantar el Catastro de las tierras, disponiendo que no se siguiera el procedimiento geométrico, que es aconsejado por la técnica de agrodimensura, que asegura precisión en la extensión y límites de la propiedad y anota las descripciones de los accidentes de las tierras. Según esta disposición, el Catastro debía levantarse por la simple declaración de los propietarios. Rectificando el procedimiento, se expidieron normas estableciendo que el Catastro debía tener base geométrica que represente datos exactos (53).

En 1891 el Gobierno francés nombró una Comisión Extraparlamentaria del Catastro y en 1905 presentó su proyecto (54).

En la actualidad la organización del Catastro francés tiene carácter puramente fiscal, desde el punto de vista de la propiedad es un elemento de apreciación, de hecho un índice (55).

El Catastro en Gran Bretaña tiene su origen en el Dom's day Book. Fue comenzado por Guillermo el Conquistador en 1080 y fue ejecutado en el lapso de seis años. Dicho Catastro sufrió modificaciones varias veces y renovado en 1692 después del advenimiento de la Casa de Orange, no se siguió la tendencia parcelaria que caracterizó el Catastro que ordenó levantar Guillermo el Conquistador, la tendencia renovadora de este Catastro únicamente se fijó en señalar el límite de cada término comunal. Con posterioridad se han expedido leyes que relacionan el Catastro con el Registro Territorial (56).

En España durante el reinado de Felipe II, en el año 1575 se ordenó a don Pedro Esquivel, profesor de matemáticas de la Universidad de Alcalá de Henares, que levantara el mapa general de España. El citado maestro cumplió su cometido verificando una descripción de todos los pueblos y tierras. Durante el reinado de Fernando VI se intentó sin éxito organizar el Catastro. En el Reglamento Tributario de 18 de diciembre de 1846 se consignaron disposiciones que tendían a la organización del Catastro (57).

(52) *Ibid.*

(53) *Ibid.*

(54) *Ibid.*

(55) *Ibid.*

(56) *Ibid.*, págs. 143 y 144.

(57) *Ibid.*, pág. 144.

Cuando en 1895 se dio principio por vía de ensayo a los trabajos agromónicos en España, se trató nuevamente de la organización del Catastro y con este objeto se expidió la Ley de 24 de agosto de 1896, ampliada en la Ley de 27 de marzo de 1900, comprende al Catastro en los aspectos descriptivo y fiscal, expresando las riquezas rústicas, urbanas y pecuniarias. El 23 de marzo de 1906 se expidió la Ley que establece el Catastro Parcelario en España, la que en la actualidad rige con las reformas introducidas por leyes que se refieren a la contribución territorial con que el Estado grava a la propiedad inmueble (58).

En los Estados Unidos de Norteamérica se ha establecido que por cada concesión de tierras que verifique el Estado, se levante un plano del terreno para que se realice la inscripción en el Libro Territorial. En el plano se indicará los fundos colindantes y el perímetro superficial de la finca. El asiento de inscripción contendrá los nombres de los concesionarios y de los colindantes y la especie de cultivo que se produce en la finca rústica. Con todos los datos referidos se confecciona el Catastro que funciona anexo al Registro (59).

En Italia también se expidieron muchas leyes sobre la organización del Catastro, entre ellas se citan las de 1886 y 1931, que mandan organizar el Catastro geodésico y a pesar de los muchos años transcurridos no se ha llegado a terminar, habiéndose invertido más de 200 millones de liras (60).

En el Perú, hasta la fecha, no ha podido llevarse a cabo el Catastro Territorial. Con esta finalidad se han expedido la Resolución Suprema, número 278, de 23 de abril de 1926, Decreto Supremo de 30 de octubre de 1942, que crea la Planoteca Nacional, y el Decreto Supremo número 1490, de 21 de marzo de 1942, que faculta a la Superintendencia de Contribuciones para encomendar al Servicio Aerofotográfico Nacional del Ministerio de Aviación, la preparación del Plano Aerofotográfico Nacional del Ministerio de Aviación, la preparación del plano aerofotográfico que servirá de base para la confección del Catastro de la propiedad rústica y urbana (61).

Merece citarse como antecedentes del Catastro en el país, los trabajos del Ingeniero Ricardo TIZÓN Y BUENO, quien levantó el plano catastral de la propiedad urbana del Distrito de la Victoria, de la provincia de Lima; el Proyecto de Catastro Urbano que presenta el doctor M. ÁLVAREZ DE LA TORRE, laborioso y competente ex Registrador de la Propiedad Inmueble del Tercer Distrito de Lima (62).

(58) *Ibid.*

(59) *Ibid.*

(60) *Ibid.*

(61) *Ibid.*

(62) *Ibid.*, págs. 144 y 145.

XI. CATASTRO PARCELARIO

Este Catastro consiste en el levantamiento de plano *de cada inmueble*, aplicando métodos científicos por personal especializado, haciendo constar no sólo las medidas perimétricas sino la naturaleza del terreno y las especies de cultivo (63).

La reunión de los planos de las fincas sirve para la realización del Catastro nacional (64).

El Catastro Parcelario Predial representa el grado más avanzado de perfección en la organización catastral, porque no se trata de levantar un simple plano de topografía general, amillaramiento, sino de la identificación de la propiedad en sus mínimos detalles (65).

En el aspecto jurídico, la característica esencial de este Catastro consiste en que el derecho del propietario del inmueble se perfecciona con la delimitación contradictoria de los colindantes. En efecto, el levantamiento del plano requiere la citación de los vecinos con la intervención de la autoridad competente (66).

En cuanto a la topografía, se fijan las relaciones geométricas exactas dentro de estrechos límites, considerando los elementos topográficos de la limitación del inmueble y los trigonométricos de orden superior. Estas medidas deben mantener correlación con el Catastro General de la región; esto significa que debe existir correlación entre el Catastro General de la región con el Catastro Particular o Especial del inmueble (67).

En el aspecto fiscal, el Catastro representa un grado superior de control por parte del Estado a fin de distribuir en forma equitativa los impuestos sobre la propiedad inmueble, después de haberse verificado la tasación efectiva de la riqueza del predio en relación con el valor de las especies de cultivo que se producen, y si es urbano la finalidad a que está dedicado (68).

En este último párrafo se hace referencia a la propiedad inmueble, sin embargo, el Catastro no es para todos los bienes inmuebles, sino sólo para los predios, tales como terrenos, contrucciones, estadios, edificios, casas, departamentos, oficinas, consultorios, entre otros.

(63) *Ibid.*, pág. 146.

(64) *Ibid.*

(65) *Ibid.*

(66) *Ibid.*

(67) *Ibid.*

(68) *Ibid.*

XII. CONVENIENCIA DEL CATASTRO

Los positivos beneficios que representa el Catastro, la función importante en el orden de los derechos privados se advierte, cuando se le considera como un medio eficaz para completar la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Sin Catastro el Registro es imperfecto porque no asegura la realidad física del inmueble, sólo se refiere a que se ha inscrito una finca con determinada extensión superficial dentro de los linderos que se indican (69).

La minuciosa descripción de las parcelas de tierras inscritas en el Registro, comprobadas en su existencia por el Catastro, asegura el dominio sobre el bien por la identificación entre el asiento y el título, produciendo la transformación del título literal en título real (70).

En el orden civil ofrece el Catastro seguridad en las relaciones jurídicas entre los particulares, facilitando la contratación sobre bienes inmuebles. Este hecho está perfectamente comprobado en los países donde la propiedad inmueble está catastrada, aparte de la rapidez en las transferencias de los bienes raíces, los litigios sobre ellos son menos comunes porque los derechos de los propietarios quedan esclarecidos y asegurados contra el fraude y la mala fe (71).

Los contratos de compra-venta de inmuebles catastrados confirman la existencia de la finca perfectamente identificada y el nombre del titular del dominio. Con estos elementos fácilmente se establece la denominada «cédula catastral» del Sistema Torrens, que representa la perfección del régimen inmobiliario (72).

El Catastro tiende a dar mayor facilidad y seguridad al crédito territorial porque el propietario adquiere préstamos de dinero en condiciones más ventajosas. Es necesario que el crédito acuda donde el propietario, a fin de aumentar la producción de las tierras, lo cual beneficia al dueño, a la sociedad y al Estado (73).

En su aspecto fiscal el Catastro permite la distribución del impuesto que grava la tierra en relación con la riqueza que representa la producción del predio; de este modo la tributación que debe abonar el propietario tiene base firme (74).

También se puede apreciar en el Catastro la nota relevante de carácter nacionalista, cuando advierte al Estado la riqueza de las tierras y su diversi-

(69) *Ibid.*

(70) *Ibid.*

(71) *Ibid.*, págs. 146 y 147.

(72) *Ibid.*, pág. 147.

(73) *Ibid.*

(74) *Ibid.*

dad de cultivos facilitando la orientación de las actividades individuales en el sentido de aprovechar y fomentar la actuación de la riqueza del país (75).

El Catastro, en cuanto representa la topografía del país, es instrumento muy útil para la defensa nacional, porque señala los accidentes del terreno que tienen valor apreciado en la estrategia militar (76).

Se señala como inconveniente para llevar a cabo el Catastro el elevado costo y el mucho tiempo que la obra demanda y la falta de personal especializado. Empero, estos obstáculos no son insalvables y el mucho dinero que se invierte en la confección del Catastro resulta exiguo para los beneficios que reportan al propietario, a la sociedad y al Estado. Después de todo, la realización del Catastro no constituye carga para el Estado sino para el propietario que tiene la obligación de solventar estos gastos (77).

XIII. FINALIDAD DEL CATASTRO

Toda institución jurídica tiene una finalidad, la cual es necesario tener en cuenta para un mejor estudio, en tal sentido el Catastro tiene una finalidad, la cual es conveniente estudiar.

Precisa Guillermo CABANELLAS que el Catastro, que se denomina parcelario por seguir la subdivisión del terreno en fincas y la de éste en parcelas, por conveniencias técnicas, tiene por finalidad la determinación de la propiedad territorial en sus diversos aspectos, a fin de lograr que sirva eficazmente para todas las aplicaciones económicas, sociales y jurídicas, con especialidad para el equitativo reparto del impuesto territorial; y, en cuanto resulte posible, para la movilización del valor de la propiedad (78).

Según este autor, el Catastro tiene por finalidad la determinación de la propiedad territorial en sus diversos aspectos, para lograr que sirva eficazmente para aplicaciones jurídicas entre otras, y también tiene como finalidad el equitativo reparto del impuesto territorial conocido en el Estado peruano como impuesto predial.

XIV. CONTENIDO DEL CATASTRO

Guillermo CABANELLAS afirma que el Catastro comprende tanto la numeración y descripción literal y gráfica de los predios rústicos y forestales,

(75) *Ibid.*

(76) *Ibid.*

(77) *Ibid.*

(78) CABANELLAS, *ob. cit.*

pertenencias mineras, solares, edificios y salinas, como la expresión de las superficies, situación, linderos, cultivos o aprovechamientos, calidades, valores, beneficios y todas las demás circunstancias que sirvan para el conocimiento de la propiedad territorial, definiéndola en sus diversos aspectos y aplicaciones (79).

XV. DELIMITACIÓN DEL TEMA INVESTIGADO

Existen diversas clases de Catastros, entre los cuales destaca el Catastro Minero, y en el presente trabajo serán materia de estudio los principales Catastros existentes en el comparado.

En tal sentido no será materia de estudio sólo el Catastro Minero, el cual puede ser tomado como punto de referencia en parte para elaborar un Catastro Registral.

XVI. REQUISITO PARA ELABORAR UN CATASTRO

Para que exista Catastro es necesario que exista un presupuesto, sin el cual no se puede tener un Catastro.

Es decir, para la existencia de Catastro es necesario tener en cuenta el factor económico o presupuestario.

Si no existe un presupuesto adecuado, los proyectos sobre Catastro tienden a fracasar.

Son pocas las personas en nuestro medio que conocen de este requisito del Catastro.

XVII. CLASES DE CATASTROS

Cuando se estudian las distintas instituciones es necesario estudiar sus diferentes clases.

Por lo cual en lo referido a Catastro debemos precisar que existen los siguientes: Jurídicos (de las Oficinas Registrales y de Minería), y Administrativos (Municipales y del Ministerio de Agricultura, que lleva el Catastro de algunos predios rurales).

Para Raúl CHANAMÉ ORBE, el Catastro Minero es padrón estadístico, por el cual se puede ubicar con previsión todos los terrenos y denuncios mineros existentes en el país, con lo cual se facilita la determinación de los derechos

(79) *Ibid.*

que puedan alegarse sobre cada una de aquellas porciones de tierra; para ello se elabora un censo en el que se ordena e identifica con claridad a los propietarios respectivos (80).

La segunda clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Catastros de Bienes Urbanos y Catastros de Bienes Rústicos.

La tercera clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Catastros Totales y Parciales.

La cuarta clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Catastro Confiable y no Confiable.

La quinta clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Catastros Nacionales, Registrales y Municipales.

La sexta clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Efectos Civiles, Municipales y Jurídicos.

La séptima clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Manuales y Computarizados.

La octava clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Catastros con ingresos propios y Catastros con apoyo financiero.

La novena clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Catastros Centralizados y Catastros Descentralizados.

La décima clasificación del Catastro es la que clasifica a los Catastros en Registrales y Extrarregistrales.

XVIII. INFORMÁTICA Y CATASTRO

La informática jurídica hace que el Derecho sea más fácil de estudiarlo y aplicarlo, en tal sentido, en lo referido al Catastro, se puede implementar el mismo sólo en base a planos o también en base a programas informáticos que faciliten el trabajo, es decir, que faciliten la confección del Catastro.

XIX. PLANOS Y CATASTRO

Cuando se quiere hacer un Catastro o ya existe Catastro, todos los planos presentados deben estar a una misma escala, es decir, en este caso no se deben admitir planos a escalas diferentes.

(80) CHANAMÉ ORBE, *ob. cit.*

XX. CATASTRO EN EL DERECHO CODIFICADO

El Derecho y el Derecho Positivo se divide en dos grandes ramas, que son el Derecho Codificado y el Derecho no Codificado. El Derecho Codificado es el que se encuentra reunido en los Códigos, como el Código Civil, Código Procesal Civil, Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código del Medio Ambiente, entre otros.

El Derecho Codificado peruano no regula el Catastro.

Por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984 no regula el Catastro.

XXI. CATASTRO EN EL DERECHO NO CODIFICADO

El Derecho y el Derecho Positivo se divide en dos grandes ramas, que son el Derecho Codificado y el Derecho no Codificado. El Derecho no Codificado es el que no se encuentra agrupado en Códigos, en tal sentido es Derecho no Codificado el reunido en Leyes, Resoluciones Supremas, Decretos Supremos, Reglamentos Registrales, Directivas Registrales, entre otros cuerpos legislativos.

El Derecho no Codificado peruano regula el Catastro.

Por ejemplo, el Catastro minero es regulado por la Ley del Catastro Minero Nacional contenida en la Ley 26615, publicada el 25-05-96, la cual es Derecho no Codificado.

Además hay que tener en cuenta el artículo 44 del Decreto Supremo 007-85-VC, que también es Derecho no Codificado.

También es Derecho no Codificado el artículo 5 del Reglamento de Organización y Funciones del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural-PETT, aprobado por Decreto Supremo número 002-2000-AG.

Igualmente es Derecho no Codificado la Directiva número 08-2004-SUNARP-SN, sobre actos inscribibles en el Registro de Predios que requerirán informe previo del área de Catastro, aprobada por la Resolución número 296-2004-SUNARP-SN y publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 05-07-2004.

La última norma peruana de Derecho no Codificado, pero que es muy importante, es la Ley que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios contenida en la Ley 28294, publicada el 21-07-2004.

En la segunda Disposición Final de esta última Ley citada se establece que el Poder Ejecutivo reglamentará dicha Ley en un plazo no mayor de 120 días hábiles a partir de su publicación. Por lo cual debemos precisar que de aprobarse este Reglamento, el mismo será también Derecho no Codificado.

También es Derecho no Codificado el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario Española.

Además es Derecho no Codificado la Ley Nacional de Catastro Argentina, Ley 20440.

También respecto a Argentina es necesario tener en cuenta la Ley de Catastro Territorial, Ley 10707, de la provincia de Buenos Aires.

Además son normas no codificadas las siguientes:

La Ley de Catastro de Yucatán (México).

La Ley de Catastro del Estado de Aguascalientes (México).

Ley del Catastro Inmobiliario del Estado de Baja California de 1994 (México).

Ley de Catastro del Estado de Campeche (México).

Ley General del Catastro y la Información Territorial de Coahuila de Zaragoza (México).

Ley General de Catastro de Durango (México).

Ley del Catastro Municipal de Guerrero (México).

Ley de Catastro del Estado de Chihuahua (México).

Ley de Catastro de Colima (México).

Ley de Catastro Municipal de Jalisco (México).

Ley de Catastro de Michoacán de 1996 (México).

Ley de Catastro para el Estado de Queretaro.

Ley de Catastro de Quintana Roo (México).

Ley de Catastro de Sinaloa (México).

Ley de Catastro de Tamaulipas (México).

Reglamento de Catastro de Hermosillo (Sonora-México).

No son todas las normas no codificadas, pero hemos citado varias para tener una idea clara de la importancia del Derecho no Codificado en este tema.

XXII. ÁREA DE CONOCIMIENTO

Cuando se estudian temas jurídicos es necesario, para que el estudio sea serio, que se determine qué ramas del Derecho es necesario estudiar.

El área de conocimiento es el Derecho Registral, Notarial, Minero, Agrario, Administrativo, Penal, Municipal, Tributario, Procesal Civil, Civil y Urbanístico.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Registral, porque el Catastro puede ser registral, y existen algunas normas registrales que regulan el Catastro.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Notarial, porque el Catastro es formado además por títulos notariales, los cuales son regulados por la Ley del Notariado.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Minero, porque existe un Catastro Minero, el cual es regulado por la Ley del Catastro Minero Nacional.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Agrario, porque el PETT tiene a su cargo un Catastro Rural.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Administrativo, porque el Catastro puede ser jurídico o administrativo. Por ejemplo, en España el Catastro es administrativo. Igualmente en el Estado peruano los Catastros Municipales son administrativos, a los cuales son de aplicación las normas contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Sin embargo, debemos precisar que los Catastros a cargo de las Oficinas Registrales no son Catastros Administrativos, sino Jurídicos.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Penal, porque cuando se confecciona un Catastro pueden cometerse delitos, los cuales son regulados por el Código Penal peruano de 1991.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Municipal, porque existen Catastros a cargo de las Municipalidades a que hace referencia el artículo 44 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente aprobado por Decreto Supremo número 007-85-VC.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Tributario, porque en algunas ocasiones el Catastro es tomado en cuenta para el impuesto predial.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Procesal Civil, porque en algunas ocasiones es necesario un proceso judicial respecto de determinado predio para agregarlo al Catastro Registral o para modificar su contenido.

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Civil, porque cuando se confecciona el Catastro resulta importante estudiar el Código Civil peruano de 1984 en lo referido a derechos reales (tales como propiedad, posesión, usufructo, entre otros) y también en lo referido a algunos derechos personales (tales como arrendamientos y contratos de opción y leasing, entre otros).

Cuando estudiamos el Catastro es necesario estudiar el Derecho Urbanístico, porque para la confección del Catastro es necesario tener en cuenta la Ley de Habilitaciones Urbanas, contenida en la Ley 26878 publicada el 20-11-97 y su reglamento contenido en el Decreto Supremo número 011-98-MTC publicado el 05-06-98.

XXIII. FUNCIÓN DEL CATASTRO REGISTRAL

El Catastro Registral evita la doble inmatriculación de un mismo predio o finca en el Registro de Predios (el Registro de Predios comprende el Registro de Propiedad Inmueble, Registro Predial y Sección Especial de Predios Rurales).

También tiene como función evitar la superposición de predios.

XXIV. PROCESOS JUDICIALES Y CATASTRO

Para algunos procesos judiciales son necesarios determinados informes, por lo cual debemos hacer referencia a los informes que efectúa el Catastro.

El Catastro es necesario que informe en algunos procedimientos judiciales, como son el proceso de prescripción adquisitiva de dominio, títulos supletorios, rectificación de áreas y linderos, y deslinde.

Es decir, los Juzgados Civiles y otros Juzgados, en caso de recusación, deben solicitar informe al Catastro Registral, el cual debe ser expedido por el Jefe de la Oficina de Catastro competente.

XXV. DUPLICIDAD DE PARTIDAS

El Catastro Registral evita la duplicidad de partidas en el Registro de Predios y también sirve como un mecanismo para detectar predios sobre los cuales existe duplicidad de partidas.

Sin embargo, la duplicidad de partidas no sólo puede existir en el Registro de Predios, sino también en otros registros como el Registro de Propiedad Vehicular, Mandatos y Poderes, Sucesiones Intestadas, Testamentos, entre otros. En tal sentido, la duplicidad de partidas no sólo puede existir en los Registros de Bienes.

El Reglamento General de los Registros Públicos de 2001 regula el procedimiento a seguir en caso de detectarse la duplicidad de partidas del artículo 56 al 63.

El artículo 56 del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 195-2001-SUNARP/SN, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 23-07-2001, precisa que existe duplicidad de partidas cuando se ha abierto más de una partida registral para el mismo bien mueble o inmueble, la misma persona jurídica o natural, o para el mismo elemento que determine la apertura de una partida registral conforme al tercer párrafo del artículo IV del Título Preliminar de dicho Reglamento. Además establece que se considera

también como duplicidad de partidas la existencia de superposición total o parcial de áreas inscritas en partidas registrales correspondientes a distintos predios.

El artículo 57 del mismo Reglamento establece que, advertida la duplicidad, ésta será puesta en conocimiento de la Gerencia Registral correspondiente, la cual mediante Resolución, debidamente motivada, dispondrá la ejecución por parte del Registrador competente de las acciones previstas en los artículos siguientes. También establece que el cierre de partidas que pudiera derivarse de la ejecución de dicha Resolución tiene por finalidad impedir la extensión de nuevos asientos de inscripción en la partida cerrada, publicitar la existencia de la duplicidad y, en caso de derechos compatibles, rectificar la duplicidad registral. Dicho cierre no implica en modo alguno declaración de invalidez de los asientos registrados, correspondiendo al órgano jurisdiccional declarar el derecho que corresponde en caso de inscripciones incompatibles.

El artículo 58 regula el procedimiento a seguir cuando las partidas registrales son idénticas.

El artículo 59 regula el procedimiento a seguir cuando existen partidas registrales con inscripciones compatibles.

El artículo 60 regula el procedimiento a seguir cuando existen partidas registrales con inscripciones incompatibles.

En este último caso procede la oposición al cierre, la cual se encuentra regulada en el segundo párrafo del artículo 60 y en el artículo 61.

El artículo 62 regula la registración en partidas duplicadas.

El artículo 63 regula la superposición parcial y eventual desmembración.

Es decir, este Reglamento Registral es bastante detallado en cuanto al procedimiento a seguir cuando se detecta duplicidad de partidas.

La duplicidad de inscripciones se encontraba regulada en el artículo 171 del abrogado Reglamento General de los Registros Públicos de 1967. Este Reglamento fue abrogado por la Tercera Disposición Final del Nuevo Reglamento General de los Registros Públicos de 2001.

El abrogado Reglamento General de los Registros Públicos, a que se hace referencia en el párrafo anterior, dedicaba sólo un artículo a la duplicidad de inscripciones, artículo que no era muy detallado.

Por lo cual, efectuando una microcomparación jurídica interna, podemos determinar que el vigente Reglamento General de los Registros Públicos de 2001 es más detallado al momento de regular la duplicidad de partidas, que el abrogado Reglamento General de los Registros Públicos de 1967.

En el Derecho Positivo peruano no existe Ley Hipotecaria ni Reglamento Hipotecario, pero sí existen varios Reglamentos Registrales, los cuales se clasifican en Reglamento General y en Reglamentos Registrales Especiales.

XXVI. REGISTRO AL CUAL SE APLICA

El Catastro funciona sólo con el Registro de Predios, en tal sentido no se puede organizar un Catastro para otros Registros, aún en el caso que se trate de otros Registros de Bienes. Por lo cual podemos afirmar que no se puede organizar un Catastro para los vehículos, embarcaciones pesqueras, buques, naves, aeronaves, participaciones sociales, etc.

XXVII. EL PAGO DE TRIBUTOS

El Catastro Registral, que es un Registro Jurídico, no tiene como función controlar el pago de algunos tributos, es decir, su contenido sólo debe servir para evitar la doble inmatriculación.

Sin embargo, los Catastros Municipales tienen, entre otras finalidades, controlar el pago de tributos, como es el impuesto predial regulado por el Decreto Legislativo 776 y normas modificatorias.

XXVIII. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS NACIONALES

Cuando se estudia una institución jurídica es conveniente estudiar los antecedentes legislativos nacionales.

La norma que motiva la presente investigación es la Ley Peruana 28294, por lo cual se tomará como referencia dicha Ley.

La Ley Peruana 28294, que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios publicada el 21-07-2004, tiene como antecedentes legislativos nacionales a las siguientes normas: el artículo 44 del Reglamento de Acondicionamiento Territorial, Desarrollo Urbano y Medio Ambiente aprobado por Decreto Supremo número 007-85-VC; la Ley de Catastro Minero Nacional contenida en la Ley 26615; el artículo 5 del Reglamento de Organización y Funciones del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT aprobado por Decreto Supremo número 002-2000-AG; la Directiva número 08-2004-SUNARP-SN, sobre actos inscribibles en el Registro de Predios que requerirán informe previo del área de Catastro, aprobada por Resolución número 296-2004-SUNARP-SN; el DS 002-89-JUS; los artículos 9 y 10 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, y el DS 008-2000-MTC, principalmente.

XXIX. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EXTRANJEROS

Cuando se estudia una institución jurídica es conveniente estudiar los antecedentes legislativos extranjeros.

Resulta complejo determinar qué antecedentes legislativos extranjeros existen sobre determinado tema, porque es más difícil estudiar el Derecho Positivo extranjero que el Derecho Nacional.

Sin embargo, se estudiará el Catastro en algunos otros Estados, lo cual servirá para tener una más clara idea del Catastro.

En Argentina es necesario el estudio de la Ley 20440, de 22 de mayo de 1973; en Costa Rica, la Ley 6545, de 13 de marzo de 1981, y en España el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario de 2004, aprobado por Real Decreto Legislativo de 1/2004, de 5 de marzo de 2004.

En cuanto a Derecho alemán, hay que tener en cuenta el Decreto sobre Introducción del Catastro como inventario oficial del 23 de enero de 1940 y la Ley de Reordenación de 3 de julio de 1934, que trata de lograr un Catastro único en Alemania. En Australia y en Suiza también hay legislación sobre el Catastro.

Además en otros Estados existe también legislación sobre Catastro, destacando especialmente la legislación de México.

Es decir, si efectuamos un estudio de Derecho Comparado podemos determinar que el Derecho Positivo del Estado peruano no es el único ni el primero que regula el Catastro.

XXX. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS PERUANOS

Cuando se estudia un tema jurídico es conveniente tomar en cuenta los antecedentes doctrinarios peruanos.

Existe una tesis en Derecho sobre el Catastro, la cual titula *El Catastro como mecanismo de completar la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble*, cuya autora es Consuelo ELGUERA LEÓN.

Además existen otras dos tesis de Derecho sobre el Catastro que aparecen en la biblioteca de la San Marcos.

También existen los trabajos de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, el trabajo de Eugenio Alberto GAETE GONZALES y el trabajo de Juan MORALES GODO y Pedro ALAMO HIDALGO.

Además es necesario tener en cuenta las otras fuentes de información nacionales consultadas, entre los cuales destacan diccionarios y el trabajo de Bernardo PARDO MÁRQUEZ.

XXXI. ANTECEDENTES DOCTRINARIOS EXTRANJEROS

Cuando se estudia un tema jurídico es conveniente tomar en cuenta los antecedentes doctrinarios extranjeros.

No se ha tenido a la vista muchos trabajos extranjeros sobre el Catastro, sin embargo se han consultado diccionarios extranjeros.

En el tratado de ROCA SASTRE encontramos información sobre el Catastro.

XXXII. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CATASTRO

El Catastro no debe abarcar todo el territorio de un Estado, sino sólo a los territorios cuyo valor compense elaborar el Catastro.

En tal sentido es normal que el Catastro no abarque a todo el territorio, sino generalmente sólo a las áreas habitadas.

XXXIII. RESPONSABLE DEL CATASTRO

El Catastro debe funcionar a cargo de un ingeniero civil o arquitecto, los que elaboren el Catastro en base a los planos existentes en el Registro.

Es decir, en cada oficina registral tiene que laborar un arquitecto o un ingeniero civil.

XXXIV. CATASTRO COMO DOCUMENTO COMPLEJO

Es un documento complejo de mucha responsabilidad que sirve para no duplicar la partida registral, en tal sentido, el Catastro no puede estar a cargo del propio registrador.

Para que pueda funcionar un Catastro es necesario que sea implementado en todas las oficinas registrales, por ejemplo, si se implementa el Catastro en la Zona Registral con sede principal en Ica, debe existir oficina de Catastro en todas sus oficinas registrales. En tal sentido, en este ejemplo debe existir oficina de Catastro en las Oficinas Registrales de Ayacucho, Ica, Huancavelica, Pisco, Nasca, Chincha, Huanta y Andahuaylas.

XXXV. ZONAS REGISTRALES QUE CUENTAN CON CATASTRO

Tenemos conocimiento que en el Estado peruano existen Catastros muy avanzados en la Oficina Registral de Lima y Callao y en la Oficina

Registral de Arequipa, pero sólo el primero de estos es considerado como confiable.

XXXVI. LA IMPORTANCIA DE LOS PLANOS EN LAS INMATRICULACIONES

Es decir, si una registración se ha efectuado sin planos, en dicha situación dicho predio no puede ser incluido al Catastro, ya que para que estos predios sean agregados al Catastro se tiene que seguir un proceso judicial de rectificación de áreas y linderos y/o deslinde.

XXXVII. FACTIBILIDAD DE HACER UN CATASTRO

Es conveniente precisar que para algunos el Catastro es fácil de realizar, lo que no es correcto, ya que elaborar el Catastro es un proceso complejo, porque no todos los predios inmatriculados tienen en sus títulos archivados planos, e incluso los planos utilizados han sido faccionados en escalas diferentes.

Sin embargo, la finalidad del Catastro no sólo está destinada a controlar los predios ya inmatriculados, sino también los predios que recién se van a inmatricular, en tal sentido es un elemento esencial para el Registrador y Tribunal Registral.

XXXVIII. DISCREPANCIA DE INFORMACIÓN

Puede existir discrepancia entre título archivado y Catastro, supuesto en el cual debemos hacer referencia a la solución correspondiente.

Cuando existe discrepancia entre el título archivado y el Catastro, prima el primero.

Es decir, para primar el título archivado, a que éste modifica el Catastro pero el Catastro no puede modificar el título archivado, salvo que se adopte por otra solución en el Derecho Positivo peruano, lo cual es necesario consagrar en el Derecho Positivo de cada Estado.

XXXIX. SISTEMA DEL FOLIO REAL

Existen diversas clasificaciones de los sistemas registrales, sin embargo, sólo nos corresponde estudiar el sistema registral de folio real, el cual se opone al sistema registral del folio personal.

Es decir, la clasificación de los sistemas registrales que debemos estudiar ahora, es la que clasifica a los sistemas registrales en sistemas registrales en los cuales se aplica el folio real y sistemas registrales en los cuales se aplica el folio personal.

Sin embargo, debemos delimitar nuestro estudio, en tal sentido es preciso dejar constancia que sólo estudiaremos el sistema del folio real y no el sistema del folio personal.

En el Estado peruano, el sistema del folio real se aplica a los Registros de Bienes, y el sistema del folio personal se aplica a los Registros de Personas.

El sistema del folio real consiste en abrir una partida registral por cada inmueble o por vehículo u otro bien. Pero cuando estudiamos las partidas registrales de sociedades cuyo capital corre dividido en participaciones sociales, no se aplica en dicho supuesto el sistema del folio real, sino el sistema del folio personal, porque en dicho supuesto hay que tener en cuenta que dichas partidas registrales también funcionan como registros de personas que son las personas jurídicas.

Sin embargo, en el presente caso corresponde sólo estudiar el sistema del folio real en el Registro de Predios.

En tal sentido debemos precisar que el sistema del folio real establece que se aperture una partida registral por cada terreno, departamento, casa, oficina, estadio, entre otros predios o fincas.

Es decir, si se aperturan dos o más partidas registrales por un mismo predio, se viola el sistema del folio real, supuesto en el cual se duplica la partida registral y serían de aplicación las normas del Reglamento General de los Registros Públicos peruano de 2001 sobre duplicidad de partidas registrales.

Aplicando el sistema del folio real podemos determinar que toda registración referida a un predio debe ser realizada en la misma partida registral, por ejemplo, debe registrarse en la misma partida registral los embargos, las demandas, otras medidas cautelares, hipotecas, servidumbres, otros derechos reales, traslaciones de dominio, algunos derechos personales como el arrendamiento, el leasing, el contrato de opción, etc.

Es decir, todos estos actos mencionados deben registrarse en la misma partida registral que se aperturó para el predio.

Cuando se apertura más de un partida registral para un mismo predio, se denomina duplicidad de partidas o pluralidad de folios, sin embargo, la denominación más conocida es la primera, es decir, la denominación más conocida es la duplicidad de partidas, pero debemos precisar que esta denominación sólo comprende a la apertura de dos partidas registrales cuando corresponde aperturar una sola partida registral y no cuando se ha aperturado más de dos partidas registrales.

XL. CATASTRO EN ARGENTINA

En cuanto a la República Argentina es necesario tener en cuenta que es un Estado compuesto por varios Estados, por lo cual su legislación es diferente en cada Estado. Sin embargo también existen leyes nacionales, las cuales son de aplicación en toda la República Argentina, como es la Ley Nacional de Catastro contenida en la Ley 20440 de 22-05-73.

Esta Ley establece en su artículo 1 que los Catastros Territoriales de cada provincia, de la Capital Federal y del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sud reunirán, registrarán y ordenarán información relativa a las cosas inmuebles existentes en los respectivos territorios, con las siguientes finalidades, sin perjuicio de las demás que establezcan las leyes locales:

Determinar la correcta ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles, con referencia a los títulos jurídicos invocados o a la posesión ejercida.

Establecer el estado parcelario de los inmuebles y regular su desarrollo.

Conocer la riqueza territorial y su distribución.

Elaborar datos económicos y estadísticos de base para la legislación tributaria y la acción de planeamiento de los poderes públicos nacionales y locales.

En su artículo 2 precisa que las leyes locales designarán los organismos que tendrán a su cargo los Catastros Territoriales y ejercerán el poder de policía inmobiliaria catastral.

En el artículo 3 establece que el poder de policía inmobiliario catastral comprende las siguientes atribuciones, sin perjuicio de las demás que las leyes locales asignen a los organismos mencionados en el artículo anterior:

- a) Practicar de oficio actos de levantamiento territorial.
- b) Registrar actos de levantamiento territorial.
- c) Velar por la conservación de marcas y mojones de levantamientos territoriales.
- d) Exigir declaraciones juradas a los propietarios y ocupantes de inmuebles.
- e) Realizar inspecciones con el objeto de practicar censos, verificar infracciones o cualquier otro acorde con las finalidades de esta Ley.
- f) Expedir certificaciones.
- g) Ejecutar la Cartografía Catastral de la Jurisdicción.
- h) Formar el Archivo Histórico Territorial.

En su artículo 4 establece que la división territorial en zonas, la determinación de clases de parcelas, de acuerdo con su ubicación y destino, las normas para el ordenamiento territorial y la nomenclatura catastral correspondiente se establecerán por las leyes locales.

En cuanto a la provincia de Buenos Aires, la Ley 10.707, de 27 de octubre de 1988, de 88 artículos, establece en su artículo 1 que el Catastro Territorial de la Provincia es el Registro del Estado de hecho de la cosa inmueble, en relación con el derecho de propiedad emergente de los títulos invocados o de la posesión ejercida, y constituye la base de su sistema inmobiliario desde los puntos de vista tributario y de policía y del ordenamiento administrativo del dominio. Reunirá, ordenará y registrará información relativa a los inmuebles existentes en la provincia, con las siguientes finalidades:

Publicitar el estado de hecho de la cosa inmueble.

Determinar la ubicación, límites, dimensiones, superficie y linderos de los inmuebles con referencia al derecho de propiedad emergente de los títulos invocados o a la posesión ejercida.

Establecer el estado parcelario de los inmuebles y verificar su subsistencia.

Conocer la riqueza territorial y su distribución.

Elaborar datos económicos y estadísticos de base para la legislación de tributación inmobiliaria y la acción de planeamiento.

Establecer la base valuatoria del impuesto inmobiliario.

Determinar la valuación parcelaria.

Evitar la evasión fiscal inmobiliaria por la no declaración del hecho imponible, controlando la incorporación y valuación de las mejoras accedidas a las parcelas.

Ejercer el poder de policía inmobiliario catastral.

Esta misma norma establece en su artículo 2 que el poder de policía inmobiliario catastral comprende las siguientes atribuciones:

Practicar de oficio actos de relevamiento territorial con fines catastrales.

Determinar de oficio estados parcelarios.

Registrar los estados parcelarios y la documentación que les da origen.

Exigir declaraciones juradas a los propietarios u ocupantes de los inmuebles.

Realizar inspecciones con el objeto de practicar censos, verificar infracciones o con cualquier objeto acorde con las finalidades de esta ley.

Expedir certificaciones, controlar e informar sobre la multiplicidad de inscripciones o superposiciones de dominio.

Ejecutar la cartografía parcelaria de la provincia, llevando el Registro Gráfico.

Autorizar y ejercer el control de las divisiones del dominio por el régimen de Propiedad Horizontal.

Velar por la conservación de marcas y mojones de delimitación parcelaria.

Asignar la nomenclatura catastral y número de partida de los padrones impositivos para la individualización parcelaria.

Llevar la cantidad y especie de índices que sean necesarios para la localización de las parcelas.

Interpretar las normas que regulen la materia.

La norma citada establece en su artículo 3 que la Dirección Provincial de Catastro Territorial es el organismo a cuyo cargo está el cumplimiento de la presente ley y el ejercicio de la autoridad de aplicación en materia valuatoria. A dichos fines deberá realizar, controlar y mantener actualizado el Catastro Territorial, ejerciendo el poder de policía inmobiliario catastral.

XLI. CATASTRO EN COSTA RICA

En cuanto a Costa Rica es necesario precisar que la Asamblea Legislativa dictó la Ley número 6545, el 13 de marzo de 1981, denominada Ley del Catastro Nacional, la cual fue sancionada por el Presidente de la República el 25 de marzo del mismo año.

Dejando constancia que esta Ley facultó al Poder Ejecutivo para la reglamentación respectiva, la cual se hizo mediante Decreto Ejecutivo número 13607-J, de 25 de mayo de 1982, con el Título de Reglamento a la Ley del Catastro Nacional.

XLII. CATASTRO EN EL SALVADOR

En la página web <http://www.cnr.gob.sv/Catastro.asp?n=0> se precisa sobre el Catastro en El Salvador, lo siguiente:

El Estado está obligado a velar por obtener la correcta localización de los inmuebles en todo el país, estableciendo sus medidas lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y demás características que conforman la actividad catastral del país, es así como la Dirección de Catastro se une al esfuerzo institucional, colaborando a brindar seguridad jurídica a los salvadoreños por medio de las transacciones que se realizan en torno al derecho de propiedad inmobiliaria en cumplimiento de su mandato legal.

Desde la creación del *CNR*, el Catastro ha logrado avances significativos, ya que el constante apoyo de las autoridades superiores y el acceso a los

adelantos tecnológicos han permitido crear sistemas de información digitales que ofrecen un eficiente mantenimiento de los mapas catastrales del país, ya que concentra en dichos sistemas los datos gráficos y alfanuméricos de cada una de las parcelas y sus propietarios en las que se encuentran distribuidos todo el territorio nacional.

Nuestros productos nos facilitan mostrar a los diversos sectores de la sociedad que la información que tenemos disponible coadyuva a la ejecución de proyectos en áreas tales como la planificación urbana, medición de inmuebles y a la transferencia de los derechos de la propiedad a través de productos y servicios como la ubicación catastral, listado de propietarios, planos catastrales, mapas municipales y otros.

XLIII. CATASTRO EN ESPAÑA

En España existe la Dirección General del Catastro.

En España, la norma aplicable es el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario de 2004, aprobado por Real Decreto Legislativo de 1/2004, de 5 de marzo.

En el numeral 1 del artículo 1 de esta norma se precisa que el Catastro Inmobiliario es un Registro Administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales, tal y como se definen en dicha Ley.

En el numeral 2 del artículo 1 de la misma norma se establece que dicha Ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo previsto en los regímenes forales especiales vigentes en el País Vasco y Navarra.

En el numeral 1 del artículo 2 de la misma norma se refiere que la información catastral estará al servicio de los principios de generalidad y justicia tributaria y de asignación equitativa de los recursos públicos, a cuyo fin el Catastro Inmobiliario colaborará con las administraciones públicas, los juzgados 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 en los términos previstos en el Título VI.

En el numeral 2 del artículo 2 de la misma norma se precisa que lo dispuesto en dicha 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.

Sobre el Catastro hay que tener en cuenta la norma a que se hace referencia en la Revista *Catastro Actualidad*, número 8, de febrero de 2002.

En dicha revista se precisa lo siguiente:

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, crea la figura del «dato catastral protegido», categoría que incluye el «nombre, apellidos, razón social, código de identificación y domicilio de quienes figuren inscritos en el Catastro como titulares o sujetos pasivos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, así como el valor catastral y los valores del suelo y, en su caso, de la construcción de los bienes inmuebles individualizados».

Esta norma regula el régimen jurídico del acceso a los datos catastrales bajo la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos y determina que sólo podrán acceder a los datos protegidos los titulares catastrales o sus representantes legales y aquellas personas que la Ley enumera, al reconocer en ellas la existencia de un interés legítimo y directo en virtud de su especial posición jurídica.

Pero junto a la protección de este derecho fundamental, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, contempla supuestos donde esta protección decae, al exigirle el cumplimiento de los fines que corresponden a la Hacienda Pública y a la propia configuración de los Catastros Inmobiliarios, como base de datos utilizable tanto por la Administración del Estado como por la Autonómica y la Local, ya que un derecho constitucionalmente protegido, como el de la intimidad, puede «ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000).

Con este tratamiento se garantiza que los Ayuntamientos podrán seguir accediendo a este tipo de datos.

Además precisa el siguiente como un nuevo supuesto de exención del pago de la Tasa por Inscripción Registral.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, mantiene los mismos supuestos de exención vigentes hasta ahora, a los que añade uno nuevo cuando quienes soliciten la inscripción catastral lo efectúen mediante la presentación de declaraciones elaboradas con el programa informático de ayuda PADECA, suministrado por la Dirección General del Catastro y destinado a cumplir una función similar a la que realiza el programa PADRE en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

XLIV. CATASTRO EN ALEMANIA

Rubén GUEVARA MANRIQUE precisa que el Sistema Registral alemán se sustenta en dos principios fundamentales: el Catastro y el Registro Territorial; el primero representa el aspecto físico de la propiedad, o sea, la des-

cripción material de la tierra, y el segundo, revela el aspecto jurídico de la propiedad (81).

Pau PEDRÓN, citado por José María CHICO Y ORTIZ, señala que respecto al sistema registral alemán hay que tener en cuenta, respecto del Catastro, el Decreto sobre Introducción del Catastro como inventario oficial de 23 de enero de 1940 (82).

Precisa José María CHICO Y ORTIZ, respecto de este sistema registral, que:

«En cada registral las fincas deben individualizarse en toda exactitud. Favorece esta exigencia la existencia de un buen Catastro no único, sino diversos en los diferentes Estados Federales, debiendo designarse las fincas según inventario oficial. La Ley de Reordenación del Instituto Topográfico, de 3 de julio de 1934, trata de lograr un Catastro único. Desde el año 1979 se está trabajando para implantar el “sistema EDV” (elektronische Datennverarbeitung, o empleo mecánico de datos), que pretende lograr un “banco de datos inmobiliarios”, que puede suponer una plena integración de Catastro y Registro» (83).

En el sistema registral alemán es necesario destacar que el Registro se confía a un Juez Inmobiliario (84).

ROCA SASTRE precisa que existe en el sistema registral alemán íntima conexión del Catastro con el Registro. El Catastro tiene la misión de crear la base para la imposición sobre la propiedad inmobiliaria, dice HEDEMANN, pero el mismo tiene una gran significación práctica en la labor de agrimensura (85).

Los arrendamientos rústicos y urbanos y las demás relaciones jurídicas de carácter obligacional quedan fuera del Registro, severidad esta que se ha criticado (86).

Precisa ROCA SASTRE que en el sistema registral alemán al frente de Registros hay un Juez, con el personal a sus órdenes y que existe íntima relación entre el Registro y la Oficina del Catastro (87).

Refiere SOLF y MURO en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano de 1852 que, si bien en aquellos libros territoriales cada inmueble tiene una hoja especial, su matriculación no se ha realizado individual-

(81) GUEVARA MANRIQUE, Rubén, *Derecho Registral*, pág. 52.

(82) CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 146.

(83) *Ibid.*, pág. 149.

(84) *Ibid.*, pág. 145.

(85) ROCA SASTRE, Ramón, en *Derecho Registral*. Compiladores: Humberto UCHUYA CARRASCO y Germán NÚÑEZ PALOMINO, pág. 56.

(86) *Ibid.*, pág. 57.

(87) *Ibid.*, pág. 67.

mente, a medida que se han transferido las propiedades o se las ha gravado, sino que se ha operado en todo el país, por vía de medida general y conforme se iba fijando la ubicación de los inmuebles en el Catastro (88).

XLV. CATASTRO EN AUSTRALIA

José María CHICO Y ORTIZ precisa que en el sistema registral australiano existe una plena coordinación entre Registro y Catastro (89).

Carlos CÁRDENAS QUIRÓS precisa sobre el Catastro en Australia, lo siguiente:

El sistema exige la existencia de un Catastro. Empero, a diferencia del sistema alemán, el mismo no es hecho con antelación, sino que resulta de la reunión de actos parciales como consecuencia de cada inscripción (90).

Para las primeras inscripciones es necesaria, además de la presentación de los títulos respectivos, la del plano y descripción del inmueble. Los títulos son estudiados concienzudamente por funcionarios especializados, que analizan el origen de los títulos, la legitimidad de la posesión, la ubicación del inmueble, su superficie, etc. A continuación se procede a la mensura del terreno por peritos, de acuerdo con los antecedentes reunidos. De considerar procedente la inscripción, se verifican publicaciones en los periódicos, notificándose a los colindantes. Si se produce alguna oposición, ésta se resuelve judicialmente, suspendiéndose el procedimiento registral hasta la resolución definitiva (91).

XLVI. CATASTRO EN SUIZA

Precisa ROCA SASTRE que en el sistema registral suizo la coordinación entre el Registro y el Catastro es fuerte (92).

SERRANO SERRANO ve en el sistema registral suizo las ventajas de una sistematización normativa general correcta y relativamente breve, y elogia la limitación de los tipos de derechos reales (*númerus clausus*) y el valor constitutivo de la inscripción, así como la concordancia entre el Registro y el Catastro (93).

(88) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, «Conveniencia legal de la implantación del Catastro en el Perú, su importancia en la transferencia de bienes inmuebles», en *Gaceta Jurídica*, Tomo X, octubre de 1994, pág. 47-A.

(89) CHICO Y ORTIZ, José María, *ob. cit.*, pág. 144.

(90) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *ob. cit.*, pág. 49-A.

(91) *Ibid.*

(92) ROCA SASTRE, Ramón, *ob. cit.*, pág. 83.

(93) *Ibid.*, pág. 85.

XLVII. CATASTRO EN PERÚ

Existen varios Catastros y varias normas y una nueva ley que falta reglamentar.

XLVIII. DERECHO COMPARADO

Cuando se investigan temas jurídicos, pueden verse enriquecidos los mismos cuando además se hace Derecho Comparado.

El Derecho Comparado consiste en la aplicación del método comparativo al Derecho.

Es decir, el Derecho Comparado consiste en la aplicación de un método jurídico, que es el método comparativo.

Corresponde en este caso realizar un estudio del Catastro aplicando el método comparativo, tomando como referencia el Derecho peruano.

El Derecho peruano regula distintos Catastros, lo cual es necesario estudiar.

Sin embargo, en otros Estados, la legislación sobre Catastro es más clara, lo que permite un estudio más adecuado del Derecho Positivo extranjero revisado en materia de Catastro.

Además debemos precisar que en materia de Catastro el Estado peruano no se encuentra muy desarrollado a diferencia de otros Estados en los cuales el Catastro ha desarrollado más y se encuentra más perfeccionado como en Alemania.

II. EJECUTORIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sobre el Catastro hay que tener en cuenta la Ejecutoria a que se hace referencia en la Revista *Catastro Actualidad*, número 8, de febrero de 2002, que es la sentencia de la Sección 2.^a del Tribunal Supremo de 6-10-01.

Se precisa en dicha Ejecutoria lo siguiente:

La ejecutoria citada estima el recurso de casación en interés de la Ley, interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y declara que la fórmula legal de cálculo empleada por las Gerencias Territoriales del Catastro, aplicando conjuntamente el coeficiente RM y el factor 1,4 sobre la cantidad resultante de la suma del valor de repercusión del suelo y el valor de la construcción, modulada por el factor de localización, es ajustada a Derecho, pues su resultado es el mismo que si el coeficiente RM se hubiera aplicado directamente a los valores individualizados resultantes de las ponencias de valores.

L. FUENTES DE INFORMACIÓN

Para la elaboración del presente trabajo se han consultado libros, diccionarios y revistas, por lo cual esta parte del trabajo no se le puede denominar bibliografía, sino fuentes de información, dejando constancia que los autores consultados fueron peruanos y extranjeros:

A) Libros

- AYASTA GONZALES, Julio: *El Derecho Comparado y los Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editora Fecat, 1991, 1.^a ed., Lima, Perú.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio: *El Jurista y el simulador del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 1999, 8.^a ed.
- CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tomo I, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1994.
- DAVID, René: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Editorial Aguilar. Traducción de la segunda edición francesa por Pedro BRAVO GALA, España, 1968.
- GUEVARA MANRIQUE, Rubén: *Derecho Registral*. 3.^a ed., 1988. Editora y distribuidora Huallaga E.I.R. Ltda., Lima, Perú.
- JAMES, Philip: *Introducción al Derecho inglés*. Versión castellana de Jesús TORRES GARCÍA. Editorial Temis, S. A., Santa Fe de Bogotá - Colombia, 1996.
- MORALES GODÓ, Juan, y ALAMO HIDALGO, Pedro: «El Catastro y los Registros de la Propiedad Inmobiliaria», en *Temas de Derecho Registral*, Tomo IV, Editado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 2000, Lima, Perú.
- NIZAMA VALLADOLID, Medardo: *Técnicas de estudio e investigación jurídica. Principios básicos que influyen en la formación de los abogados y juristas investigadores*. Ediciones Jurídico-Sociales y Políticas Tarpuy, 2004, Lima, Perú.
- PALACIO PIMENTEL, Gustavo: *El Código Civil y la reforma agraria*. Editorial Arica, S. A., Lima, Perú, noviembre de 1970.
- PARDO MÁRQUEZ, Bernardo: *Derecho Registral Inmobiliario en el Perú*. Tomo I. Litografía Huascarán, Lima, Perú, 1966.
- ROCA SASTRE, Ramón, en *Derecho Registral*. Compiladores: Humberto UCHUYA CARRASCO y Germán NÚÑEZ PALOMINO. Azul Grana Editores, febrero de 2000, 1.^a ed.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús: *Derecho Comparado y sistemas jurídicos*. Editorial Euroamericana, 1.^a ed., Lima, Perú, abril de 2004.
- *Derecho Empresarial*. Editorial Euroamericana, 1.^a ed., Lima, Perú, abril de 2004.

- *Garantías*. Editorial Euroamericana, 1.^a ed., Lima, Perú, abril de 2004.
- *Introducción al Derecho y latín jurídico*. Editorial Euroamericana, 1.^a ed., Lima, Perú, abril de 2004.

B) *Diccionarios*

- CABANELLAS, Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II, Editorial Heliasta, 1994, Argentina.
- CAPITANT, Henri: *Vocabulario Jurídico*. Traducción castellana de Aquiles Horacio GUAGLIANONE. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. Novena reimpresión, 1986.
- COUTURE, E. J.: *Diccionario Enciclopédico Jurídico*. Imprenta Editores Tipo Offset. Lima, Perú.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl: *Diccionario Jurídico Moderno*. Editorial Gráfica Horizonte, S. A., 2002, 3.^a ed., Lima, Perú.
- EDITORIAL OCÉANO: *Diccionario Enciclopédico Océano*. Vol. I. Barcelona, España, 1988.
- EDITORIAL SALVAT: *La Enciclopedia*. Vol. IV, 2004.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA: Tomo II. Editorial Bibliográfica Argentina, Sociedad Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, Argentina.
- FLORES POLO, Pedro: *Diccionario de Términos Jurídicos*. Vol. 1. Marsol Perú Editores, S. A., 1987, 2.^a ed., Lima, Perú.
- OSORIO, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, 28.^a ed., actualizada, corregida y aumentada por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, 2001, Buenos Aires, Argentina.
- ROSENBERG, J. M.: *Diccionario de Administración y Finanzas*. Océano Centrum, Barcelona, España.

Es decir, los diccionarios consultados no solamente son diccionarios jurídicos, sino que también se han consultado otras clases de diccionarios, tales como diccionarios generales y también un diccionario de administración.

C) *Revistas*

- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos: «Conveniencia legal de la implantación del Catastro en el Perú. Su importancia en la transferencia de bienes inmuebles», en *Gaceta Jurídica*, Tomo X, octubre de 1994.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús: «El Registro reduce los costos de transacción», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, núm. 1, año 1, Lima, Perú, pág. 76.

- «La clasificación de los bienes en el Derecho Positivo peruano», en *Revista Jurídica del Perú* del mes de septiembre de 2004. Tomo 58, pág. 127.
- «La codificación en el Derecho peruano», en *Revista de Ciencias Jurídicas y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, núm. 1, año 1, Lima. Perú.

D) *Páginas web*

<http://www.cnr.gob.sv/Catastro.asp?n=0>

LI. CONCLUSIONES

Presentamos conclusiones en los siguientes términos:

1. La ley aprobada en julio del presente año 2004 no es una novedad legislativa en el Derecho peruano, porque en el mismo ya existían varias normas que regulan distintos Catastros.

2. El Catastro puede ser jurídico o administrativo.

3. El Catastro jurídico debe estar a cargo de las Oficinas Registrales.

4. El Catastro administrativo puede estar a cargo de Municipalidades o Ministerios u organismos creados para tal efecto, como puede ser una Dirección Nacional de Catastro.

5. El Catastro administrativo sirve para determinar el valor de los predios y en base a ello la tributación del impuesto predial o el que haga sus veces.

6. Para aprobar la Ley peruana 28294 no se ha tomado en cuenta las normas de Derecho Positivo peruano existentes sobre Catastro.

7. La Ley peruana 28294 es una norma inentendible.

8. No se ha publicado en el Diario Oficial *El Peruano* la Exposición de Motivos de la Ley peruana 28294, por lo cual podemos afirmar que la misma no existe, ya que toda Exposición de Motivos debe publicarse, lo que no permite comprender cuál es su finalidad, es decir, no se puede aplicar la interpretación teleológica.

9. La Ley peruana 28294 no deroga expresamente las normas peruanas ya existentes sobre Catastro.

10. Desde la aprobación de la Ley peruana 28294 en las Oficinas Registrales no se ha implementado Catastro.

11. En las Oficinas Registrales no existe Catastro a excepción de los existentes en las Oficinas Registrales de Lima y Callao (Zona Registral IX) y Arequipa (Zona Registral XII), y los planos para la aplicación del Decreto Legislativo 667.

12. En la actualidad los ingresos de las Oficinas Registrales no son suficientes para implementar un Catastro Registral.

13. Pocas personas conocen la forma de implementar un Catastro.

14. El Catastro es un tema poco estudiado por los diferentes autores y articulistas, lo cual se advierte en que en nuestro medio existen pocas publicaciones sobre el mismo.

15. Para elaborar la Ley peruana 28294 no se han efectuado las respectivas consultas a jurisconsultos ni tampoco a especialistas, lo cual determina que la misma es considerada no como una buena ley, sino como una mala ley.

16. La Ley peruana 28294 no obliga a las Oficinas Registrales a implementar Catastros.

17. Si comparamos el Derecho peruano con el Derecho extranjero en materia de Catastro, llegamos a la conclusión que existe Catastro en otros Estados, tales como Alemania, Suiza, Australia, entre otros Estados.

18. Las Municipalidades deben llevar el Catastro de los predios urbanos y de los predios rústicos, porque de ambos se tributa, sin perjuicio de la existencia del Catastro del Ministerio de Agricultura.

19. En materia de Catastro es necesario precisar que existen en el Estado peruano Catastros paralelos.

20. Resulta complejo reglamentar la Ley peruana 28294, ya que la misma es inentendible.

21. En el Estado peruano no existe un solo Catastro, sino varios Catastros, por lo cual, cuando nos referimos al tema, debemos precisar Catastros (tales como el del Ministerio de Agricultura, de Municipalidades y el Catastro Minero).

LII. SUGERENCIAS

Efectuamos sugerencias en los siguientes términos:

1. Para la aprobación de cualquier norma de creación de un Catastro se debe destinar el presupuesto correspondiente, ya que sin el mismo no es factible implementar el mismo.

2. Es necesario que cada Oficina Registral cuente con su propio Catastro, a fin de evitar duplicidad de partidas registrales respecto a partidas de predios y también para facilitar las búsquedas.

3. Es necesario difundir las ventajas del Catastro a través de eventos de capacitación y de especialización, tales como seminarios, talleres, forums y cursos de especialización.

4. Para aprobar cualquier norma sobre Catastro es necesario conformar la Comisión respectiva de jurisconsultos y especialistas. Dentro de los espe-

cialistas es necesario considerar a abogados especialistas de diferentes ramas del Derecho como registralistas, notarialistas, procesalistas, civilistas, entre otros, y además arquitectos e ingenieros.

LIII. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Habiendo desarrollado el tema Catastro en el Derecho peruano y habiendo formulado conclusiones y sugerencias, formulamos propuestas legislativas en los siguientes términos:

1. Debe sustituirse o abrogarse la Ley peruana 28294, ya que para la aprobación de dicha ley no se ha tenido en cuenta las normas existentes sobre Catastro.
2. Debe aprobarse otra norma que regule el Catastro o los Catastros en el Derecho peruano.
3. El Poder Ejecutivo no debe reglamentar la Ley peruana 28294, porque dicha ley es inentendible y no ha tomado en cuenta las normas peruanas existentes sobre Catastro.

RESUMEN

CATASTRO EN PERÚ

El artículo trata sobre el Catastro, para lo cual se hace una revisión de la doctrina sobre este tema. En el artículo también se crea Derecho como cuando se realiza las clasificaciones de los catastros.

También se demuestra que no es una novedad legislativa en el Derecho peruano, por que en el mismo ya existían normas sobre el Catastro como las normas sobre el Catastro minero, entre otras.

Se demuestra que el Catastro debe ser estudiado en el Derecho Registral, Municipal y Administrativo. Se precisa que los Registros más evolucionados son el Registro de Predios y el Registro de Sociedades. Luego se define el Catastro, a continuación se precisa el origen de la palabra catastro.

También se revisa los antecedentes del Catastro. Además se precisa la con-

ABSTRACT

CADASTRE IN PERU

The article discusses the cadastre. It therefore gives an overview of doctrine on the subject. The article also creates law, such as where it classifies types of cadastres.

The article also shows that the cadastre is not a new feature in Peruvian law, because Peru's legislation already contained rules concerning cadastres, such as, inter alia, the mining cadastre.

The cadastre must be made an object of study in registration, municipal and administrative law. The most highly evolved registries, the article states, are the tenement registry and the company registry. Next, the cadastre is defined, and afterwards the origin of the word «cadastre» is given.

The cadastre's background is also reviewed. It is explained why the cadastre is advantageous. An overview is then

veniencia del Catastro. Luego se revisa el Catastro en el Derecho Codificado y también en el Derecho no Codificado. Después se revisa el área de conocimiento.

También se hace una revisión del Catastro en varios Estados. También se revisa la legislación peruana en materia de duplicidad de partidas, por lo cual se demuestra que la legislación peruana es bastante avanzada en esta materia.

Luego se citan los autores consultados, que son peruanos y extranjeros.

given of the cadastre in codified law and also in non-codified law. This is followed by an overview of the area of knowledge.

There is also a review of the cadastre in a number of countries. There is also an overview of Peruvian legislation on double entry, showing that Peruvian legislation is quite advanced in that area.

Afterwards the authors from Peru and abroad who have been consulted are cited.

(Trabajo recibido el 23-11-2005 y aceptado para su publicación el 29-12-2005)

RESOLUCIONES DE LA
DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO

Resolución de 28-6-2005

(*BOE* 9-9-2005)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. POR CRÉDITOS SALARIALES. PREFERENCIA. CANCELACIÓN RESPECTO DE CARGAS INSCRITAS O ANOTADAS CON ANTERIORIDAD.

Se reitera la doctrina de la Dirección General: El artículo 32 del ET establece una mera preferencia creditual, mientras que la preferencia registral opera en planos distintos. Dicho precepto no establece una hipoteca legal tácita, general y prioritaria que dé cobertura a una preferencia registral.

Resolución de 30-6-2005

(*BOE* 10-9-2005)

Registro de la Propiedad de Almendralejo

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS. DERECHO INTERTEMPORAL. ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA RÚSTICA OTORGADA DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LAR QUE NO CONTIENE LA DECLARACIÓN EXIGIDA EN EL ARTÍCULO 91.1 DE LA ANTERIOR LEY.

Una vez ha tenido lugar la entrada en vigor de la nueva LAR, no es necesario hacer declaración alguna en la escritura de venta de fincas rústicas acerca de si las mismas se encuentran o no arrendadas, o si lo han estado en los seis años anteriores, y ello, aun cuando existiere el derecho de adquisición preferente derivado de la normativa anterior a la nueva LAR.

Resolución de 1-7-2005
(BOE 10-9-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 23

**COMPRAVENTA. CONDICIÓN RESOLUTORIA EN GARANTÍA DE PRECIO
APLAZADO REPRESENTADO POR PAGARÉS. CANCELACIÓN.**

No es igual que en las letras de cambio. Los pagarés son documentos privados, creados por particulares y carentes de datos identificativos inequívocos que permitan asegurar que los pagarés incorporados e inutilizados en el acta son los mismos que los que se emitieron al otorgar la escritura de compraventa (sin que a tal efecto pueda estimarse el hecho de que haya quedado incorporada a la escritura de compraventa fotocopia de dichos pagarés, por falta de garantía de que los que se presentan para la cancelación sean los mismos documentos fotocopiados), por lo que la tenencia de los mismos por el comprador no permite tener por justificado, a efectos registrales, el pago del precio aplazado, ni, por consiguiente, la extinción de la garantía por la extinción de la obligación.

Resolución de 4-7-2005
(BOE 9-9-2005)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

**EXTRANJEROS. DOCUMENTOS OTORGADOS EN PAÍS EXTRANJERO.
TRADUCCIÓN JURADA. LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTO CONSULAR.
INTERPRETACIÓN DEL PODER.**

Traducción jurada: No es necesario legitimar su firma; basta con acreditar la condición de traductor jurado.

Tampoco es necesaria la legalización de documento consular.

Hay que presumir que proveyendo el documento de un consulado extranjero, éste ha aplicado sus propias reglas internas de funcionamiento en el documento firmado por el vicedónsul; por ello, entendiéndose que se trata de un documento firmado por Agente Consular, ha de aplicarse el Convenio Europeo de 7-6-1968 en lo relativo a no ser necesaria la legalización de documento expedido por Agente Consular de Alemania, dado que se ha suprimido la misma en relación con los documentos expedidos en su calidad oficial por Agente Consular de una parte contratante con vocación de efectos en otro Estado contratante.

La interpretación del poder debe hacerse de conformidad con la ley del país donde se van a ejercitar las facultades conferidas (ley española).

Resolución de 5-7-2005
(BOE 8-9-2005)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 1

**PROPIEDAD HORIZONTAL. JUNTA DE PROPIETARIOS: MODIFICACIÓN
DE ESTATUTOS. TRACTO SUCESIVO.**

En materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos, los cuales no se imputan a cada propietario singularmente, sino a la Junta como órgano, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público.

La modificación estatutaria es un acto de la Junta como órgano colectivo de la comunidad, que ha de adoptarse por unanimidad de los propietarios en los términos previstos en la norma primera del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, y por ello no ha de comprobarse si los propietarios coinciden o no con los titulares registrales.

Resolución de 6-7-2005

(BOE 10-9-2005)

Registro de la Propiedad de Viver

INMATRICULACIÓN. DE UNA CASA. ACTA DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIA: COMPETENCIA NOTARIAL PARA AUTORIZARLA.

Además de los requisitos de la inmatriculación, han de cumplirse los de la obra nueva.

No existe competencia notarial para autorizar el acta de notoriedad complementaria y puede autorizarse por Notario distinto del lugar donde radique la finca.

No aborda la DGRN que el acta complementaria lo sea de notoriedad y no de meras manifestaciones como alegaba en su nota el Registrador.

Resolución de 7-7-2005 y Corrección de Errores

(BOE 23-9-2005 y 7-10-2005)

Registro de la Propiedad de Hospitalet, número 7

HIPOTECA: CANCELACIÓN. PRESCRIPCIÓN. CADUCIDAD.

No es posible apreciar la prescripción.

En este caso no ha transcurrido el plazo de caducidad.

Nota: Se transcribe aquí la Resolución y, a continuación, la Corrección de Errores de la misma publicada en el BOE de 7-10-2005. Obsérvese que el error consiste en que, después de confirmar en todos sus extremos la nota de calificación, sin embargo, luego incomprensiblemente la revoca.

Resolución de 8-7-2005

(BOE 13-9-2005)

Registro de la Propiedad de Calamocha

HERENCIA: ACTA DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS AB INTESTATO.

No es necesario presentar la misma; en el caso de declaración de herederos, basta con que el Notario relacione los particulares del documento, los

básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales —con dicha relación— quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica establecida por el artículo 3 LH.

Resoluciones de 9 y 11-7-2005
(BOE 13-9-2005 y 10-9-2005)
Registro de la Propiedad de Gandesa

USUFRUCTO CON FACULTAD DE DISPOSICIÓN.

El usufructo con facultad de disposición es una institución excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la facultad de disposición de la cosa corresponde por naturaleza al derecho de propiedad. No obstante, se trata de una figura jurídica admitida en el Derecho Civil, que tiene su operatividad fundamentalmente en las disposiciones *mortis causa*.

Respecto de la hipoteca constituida por el nudo propietario a la que prestó su consentimiento el usufructuario, dicho consentimiento supone ejercer la «facultad de disposición», por lo que no es posible otorgar después una escritura de venta al amparo de la misma.

No es necesario ni que la usufructuaria renuncie expresamente a la facultad de disposición ni que postergue expresamente el rango de su derecho a la hipoteca que se constituye: basta con que, como acertadamente se realizó, la usufructuaria, como hipotecante no deudora, consienta la hipoteca. Con ese consentimiento, todo negocio jurídico que la usufructuaria realice sobre la finca ha de pasar por admitir el gravamen que expresamente consintió.

Aunque el ámbito propio de la representación en el de los negocios patrimoniales, y que la decisión de enajenar en el tipo de usufructo que nos ocupa es extremadamente delicada, la existencia en este caso de un poder especial para enajenar las fincas sobre las que versa el recurso, unida a la consideración de que el negocio jurídico de compraventa tiene un carácter patrimonial en sí mismo, lleva a revocar este defecto.

Resolución de 12-7-2005
(BOE 7-9-2005)
Registro de la Propiedad de Badalona, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA. DE TESTIMONIO DE AUTO JUDICIAL SUSPENDIENDO LA RESOLUCIÓN DE JURADO DE EXPROPIACIÓN, ASÍ COMO LA OCUPACIÓN Y DERRIBO DE LAS FINCAS.

Se trata de la determinación de un acto relativo a la posesión de la finca que, como tal, no tiene la consideración de derecho real y por tanto, no puede acceder al Registro de la Propiedad.

Sí podría acceder una anotación preventiva de demanda o de interposición de recurso gubernativo sin que sea obstáculo para la anotación de la demanda o de la interposición del recurso contencioso-administrativo el que no se haya pedido expresamente la nulidad de la inscripción en la interposición de la demanda o del recurso; siendo suficiente el mandamiento judicial

en que se ordene la anotación, siempre que hayan sido cumplidos todos los demás requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

Resolución de 13-7-2005

(BOE 9-9-2005)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar

ESCRITURA DE VENTA Y ACTA DE ENTREGA DE UN TANTO POR CIENTO DE OBRA FUTURA. *NUMERUS APERTUS*.

Si en el contrato se establece una comunidad sobre el solar, no cabe duda de que tal comunidad sería inscribible, pues la copropiedad del solar es evidentemente un derecho real y recae sobre un objeto existente. Lo que ocurre en el presente caso es que no se establece ninguna comunidad sobre el solar, sino el derecho a una parte de lo que se construya, que no consta que exista, y es claro que no cabe un derecho real sobre una cosa no existente aún, y tampoco se establece garantía real sobre la contraprestación pactada (cfr. párrafo final del art. 13 RH), que podría inscribirse de conformidad con el artículo 11 LH.

La doctrina del *numerus apertus* que alega la recurrente no permite que cualquier derecho sea inscribible pues, para que lo sea, el derecho cuya inscripción se pretende ha de tener las características propias de derecho real.

Resolución de 14-7-2005

(BOE 13-9-2005)

Registro de la Propiedad de Segovia, número 2

HERENCIA. PARTICIÓN CON INTERVENCIÓN DE DEFENSA JUDICIAL.

El artículo 1.060 del Código Civil establece en su párrafo segundo que el defensor judicial designado para representar al menor o incapacitado en una partición deberá obtener la aprobación del Juez si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Al no acreditarse que exista disposición de este tipo en el nombramiento, es obvio que ha de obtenerse y acreditarse dicha aprobación judicial.

Resoluciones de 16 y 18-7-2005

(BOE 13-9-2005)

Registros de la Propiedad de Conil y Lloret de Mar

PARCELACIÓN URBANÍSTICA. PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. SOBRE EL DERECHO A USAR UNA PISCINA Y ZONA AJARDINADA. PROPIEDAD HORIZONTAL. TUMBADA. PARCELACIÓN URBANÍSTICA.

Se necesita licencia para segregar una parcela que se cede unilateralmente al Ayuntamiento.

También para la Propiedad Horizontal «tumbada» en suelo urbano, si el suelo no es elemento común.

Puede anotarse, pues se refiere a un derecho con trascendencia real.

En la sentencia será cuando habrá que exigir todos los requisitos para que este derecho atípico quede perfectamente delimitado.

Resolución de 18-7-2005

(BOE 13-9-2005)

Registro de la Propiedad de Tarazona

TRACTO SUCESIVO. VENTA DE UN AYUNTAMIENTO DIRECTAMENTE A LA VIUDA CUANDO EN EL EXPEDIENTE CONSTABA LA PRIMITIVA ADJUDICACIÓN AL MARIDO.

No es posible. Es necesario otorgar la escritura a todos los herederos.

Resolución de 19-7-2005

(BOE 13-9-2005)

Registro de la Propiedad de Jarandilla

OBRA NUEVA. LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN. CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA PLANTA. SEGURO DECENAL.

Es exigible en el caso planteado.

Resolución de 19-7-2005

(BOE 13-9-2005)

Registro de la Propiedad de Reus, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA. QUIEBRA. RETROACCIÓN. TRACTO SUCESIVO.

No es posible practicar la anotación, si la finca está inscrita a nombre de persona distinta del quebrado.

Resolución de 20-7-2005

(BOE 13-10-2005)

Registro de la Propiedad de Gijón, número 5

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE NULIDAD DE HIPOTECA: NUEVA PETICIÓN UNA VEZ QUE YA HABÍA SIDO CANCELADA COMO CONSECUENCIA DE LA EJECUCIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. PLAZO. ÁMBITO.

No es posible practicar ahora la anotación por impedirlo el tracto sucesivo.

En este caso había pasado el plazo para recurrir, pero la DG entra en el fondo por «economía procedimental».

Nota: La DG, en materia de plazo, hace lo que le interesa. No hay un criterio.

El recurso no es el cauce para discutir sobre si la anotación debió o no cancelarse. (Y además estaba bien cancelada por ser posterior a la nota marginal de certificación y no referirse a los supuestos de los arts. 695 a 697 de la LEC.)

Resoluciones de 20, 21, 21, 21-7-2005
(BOE 13, 15, 16-9 y 17-9-2005)
Registro de la Propiedad de Pedreguer

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. INNECESARIEDAD DE PRESENTAR EL TÍTULO RECTIFICADO.

A juicio del Centro Directivo no es imprescindible la escritura rectificada ya que todos los datos necesarios para realizar la inscripción constan de los tomados de la inscripción anterior (consecuencia del título rectificado) y de la escritura que ahora se presenta.

Resolución de 21-7-2005
(BOE 12-10-2005)
Registro de la Propiedad de Villagarcía de Arosa

CANCELACIÓN POR CADUCIDAD DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA LEC.

Presentada en el Registro instancia solicitando la cancelación por caducidad de una anotación preventiva de embargo practicada con fecha 30-10-1990, siendo su prórroga de fecha 24-3-1994, la DGRN admite la cancelación por caducidad de tal anotación preventiva prorrogada con anterioridad a la vigencia de la nueva LEC, argumentando que, al presentarse la instancia, ya había transcurrido el plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la nueva normativa sobre prórrogas contenida en el artículo 86 de la LH en su redacción dada por la LEC sin que se haya procurado una nueva prórroga de la anotación preventiva considerada. Interpreta, en consecuencia, que, transcurrido el indicado plazo, la anotación preventiva y su prórroga están caducadas y procede por tanto su cancelación.

Nota: Perturbador criterio sustentado por esta Resolución por lo siguiente:

— La Instrucción de 12-12-2000 de la propia DGRN, que dice expresamente:

«IV. Ahora bien, el principio general del Derecho del carácter no retroactivo de las normas, salvo que en ellas se disponga lo contrario, recogido en el artículo 2.3 del Código Civil, significa que las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado en el Registro de la Propiedad antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, esto es, antes del 8 de enero de 2001, deben regirse por la legislación anterior».

«VI. Con relación a las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no será necesario, por tanto, ordenar nuevas prórrogas, ni procederá practicar asiento alguno en el Registro de la Propiedad, caso de que, a pesar de todo, se libre mandamiento de prórroga».

— La línea sustentada en las recientísimas Resoluciones de 3-6-2005, 18-6-2005 y 11-6-2005 en las que se expresa que estas anotaciones prorrogadas no caducan hasta que no se acredite que hayan transcurrido seis meses desde que se dictara el auto de aprobación del remate, una vez consignado el precio correspondiente por el adjudicatario, o que se ha sobreesido por cualquier otro motivo el procedimiento en que aquella anotación se acordó. En ellas no se alude a si el criterio tendría que ser diferente en caso de haber pasado más de cuatro años desde la entrada en vigor de la LEC, como hacen las Resoluciones precursoras de la actual.

Resolución de 22-7-2005
(BOE 13-9-2005)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 1

RECURSO GUBERNATIVO. EXTEMPORANEIDAD.

No cabe admitirlo fuera de plazo.

Resolución de 22-7-2005
(BOE 13-10-2005)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 1

COMPRAVENTA DE VIVIENDA POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA A VIUDO Y HEREDEROS DEL ADJUDICATARIO ORIGINARIO.

Si la Comunidad Autónoma admitió la subrogación a favor de los herederos (declarados por acta) es correcto que la venta se haga a los mismos, ya que en la escritura se dice que es con ocasión de su otorgamiento cuando se produce la transmisión.

Resolución de 23-7-2005
(BOE 13-10-2005)

Registro de la Propiedad de Alfaro

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO. DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN. RECTIFICACIÓN POR EL ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

No es necesario especificar las partidas de cargo y abono.

Es suficiente cumplir tres requisitos:

1. Determinación en sus líneas generales de las obligaciones a cargar o asegurar.

2. No arbitrio del acreedor respecto de la inclusión de las partidas en cuenta.

3. Y, finalmente, que se pacte el efecto novatorio de las obligaciones cargadas en cuenta, sin que se trate de una mera reunión contable.

Mediante el artículo 153 RN, el Notario puede subsanar errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los instrumentos públicos, subsanación que puede afectar incluso a elementos relevantes del negocio, cuando, pese a tal relevancia, pueda comprobarse con claridad meridiana que se trata de mero error material, por resultar así del contexto del documento y de los inmediatamente anteriores y siguientes o de escrituras y otros documentos públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y a los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado; asimismo, el Notario autorizante podrá tener en cuenta, además, los juicios por él formulados y los hechos por él percibidos en el momento del otorgamiento. Sin embargo, en el presente caso, a la vista de los términos empleados en el acta, debe concluirse que carece de la debida apoyatura documental y de base en el ámbito propio de los juicios del Notario o de los hechos por él presenciados para llevar a cabo la subsanación sin intervención de los otorgantes (en la escritura se había fijado un valor global de tasación, siendo varias las fincas hipotecadas).

Resolución de 23-7-2005

(BOE 13-10-2005)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 8

OPCIÓN DE COMPRA. NO CIERRA EL REGISTRO. PERFECCIÓN DE LA VENTA. ENTREGA: SE HA DE DEMANDAR AL ACTUAL TITULAR REGISTRAL Y NO AL PRIMITIVO CONCEDENTE.

— El derecho de opción inscrito se impone *erga omnes*, de suerte que su existencia afecta o perjudica a cualquier adquirente posterior.

— Inscrito el derecho de opción, el mismo no supone ninguna limitación o prohibición de disponer, de suerte que el titular registral puede perfectamente enajenar la finca, pero el comprador posterior toma conocimiento por el Registro de que existe una facultad preferente para adquirir a favor del optante.

— Adquirido el inmueble por un tercero, el optante puede exigir de éste (y no del concedente primitivo), como subrogado en el lugar de éste, la venta o la entrega de la cosa afectada.

— Ejercitada la opción en tiempo y forma, y a partir de la notificación de su ejercicio, la opción se consume y queda perfeccionada la venta. Si se produjo la transmisión de la finca a un tercero es a éste y no al concedente a quien hay que pedirle (en su caso judicialmente) la entrega de la cosa.

En definitiva no está bien construida, según la DG, la relación jurídica en la venta judicial efectuada: primero, porque la entrega se ha de solicitar por el optante, al actual titular registral y no al primitivo concedente, como se ha hecho. Segundo, porque a la hora de dictar la resolución judicial, ésta no puede operar la cancelación de asientos registrales que afectan a personas que no han sido demandadas. Finalmente se exige el depósito del precio obtenido a favor de los titulares de derechos inscritos posteriores.

Se rechaza, pues, que la sentencia dictada y se niega que la escritura que la recoge tengan virtualidad cancelatoria de asientos posteriores, ni tampoco efectos traditorios ni traslativos del dominio.

Resolución de 23-7-2005
(BOE 13-10-2005)

Registro de la Propiedad de Medina Sidonia

COMPRAVENTA. DE CUOTA INDIVISA YA INSCRITA SIN ATRIBUCIÓN DE USO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 79 DEL REAL DECRETO 4-7-1997.

Si el Registrador lo ha comunicado al Ayuntamiento y éste contesta advirtiendo del peligro de formación de núcleo de población, ha de estarse a lo establecido en el Real Decreto de 4-7-1997.

La nota de calificación debe estar suficientemente motivada, estimando la DGRN, en el presente caso, y siempre a su juicio, que aquí era excesivamente parca.

Nota: Si está motivada, es indiferente que la nota sea escueta y concisa.

Resolución de 23-7-2005
(BOE 13-10-2005)

Registro de la Propiedad de Zaragoza

PROPIEDAD HORIZONTAL. ACUERDOS. JUNTA. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.

Tratándose de modificar los estatutos de un edificio en régimen de propiedad horizontal y apareciendo inscritos en el Registro derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos debatidos, es necesario que dicha modificación cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 de la LPH y 13, 34 y 38 de la LH).

Resoluciones de 26(3) 27(3), 28(3), 29(3), 30(2)-7-2005
(BOE 13, 13, 13, 13, 19, 19, 20, 18, 19, 13, 12, 19, 13-10-2005)

Registro de la Propiedad de Valdemoro

INMATRICULACIÓN. TÍTULO PREVIO OTORGADO POCOS DÍAS ANTES POR SOCIEDAD EN LA QUE COINCIDEN LOS REPRESENTANTES DE LA ÚLTIMA ADQUIRENTE.

Es preciso extremar las precauciones para evitar que la documentación que acredita la adquisición por el transmitente haya sido elaborada al solo efecto de conseguir tal inmatriculación, circunstancia relevante en un caso como el presente en el que la sociedad que primero transmitió tiene como administradora única la misma persona que ostenta la misma cualidad respecto de la adquisición final.

Estas precauciones son aún más necesarias respecto de fincas rústicas sobre las que se va a iniciar un procedimiento urbanístico.

Resolución de 1-8-2005
(BOE 20-10-2005)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 10

REPRESENTACIÓN. ORGÁNICA. ADMINISTRADOR ÚNICO NO INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO DE SUFICIENCIA NOTARIALES.

Tras la entrada en vigor del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, la Dirección General estima que los actos realizados por el administrador, cuyo cargo no está inscrito en el Registro Mercantil, deben tener acceso al de la Propiedad cuando media en la escritura reseña identificativa y juicio de suficiencia notariales, considerando superadas las Resoluciones que, en su día, dictó al respecto (cfr. entre otras, las de 17-10-1997 y 23-2-2001).

Resoluciones de 2 y 3-9-2005
(BOE 19 y 20-10-2005)

Registro de la Propiedad de Villafranca del Penedés

RECURSO GUBERNATIVO. CONTENIDO DEL INFORME. *NUMERUS APERTUS*. HIPOTECA. SUJETA A CONDICIÓN CONSISTENTE EN QUE AUMENTARÁ LA RESPONSABILIDAD DEPENDIENDO DEL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS. VENCIMIENTO ANTICIPADO: PACTO ADMISIBLE E INADMISIBLE. VENTA EXTRAJUDICIAL.

Reitera que el contenido del informe debe reducirse a cuestiones de puro trámite, sin que quepa adionar argumento alguno.

Cabe la configuración de nuevos derechos reales no previstos por el legislador incluso la alteración del contenido de los previstos por el mismo, en base al principio de libertad de pacto y siempre que se cumpla con el principio de especialidad y se atemperen a la exigencia de una causa justificativa suficiente.

La hipoteca cuya cuantía aumentará dependiendo del cumplimiento de condiciones es admisible. Se considera que la situación de pendencia no afecta a la hipoteca (que ya existe) sino solamente a la cuantía, la cual queda determinada respecto de terceros señalando una cuantía máxima.

Son pactos de vencimiento anticipado admisibles los de:

— Dejar constancia de las edificaciones que se construyan en el Registro de la Propiedad.

— Pago de tributos y gastos que sean preferentes al crédito hipotecario.

Son pactos no admisibles:

— Los que posibilitarían aplicar las rentas derivadas de la administración o posesión interina a comisiones de administración.

— Los que facultan al acreedor a obtener segundas copias con garantía ejecutiva.

— La sumisión a determinados Juzgados y Tribunales.

Hipoteca de máximo y ejecución extrajudicial. Es posible pactar tal tipo de procedimiento para el supuesto de que en el momento de la ejecución se pueda determinar la cantidad por la que se lleva a cabo la ejecución.

Resolución de 5-9-2005
(BOE 18-10-2005)
Registro de la Propiedad de Melilla

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. EXCESO DE CABIDA PRACTICADO SIN INTERVENCIÓN DE LOS ACTUALES TITULARES REGISTRALES.

Los asientos del Registro, una vez practicados, están bajo la salvaguarda de los tribunales y sólo pueden ser rectificadas con consentimiento del titular o titulares registrales o mediante resolución judicial.

Resolución de 7-9-2005
(BOE 19-10-2005)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. SALVAGUARDIA DEL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

No cabe anotar la demanda cuando la finca no consta inscrita a nombre del demandado sin perjuicio de que, si el titular registral vendió la finca al demandado, según el recurrente, se presente y se despache dicho título de venta, con lo cual se removería tal defecto.

Resolución de 8-9-2005
(BOE 19-10-205)
Registro de la Propiedad de El Campello

COMPRAVENTA. TRADICIÓN. TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO. POSESIÓN.

Según la redacción equívoca de la escritura a que se refiere la Resolución, es inscribible la misma, pues ha habido tradición dominical, aunque no traspaso posesorio.

Nota: El principio de especialidad exige claridad y concreción formal en los títulos. Cuando aquél se ve cercenado o brilla por su ausencia, el Registrador se erige en intérprete de voluntades, lo que puede convertirse en un arma de doble filo.

Resolución de 10-9-2005
(BOE 19-10-2005)
Registro de la Propiedad de Villajollosa

HIPOTECA. SU CANCELACIÓN. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Para cancelar una hipoteca es necesario escritura pública otorgada por el acreedor hipotecario o bien sentencia firme en procedimiento declarativo entablado contra el mismo y, si bien hay excepciones, no lo es la del presente caso, pues de la confusa redacción del mandamiento no se desprende que se trate de un pago realizado por consignación judicial de la deuda.

No pueden tenerse en cuenta en la calificación documentos de los que se presentan meras fotocopias.

Resolución de 12-9-2005

(BOE 21-10-2005)

Registro de la Propiedad de Burgos, número 4

PROPIEDAD HORIZONTAL. TRANSMISIÓN DE UN LOCAL EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL CONSTITUIDO ANTES DE LA LEY 49/1960. INADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS A LA NUEVA LEY.

Es inscribible dicha transmisión, dada la presunción legal de igualdad de cuotas de los elementos privativos de referida propiedad horizontal, conforme al artículo 393 del Código Civil vigente al tiempo de la constitución de dicha comunidad y no existir legalmente una prohibición de disponer por falta de adaptación estatutaria. Además, la modificación de cuotas no podría realizarla individualmente el propietario, sino que requiere la intervención de todos los propietarios de la comunidad.

Resolución de 12-9-2005

(BOE 21-10-2005)

Registro de la Propiedad de León, número 2

REPRESENTACIÓN. PODERES.

Reitera la DGRN Resoluciones anteriores por todos conocidas sobre esta materia, aplicándolas también al presente caso, en la que el Registrador no puso en duda la suficiencia de las facultades del apoderado, pero sí expresó en su nota que faltaba acreditar la legitimación del mismo, al no mencionarse en el título calificado la identidad del administrador que confirió el poder y su inscripción en el Registro Mercantil o en defecto de ésta, la acreditación de la realidad, vigencia y eficacia del nombramiento de tal administrador.

Se reitera Resolución de 1-8-2005 sobre notificaciones mediante telefax al presentante y a la autoridad o Notario que expidió o autorizó el título calificado.

Resolución de 12-9-2005

(BOE 21-10-2005)

Registro de la Propiedad de San Javier

RECURSO GUBERNATIVO. EXTEMPORANEIDAD. NOTIFICACIÓN DE LA NOTA DE CALIFICACIÓN POR MEDIO DE TELEFAX. PRESUPUESTOS PARA SU VALIDEZ. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. INTERPRETACIÓN.

Dados los requisitos formales exigibles, en caso de calificación negativa, como garantía de los interesados para que sea válida su notificación por vía telemática, el interesado debe haberlo manifestado al tiempo de la presentación del título y quedar constancia fehaciente de ello, siendo difícil esto últi-

mo, dado el contenido ordinario del «reporter» del burofax. De ahí que sea de mayor garantía el empleo de correo certificado con acuse de recibo. Habiendo sido irregular la notificación practicada por telefax, el recurso se halla interpuesto dentro de plazo de la escritura. De la redacción de la escritura se deducen claramente el plazo de duración del préstamo, así como los tipos de interés aplicables a cada una de las fases del período de su devolución, por lo que es inscribible el título.

Resoluciones de 13, 14, 14, 14, 14, 15, 15, 15, 16, 17, 17, 17-9-2005
(BOE 21, 21, 21, 21, 20, 21, 21, 21, 17, 17, 21, 21-10-2005)
Registro de la Propiedad de Valdemoro

RECURSO GUBERNATIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN POR DEFECTO SUBSANABLE. SU IMPROCEDENCIA CUANDO SE ENCUENTRA SUSPENDIDA LA VIGENCIA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN POR LA INTERPOSICIÓN DE DICHO RECURSO. FE PÚBLICA REGISTRAL.

Si el plazo de vigencia del asiento de presentación se halla suspendido por la interposición del recurso gubernativo, es improcedente e inútil pedir anotación preventiva de suspensión por defectos subsanables, puesto que, en su caso, los efectos de la futura inscripción se retrotraerán a la fecha de aquel asiento, lo que evita, asimismo, la oposición de un tercero de buena fe, dado el juego del principio de prioridad.

Resoluciones de 13, 22, 23(3), 24(4), 26(4), 27(5), 28(3) y 29(4)-9-2005
(BOE 21, 27, 27, 27, 27, 27 y 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28, 28-10-2005)
Registro de la Propiedad de Burgos, número 1; Tarancón, Quintanar de la Orden, Quintanar de la Orden, Sacedón, Quintanar de la Orden, Quintanar de la Orden; Madrid, número 6; Valladolid, número 6; Albocasser, Quintanar de la Orden, Lillo; Gandía, número 1; Torrevieja, número 2; Torrevieja, número 2; Gandía, número 1; Madrid, número 4; Valladolid, número 6; Tarancón, Lillo, Valdepeñas, Álor, Santa María de Nieva; Sagunto, número 1; Madrid, número 10

REPRESENTACIÓN. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. SU CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA. CONTENIDO DE LA MISMA.

La calificación negativa exige que sea emitida en tiempo y recogiendo la totalidad de los argumentos (tempestividad) y que esté suficientemente motivada, entendiéndose por tal la que recoge los criterios jurídicos esenciales de la decisión, sin necesidad de un razonamiento exhaustivo y pormenorizado.

Cuando se recurre la calificación no cabe aducir nuevos fundamentos en defensa de la nota de calificación.

A juicio del Centro Directivo, el Registrador debe acatar sus resoluciones cuando estimen los recursos interpuestos siempre que se den dos requisitos: 1. Que estén publicadas las resoluciones en el BOE. 2. Que no hayan sido anuladas por los tribunales en resolución judicial firme publicada en dicho periódico oficial (cfr. sobre nota de la Resolución de 24-9-2005).

Reinterpretando de manera diferente la Resolución de 12-4-2002, reitera la DGRN que el Registrador debe de limitarse a calificar que el documento presentado a inscripción contiene la reseña de «modo adecuado» y que se ha incorporado el juicio notarial de suficiencia de las facultades del representante, debiendo de ser su contenido y «la calificación» hecha por el Notario, congruente con el negocio formalizado; sin que el Registrador pueda, en ningún caso, solicitar que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas, o que se le transcriban facultades o que se le testimonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico del que emanan las facultades representativas.

Registro Mercantil

POF ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resoluciones de 2, 14 y 15-7-2005
(BOE 13, 13 y 10-9-2005)
Registro Mercantil de Oviedo

RECURSO GUBERNATIVO. CIERRE REGISTRAL POR FALTA DE DEPÓSITO.

El presentante del documento no está legitimado para la interposición de recurso gubernativo.

El cierre del Registro sólo procede cuando se incumple la obligación de depositar las cuentas, y no porque no hayan sido aprobadas o formuladas.

Cabe levantar el cierre cuando, en cualquier momento, se acredite la falta de aprobación de las cuentas.

Resolución de 8-7-2005
(BOE 16-9-2005)
Registro Mercantil de San Sebastián

JUNTA. CONVOCATORIA. ANUNCIOS.

La omisión en el anuncio de convocatoria de junta de la mención a que se refiere el artículo 212.2 LSA, impide el depósito de las cuentas en el Registro.

Resolución de 15-7-2005
(BOE 13-9-2005)
Registro Mercantil de Madrid, número XVI

AUDITOR.

Los expedientes sobre nombramiento de auditores están sometidos al régimen general de los actos y procedimientos administrativos, por lo que la

resolución de la DGRN agota la vía administrativa, salvo que el Juez, ante quien en su caso se recurra, acuerde la suspensión de su ejecución como medida cautelar. Por lo que, transcurridos tres meses desde la fecha de dicha Resolución, se produce el cierre de la hoja de la sociedad.

Resoluciones de 16, 19, 20-7, y 2-8-2005
(BOE 20, 19, 20, 19-10-2005)
Registro Mercantil de Oviedo

DEPÓSITO DE CUENTAS. CIERRE REGISTRAL.

El levantamiento del cierre registral se condiciona únicamente a la acreditación de la falta de aprobación de las cuentas, que puede efectuarse mediante certificación del órgano de administración expresando la causa, cualquiera que ésta sea y sin sujeción a plazo alguno.

Resolución de 18-7-2005
(BOE 13-9-2005)
Registro Mercantil de La Rioja

ADMINISTRADOR. RENUNCIA.

Para inscribir la renuncia del administrador único debe acreditarse que éste ha procedido a convocar junta para la designación de uno nuevo.

Resolución de 25-8-2005
(BOE 30-9-2005)
Registro Mercantil de Alicante

CUENTAS. DEPÓSITO. AUDITOR VOLUNTARIO.

Existiendo auditor inscrito, aunque sea voluntariamente designado por una sociedad no obligada, no puede efectuarse el depósito de las cuentas sin su informe. Ello podría perjudicar a los socios que, conociendo su existencia, se hubieran abstenido de solicitarlo conforme al artículo 205.2 LSA.

Resolución de 26-7-2005
(BOE 20-10-2005)
Registro Mercantil de Madrid, número XVI

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. DEPÓSITO DE CUENTAS. CIERRE. NOTIFICACIÓN AL ADMINISTRADOR SALIENTE.

La convocatoria judicial no exime del cumplimiento de los requisitos establecidos legal y estatutariamente, pero cabe dar validez a la junta si se comprueba que el socio no asistente ha sido notificado judicialmente de la convocatoria.

El cierre registral por falta de depósito de cuentas impide la inscripción del nombramiento de nuevo administrador, pero no la del cese del anterior.

El acta de remisión de carta por correo no es suficiente para dar cumplimiento al artículo 111 del RRM.

Resolución de 1-9-2005
(BOE 20-10-2005)
Registro Mercantil de Toledo

ADMINISTRADOR. MANCOMUNADOS.

La forma de ejercitar el poder de representación debe quedar determinada en los estatutos, atribuyéndolo a un número determinado de administradores, a todos, a unos concretos, etc. Pero no puede quedar al arbitrio de la junta la elección del sistema concreto en el momento de efectuar la designación.

Resolución de 22-9-2005
(BOE 27-10-2005)
Registro Mercantil de Pamplona

CALIFICACIÓN.

El Registrador debe calificar que el Notario ha practicado la reseña identificativa del documento del que nace la representación, el juicio de suficiencia de las facultades del representante y la congruencia del contenido de ese juicio con el acto o negocio documentado. No puede pedir que se acompañe el documento, que se transcriban las facultades o se testimonie su contenido, ni tampoco tener en cuenta ningún medio extrínseco de calificación, tan sólo el documento presentado y lo que resulte del Registro.

ANÁLISIS CRÍTICO
DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

CAMBIO DE LOS APELLIDOS Y ALCANCE A LOS DESCENDIENTES.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos de la personalidad más importante es el derecho al nombre que se utiliza en exclusiva, y manifiesta la individualidad externa del sujeto entendido, a su vez, como una exigencia de la vida en sociedad. De ahí que el ordenamiento positivo proteja la utilización del nombre.

La identificación de las personas se realiza mediante la existencia del nombre propio y los apellidos correspondiente a los dos progenitores (anteposición del primero de los paternos, y después el de los maternos). Su regulación se encuentra en la Ley del Registro Civil.

Pero la materia de los apellidos ha sido objeto de modificación por Ley, en concreto por Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos (*BOE* de 6 de noviembre).

La *Exposición de Motivos* de dicha ley centra la modificación en evitar la discriminación sexista en el derecho al nombre de todo individuo y así: «los padres de común acuerdo (puedan) decidir el orden de los apellidos de sus hijos, en el bien entendido de que su decisión para el primer hijo habrá de valer también para los hijos futuros de igual vínculo, lo cual no impide que, ante el no ejercicio de la opción posible, deba regir lo dispuesto en la Ley».

II. ALTERACIÓN DE LOS APELLIDOS POR UN MAYOR DE EDAD. REPERCUSIONES EN EL ORDEN DE APELLIDOS DE LOS HIJOS

El artículo tercero de la citada Ley que modificó el artículo 55 de la Ley del Registro Civil posibilitó que «*alcanzada la mayoría de edad, se podrá soli-*

citar la alteración del orden de los apellidos». Si el sujeto que decide cambiar el orden de los apellidos tiene hijos, éstos se verán afectados (1).

Pero no fue la Ley (2) ni la propia Ley del Registro Civil (3), que ya contenía un supuesto cambio de apellidos, sino el Reglamento del Registro Civil el que pensó en estos supuestos prácticos concretos, aparejados a las modificaciones introducidas (4).

De esta manera para que el cambio de apellidos de una persona alcance a sus descendientes, *no sujetos a la patria potestad*, se requiere la prestación del consentimiento de estos descendientes, bien se formule en el *propio expediente*, bien dentro de los *dos meses siguientes* a la inscripción del cambio de apellido del ascendiente.

El problema señalado por la doctrina y la jurisprudencia menor de la DGRN se centra en que la interpretación del artículo 217 RRC no ha dejado de suscitar controversia por apreciarse en el mismo una contradicción en cuanto a su ámbito de aplicación con el artículo 61 LRC, en la medida en que el efecto jurídico de extender el cambio de los apellidos de una persona a los sujetos a su patria potestad y a los demás descendientes que expresamente lo consentían aparece circunscrito en la norma legal a los *cambios gubernativos* y no a *todo cambio de apellidos* a que lo extiende la norma reglamentaria.

En el artículo 61 LRC se ha querido ver, por parte de cierta doctrina, una regla general implícita conforme a la cual la alteración por cualquier motivo de los apellidos de los progenitores altera automáticamente los apellidos de sus descendientes, mayores o menores de edad, a salvo el supuesto excepcional del citado artículo 61 de la Ley referente al exclusivo caso de los cambios por virtud de autorización gubernativa.

Evidentemente esta regla chocaría con que la imposición del cambio de apellidos a hijos menores y mayores, aún en contra de su voluntad, choca con el derecho de todo individuo al nombre.

(1) Vid. Últimamente la RDGRN de 5 de julio de 2005 (*La Ley Juris.* 2036483/2005).

(2) La Ley 40/1999 en su Disposición Final única señaló que «La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*». Dentro del plazo indicado, el Gobierno procederá a modificar el Reglamento del Registro Civil, en lo que resulte necesario, para adecuarlo a lo previsto en la presente Ley».

(3) Artículo 61 LRC: «El cambio gubernativo de apellidos alcanza a los sujetos, a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consentían».

(4) Artículo 217 RRC: «Todo cambio de apellidos alcanza a los sujetos, a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consentían».

Para que alcance a estos descendientes, se requiere la inscripción de su consentimiento, formulado bien en el expediente, bien dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del cambio y con sujeción a las reglas formales de reconocimiento ante el encargado.

El encargado competente para la inscripción de cualquier acto que implique cambio de nombre o apellidos lo comunicará, en cuanto afecte a mayores de dieciséis años, a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior y al Registro Central de Penados y Rebeldes. También podrá comunicarlo, en su caso, a las autoridades de Policía del país extranjero en que residen los alcanzados por el cambio. La Dirección General de los Registros y del Notariado puede ordenar otras comunicaciones». (Artículo redactado por Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil.)

Por ello la doctrina postuló ya antes de la reforma reglamentaria de 1986 una interpretación correctora del artículo 61 LRC, en el sentido de extender el ámbito de la exigencia del consentimiento de los hijos mayores de edad a todos aquellos supuestos en que el cambio del apellido del ascendiente no estuviese vinculado a un cambio civil de filiación de la persona. Así podría coordinarse el artículo 217 RRC y el 61 LRC en cuanto a los cambios derivados de la propia voluntad del ascendiente, como sucede en el presente caso en que el cambio ha tenido lugar por la solicitud de inversión a que faculta el artículo 109 del Código Civil, modificado por Ley 40/1999.

III. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA ALTERACIÓN DE LOS APELLIDOS POR LOS HIJOS

En el supuesto de que el padre hubiera inscrito la inversión de apellidos con fecha 1 de septiembre de 2003, solicitada previamente, y si no consta el consentimiento inicial de los hijos mayores de edad en la alteración de los apellidos, puede haberse extralimitado el plazo de dos meses señalado reglamentariamente por el artículo 217. Precepto que recordemos señala que «...para que alcance a estos descendientes (mayores de edad) se requiere la inscripción de su consentimiento, formulado bien en el expediente, bien dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del cambio y con sujeción a las reglas formales de reconocimiento ante el encargado». De esta manera los hijos, ya mayores, podrán solicitar el cambio de apellido por medio de otro expediente.

IV. NOTIFICACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DEL ORDEN DE APELLIDOS DEL PADRE A LOS HIJOS

La notificación del cambio y de su inscripción a los descendientes no es obligatoria, y sin entrar en la conveniencia de tal notificación, la misma no está prevista en el específico procedimiento registral regulado reglamentariamente.

La inexistencia de dicho trámite se argumenta en el hecho de que tal información debe quedar confiada al ámbito de la comunicación familiar. Y, sobre todo por la consideración de la *propia eficacia de la publicidad registral*, como sucede en otros ámbitos de nuestro Ordenamiento Civil registral (art. 1.524 del Código Civil en materia de retracto legal).

V. ¿CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN DEL CAMBIO DE APELLIDOS?

Las inscripciones del Registro Civil son obligatorias, pero de carácter meramente declarativo, ya que generalmente constatan, declaran y publican un hecho o acto de estado civil producido extrarregistralmente. Esta naturaleza de los asientos del Registro Civil resulta congruente con su eficacia jurídica que es probatoria y legitimadora, pero no constitutiva del estado civil de la persona.

Sin embargo, hay algunos casos excepcionales en los que la inscripción, además de aquel valor probatorio y legitimador, tiene un valor constitutivo, porque se configura como requisito esencial o *sine qua non* del cambio de

estado civil, de tal modo que éste no existirá jurídicamente hasta que el asiento se practique, asiento que pasa en estos casos a la categoría de elemento *constitutivo ad solemnitatem*. Y entre tales casos se encuentran las inscripciones marginales relativas a las autorizaciones gubernativas de cambio de nombres o apellidos, conforme al artículo 62 de la Ley del Registro Civil. Y por analogía cualquier cambio de apellidos (217 RRC).

Desde esta perspectiva, desde donde se opera un cambio en el Registro con carácter constitutivo y que indirectamente puede afectar a terceros, como el caso que nos ocupa, y conectándolo con la idea con la que comenzábamos este comentario de que el derecho al nombre, derecho propio de la personalidad del individuo tiene una trascendencia social, entendemos que no estaría de más que en este supuesto se introdujese, dentro del procedimiento registral, la necesidad de notificación del cambio de apellidos del padre a los hijos.

RESUMEN

CAMBIO DE APELLIDOS

El padre puede cambiar el orden de sus apellidos y solicitar que dicha inversión se realice en la inscripción de su matrimonio. En el supuesto de existir hijos mayores de edad deben ser notificados para que manifiesten lo que crean oportuno en relación a la modificación o no de sus apellidos. Pero esta modificación tiene un plazo de dos meses desde la inscripción del cambio. Una vez transcurrido dicho plazo, los hijos pueden promover el expediente de cambio de apellidos.

ABSTRACT

SURNAME CHANGE

A parent can switch the order of his or her surnames and apply to have them reversed in the entry registering his or her marriage. If there are any children of full legal age, they must be notified so that they can submit any statements they see fit in connection with the modification, or non-modification, of their surnames. But this change has a two-month deadline from the time the change is registered. After that deadline, the children can file for a surname-change proceeding.

1.2. Derecho de Familia

RUPTURA UNILATERAL DE UNA UNIÓN NO MATRIMONIAL: EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE INDEMNIZACIÓN A FAVOR DE UNO DE LOS CONVIVIENTES.

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, con la proliferación de las uniones no matrimoniales y sobre todo de sus rupturas, han surgido una multiplicidad de problemas

tanto en el ámbito personal como en el ámbito económico. Cuestiones que en unos casos han llegado hasta el Tribunal Constitucional (1), y en otras ha sido el Tribunal Supremo el que ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto.

El criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se centra en la utilización de varias técnicas: la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.

Por otro lado, la *doctrina científica* moderna ha abordado a fondo el problema y partiendo de la base de afirmar que la ruptura de la relación puede generar perjuicios a uno de los miembros de la pareja, afirma que, del mismo modo que la pareja comenzó la convivencia libremente, también la ruptura debe ser libre. Ruptura que no implica el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, el cual crea derechos y obligaciones durante su vigencia y al término de la misma.

Se considera que la figura de la acción de enriquecimiento injusto puede, en la práctica, ser vía adecuada para la obtención de indemnizaciones tras la ruptura de la unión de hecho, siempre que concurren los requisitos que la jurisprudencia tiene delimitados para que juegue la misma.

También debe tenerse presente las soluciones aportadas por el Derecho Comparado (2).

Ante la multiplicidad de cuestiones, la jurisprudencia ha dictaminado diversas soluciones. Posturas que podríamos resumir en:

a) Las que *niegan efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja* para el caso de ruptura. Los efectos económicos serán únicamente los que hayan previsto mediante pacto, con la misma libertad con

(1) El *Tribunal Constitucional* ha dictado Resoluciones que se pueden encajar en dos grupos: uno en el que se reconocen derechos en materia de arrendamientos urbanos e indemnizatorios [SSTC 6/1993 (*La Ley Juris.* 4083-JF/0000), 47/1993 (*La Ley Juris.* 2129-TC/1993), 155/1998 (*La Ley Juris.* 8263/1998) y 180/2001 (*La Ley Juris.* 7431/2001)], y un segundo grupo que rechaza la equiparación en materia de pensiones [SSTC 66/1994 (*La Ley Juris.* 58353-JF/0000), 222/1994, 39/1998 (*La Ley Juris.* 3487/1998), 47/2001 (*La Ley Juris.* 2145/2001), 77/2004 (*La Ley Juris.* 1904725/2004) y 174/2004].

(2) En el ámbito del *Derecho comparado*, en general se puede decir que la regulación de las uniones de hecho se circunscribe a las parejas de hecho homosexuales, y así, Ley danesa, de 7 de junio de 1989, sobre «Registro de Parejas de Hecho homosexuales», equiparada al matrimonio heterosexual. Ley noruega, de 1 de agosto de 1993, sobre «Registro de Parejas de Hecho homosexuales», equiparada al matrimonio heterosexual. Ley sueca, de 23 de junio de 1994, sobre «Registro de Parejas de Hecho homosexuales», equiparada al matrimonio heterosexual. Ley holandesa, de 1 de enero de 1998, sobre «Uniones Civiles» —Registro de Parejas de Hecho homosexuales equiparada al matrimonio heterosexual—. Pero hay leyes que prácticamente equiparan la unión de hecho al matrimonio; así, la Ley belga, «Loi instaurant la cohabitation legale», de 23 de noviembre de 1998, que se remite al artículo 1.253 del Code judiciaire. La Ley francesa, «Loi sur pacte civil de solidarité et du concubinage», de 13 de octubre de 1999. La Ley alemana, «Ley de Parejas de hecho», de 1 de agosto de 2001.

la que decidieron unirse y con los límites generales del artículo 1.255 del Código Civil.

Ante dichas posturas, el TS entiende que se fomentaría con ella la madurez y autorresponsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social huyendo de soluciones paternalistas y de principios generales fáciles en su formulación, pero de muy difícil fundamentación constitucional y legal, por no decir francamente inconstitucionales e ilegales.

b) Las que *niegan efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja*, pero con el reconocimiento de efectos jurídicos de la ruptura unilateral aunque *derivados* de las uniones de hecho.

No es descartable tampoco que puedan darse casos de auténtico enriquecimiento injusto o sin causa, pero esa falta de causa nunca podrá identificarse con la libre decisión de unirse a otra persona sin casarse y formar una relación de convivencia de múltiples variables. Finalmente, no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del artículo 1.902 del Código Civil, pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos sus requisitos, y, naturalmente, rechazando que la simple decisión de ruptura, aun sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago.

c) Las posiciones que permiten en general la *posibilidad de reclamación indemnizatoria*, con fundamento en la fuerza expansiva de la norma, lo que permitirá la aplicación de los artículos 96, 97 y 1.438 del Código Civil, a través de la analogía existente entre el matrimonio y las uniones de hecho como instituciones comprendidas dentro del Derecho de familia.

II. COMPENSACIÓN O INDEMNIZACIÓN

La unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque las dos estén dentro del Derecho de familia. Además, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que *la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*.

Por ello debe huírse de la aplicación por *analogía legis* de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del Código Civil, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Puede resultar paradójica la imposición de una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.

Por otro lado no debe excluirse la aplicación del derecho resarcitorio para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado en los supuestos de una disolución de una unión de hecho. Es decir, todo el nudo de la cuestión se centra en determinar si, en los casos de ruptura de una unión de hecho, sea por consenso o por decisión unilateral, se puede derivar una *compensación* o una *indemnización*.

Dentro del ámbito del derecho resarcitorio habrá que recurrir a la técnica de la *analogía iuris*, es decir, partir de una serie o conjunto de normas y tratar

de deducir de ellas un principio general del Derecho. Últimamente el TS (3) entiende que debe acudir al principio general del Derecho —art 1.1 del Código Civil— y a la figura del *enriquecimiento injusto* recogida en el artículo 10.9 y 1.887 del Código Civil, que siempre servirá como «cláusula de cierre» para resolver la cuestión (4).

La *compensación* que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Cabe cuestionarse si estos rasgos definitorios de la base o causa de la compensación, hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia *more uxorio* en la que, por hipótesis, ni un cónyuge ni el otro se obligaron o vincularon a una vida en común.

En todo caso habrá que estar al supuesto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones de facto de las que, por la vía de los *facta concludentia* se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la «pérdida de oportunidad», que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de «empeoramiento» que ha de calificar el desequilibrio.

Podría entenderse que la mujer, en razón a la convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones, ni sufre de minusvalía o enfermedad alguna. O que incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio. Desde esta perspectiva el TS, en esta última sentencia de 12 de septiembre de 2005, entiende que por ello no se puede hablar de un *empobrecimiento* de la mujer, y si el conviviente ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada puede ser debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad. Y en base a estos argumentos establece que ni por la técnica del *enriqueci-*

(3) STS de 12 de septiembre de 2005. Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

(4) Y así lo recogen las sentencias de la Sala Primera, de 13 de diciembre de 1991 (*La Ley Juris.* 2528-JF/0000) y 4 de junio de 1993 (*La Ley Juris.* 854-5/1993). Y en concreto la ya mencionada de 17 de junio de 2003 (*La Ley Juris.* 2417/2003), que afirma que se desprende una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*in quantum locupletiores sunt*). El enriquecimiento se produce, no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*damnum cessans*). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamenta la situación. La causa (en el sentido de «razón» o «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa —como sostiene un importante sector doctrinal— que un *concepto-válvula* para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable.

miento injusto, que se admite como base genérica para determinar una indemnización en una disolución de una unión de hecho, ni por la *fuerza expansiva del Derecho* que permite la aplicación del artículo 97 del Código Civil, que no se admite como tal base genérica, puede estimarse la *pretensión indemnizatoria* de la parte actora. Y de ahí que concluya declarando improcedente la indemnización solicitada por la mujer.

III. FUNDAMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN: BASADO EN EL PRINCIPIO GENERAL DE PROTECCIÓN AL PERJUDICADO

Como hemos partido anteriormente, ante la falta de regulación de las parejas de hecho en algunos territorios de España, el TS ha tenido que mediar en aquellos conflictos surgidos tras la ruptura de la convivencia cuando previamente las partes no han pactado la solución del problema (5).

El *fundamento* de la indemnización, tras la ruptura de la convivencia, se ha motivado por la jurisprudencia en diferentes *principios*:

- La responsabilidad extracontractual ex artículo 1.902 del Código Civil (sentencia de 16 de diciembre de 1996);
- en la pensión compensatoria aplicando analógicamente el artículo 97 del mismo Código (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002);
- entendiéndolo que medió una comunidad (sentencias de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993, 29 de octubre de 1997);
- en la doctrina del enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001);
- bien relacionándola con el principio general del derecho de protección del perjudicado y evitar el perjuicio injusto (sentencias de 17 de enero de 2003, 17 de junio de 2003 y 23 de noviembre de 2004).

Otra postura consiste en *evitar el perjuicio injusto y proteger al que aparece perjudicado*, pues una persona, tras una larga convivencia, no puede quedar apartada de todo beneficio económico o aumento patrimonial que se haya producido durante la misma. Tras la convivencia, no puede uno de los convi-

(5) En Derecho Comparado existen dos grandes grupos de ordenamientos jurídicos:

- Los que admiten el pacto formal entre convivientes y a partir de aquí establecen unos determinados efectos, como ocurre en Francia, después de la Ley de 15 de noviembre de 1999, que introdujo el «pacto civil de solidaridad» (PACS), aunque mantuvo el concubinato como relación puramente de hecho, es decir, sin pacto formal, al que la jurisprudencia francesa ha reconocido sólo efectos cuando concurren los requisitos del enriquecimiento sin causa (sentencia de 15 de octubre de 1996).
- El otro modelo es el que se recoge en las legislaciones nórdicas y en Alemania, donde, por respeto a la libertad de las personas respecto al derecho a contraer matrimonio, se atribuyen a las uniones de hecho unos efectos mínimos que se ponen de manifiesto en la ruptura y que se aplican al margen de la voluntad de las partes. Este modelo, que no tiene mucho predicamento en Europa, ha inspirado las Leyes 10/1998, de Cataluña, y 18/2001, de las Islas Baleares, que recogen, sin embargo, un esquema más intervencionista.

vientes retener para sí todo beneficio o aumento del patrimonio que se ha producido (6).

El problema de la indemnización se centra en que debe valorarse la realidad del valor doméstico y la dedicación a la familia que ha realizado la mujer. Y no de realizar una valoración económica de cada uno.

La mujer debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido un empobrecimiento, sino que en aquella convivencia ha habido importantes aumentos patrimoniales y donde ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar no la deje al margen de todo el beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte conviviente.

IV. FUNDAMENTO DE LA COMPENSACIÓN: ANALOGÍA CON OTROS SUPUESTOS DE AUSENCIA DE RÉGIMEN

El otorgamiento de la pensión compensatoria no significa necesariamente aplicar analógicamente las reglas del matrimonio, ni tampoco las del enriquecimiento injustificado. Existen tres razones para llegar a esta conclusión (7):

- a) Que sólo se contempla la ruptura del matrimonio o la disolución de la unión de hecho.
- b) Que existe una semejanza evidente entre la ruptura del matrimonio y la disolución de la unión de hecho, aunque hay una diferencia esencial: la falta de régimen económico en estas situaciones no formales, que sin embargo, puede semejarse al caso que se haya pactado un régimen de separación de bienes.
- c) Que la compensación, independientemente del enriquecimiento injustificado, está ya contemplada en otros supuestos, además del artículo 97 del Código Civil: el artículo 98 del Código Civil, que aplica el mismo principio de compensación en la nulidad del matrimonio, es decir, cuando no ha habido relación matrimonial por concurrir causa de nulidad, y el artículo 1.438 del Código Civil, cuando existe régimen de separación de bienes, es decir, falta de comunidad o, lo que es lo mismo, lo más parecido a la falta de régimen.

Los supuestos existentes en estas normas del Código Civil se dan en el caso objeto de análisis:

- a) la cesación de la convivencia;
- b) el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación, ya sea matrimonial o no matrimonial, y

(6) Vid. el voto particular del Magistrado Don Xavier O'Callaghan Muñoz, quien se mantiene en esta postura y postula que «en este sentido no se han infringido las normas del Código Civil, sino también la jurisprudencia reiterada de la Sala sobre la cuestión de las consecuencias económicas de la ruptura de la unión de hecho, de la que se aparta la sentencia de la que se disiente».

(7) Argumento central del Voto Particular de los Magistrados don José Ramón Ferrándiz Gabriel y doña Encarnación Roca Trías. Ambos Magistrados discrepan respetuosamente de la argumentación contenida en la sentencia, distinguiendo la compensación y el enriquecimiento injustificado.

- c) la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Sólo cuando se den estas circunstancias podrá acordarse la compensación.

Los *requisitos del enriquecimiento* difieren sustancialmente de los que el Código Civil exige en los artículos 97 y 1.438 para que pueda operar la *compensación*. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, pensamos que no deben confundirse:

- a) la *compensación* por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad. Concurriendo estos requisitos, podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho por analogía con el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el artículo 97 del Código Civil;
- b) el *enriquecimiento injustificado* supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia.

En conclusión, la solución a esta cuestión sigue sin ser unánime, pues mientras que la Sala entiende que no hay un empobrecimiento de la mujer conviviente y por consiguiente no procede la indemnización en base a la doctrina del enriquecimiento injusto, se alzan voces discrepantes.

Diferencias centradas en la valoración del *valor doméstico* y en la *pérdida de costos de oportunidad* y no simplemente de la valoración económica de cada uno de los convivientes que conlleva a la protección del perjudicado, que lo es más tras una larga convivencia.

RESUMEN

UNIÓN DE HECHO

Toda ruptura de la convivencia produce una serie de efectos tanto en el plano personal como en el económico. Problemas que se ven incrementados en el supuesto de que esta ruptura sea de una unión no matrimonial; tenga lugar en una Comunidad Autónoma donde hay un vacío legislativo porque no se ha promulgado Ley alguna sobre las uniones de hecho; y, sobre todo, porque los convivientes no han realizado previamente un pacto previo de su unión conforme al artículo 1.255 del Código Civil.

ABSTRACT

COMMON-LAW UNION

Any break-up leads to a series of effects, in both personal and economic terms. Such problems are increased when the union breaking up is a non-matrimonial one, when the break-up takes place in an autonomous community where no laws on de facto unions have been enacted and therefore there is a legislative vacuum, and above all when the parties have not made a pre-union agreement under article 1,255 of the Civil Code.

1.3. Derechos reales

CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE FIANZA QUE ASEGURA, A SU VEZ, UN CRÉDITO HIPOTECARIO CUANDO AMBAS HIPOTECAS RECAEN SOBRE LA MISMA FINCA.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema que se va a analizar es el de la posibilidad y consecuencias de la inscripción de una hipoteca en garantía de deuda futura (fianza), mediante la cual se asegura el pago de las mensualidades derivadas de un préstamo hipotecario que se documenta en una escritura inmediatamente anterior, en el caso de que los deudores principales no puedan cumplir esta obligación, a la vez que se asegura la satisfacción de la entidad garante frente a estos últimos mediante nueva hipoteca de máximo sobre la misma finca que anteriormente ha sido hipotecada en garantía del referido préstamo.

¿Es posible esta inscripción?

Existen dos posturas distintas que ofrecen soluciones diversas:

1. La postura de los que consideran que, de acuerdo con el principio de especialidad, no es posible que una misma obligación sea garantizada con dos hipotecas, porque en caso de ejecución judicial, la entidad garante quedaría subrogada en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho, por lo que el mismo crédito estaría garantizado con dos hipotecas, mientras que, de producirse el pago por la entidad garante fuera del procedimiento judicial, la aplicación de los artículos 1.210, 1.211 y 1.213 del Código Civil llevaría a producir la subrogación en los mismos términos.
2. Los que entienden que se trata de dos hipotecas en garantía de dos obligaciones distintas; una en garantía de un préstamo y otra en garantía del derecho del fiador para el caso de que éste tuviera que pagar la obligación derivada del préstamo. Pero no puede entenderse que ambas hipotecas garanticen la misma obligación, ya que están constituidas a favor de personas distintas, tienen distinta causa (mutuo y garantía de deuda futura) y tienen distinto contenido. Que puede ocurrir que el fiador pague la deuda y se subrogue en los derechos del acreedor, pero que también puede que no ocurra así, ya que difícilmente puede producirse la ejecución de la hipoteca previamente inscrita porque, en caso de pagar el fiador ante el incumplimiento del deudor principal, no podrá interponerse la ejecución por parte del acreedor principal, y en caso de impago por el fiador, el acreedor, puede dirigirse contra los deudores.

Lo que subyace en ese problema es la propia naturaleza jurídica de la fianza, pues, según se mantenga una u otra tesis respecto de la misma, la solución registral variará.

En efecto, si la fianza constituye una relación absolutamente dependiente y subordinada a la relación principal que asegura, sin autonomía respecto de la misma, de forma que ambas obligaciones se confunden cuando el fiador debe proceder al pago de la obligación principal, subrogándose en la posición del acreedor, no será posible constituir una hipoteca en garantía de dicha obligación, puesto que llegado el momento del pago por el fiador se identifica con la obligación principal, existiendo dos hipotecas para una misma obligación, para la misma relación jurídica obligacional. Y esto no es posible por el principio de especialidad, que recoge como base del mismo el axioma: una obligación una hipoteca.

Sin embargo, si se mantiene la postura de que la fianza, aunque subordinada a la principal, constituye una obligación independiente de la misma, sí será posible constituir una hipoteca que garantice la obligación de fianza, pues dos obligaciones distintas tienen como garantía distintas hipotecas.

La Dirección General, en la Resolución de 4 de marzo de 2005 mantiene esta segunda tesis, más moderna y acorde a los tiempos, sobre todo por la nula e importante función económica que desempeña la fianza en nuestros días. En concreto, después de afirmar que la fianza constituye una obligación independiente de la obligación principal que asegura, fundada en su innegable y autónoma función económico-social, superando las viejas tesis a favor de la existencia de un único vínculo obligacional con dos deudores distintos, el Centro Directivo concluye, basándose en esa premisa, que la existencia, contenido y posibilidad de modificación y extinción de ambas obligaciones es independiente, aunque siempre esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesorio.

Por todo ello, continúa el Centro Directivo, la obligación del fiador, al ser independiente, puede ser garantizada con hipoteca, que garantiza al fiador que paga la realización de su crédito contra el deudor principal directamente sobre la finca hipotecada y con preferencia a cualquier otro acreedor posterior. No hay que olvidar, añade la Dirección General, que el derecho del fiador que paga tiene un contenido más amplio que el del acreedor principal, pues es un vínculo obligatorio distinto, ya que el fiador podrá reclamar, desde luego, lo satisfecho al acreedor (y aquí le puede interesar la subrogación en su lugar), pero también puede reclamar todos los conceptos a los que se refiere el artículo 1.838 del Código Civil (intereses legales, gastos, daños y perjuicios) que quedan fuera de la cobertura subrogatoria. Por todo ello, puede afirmarse la conveniencia y utilidad de una hipoteca en garantía de esta obligación distinta. Aunque no puede olvidarse el carácter subordinado y accesorio de la fianza, lo que determina una interconexión con la obligación principal, que se manifiesta en la posibilidad de subrogación del 1.839 del Código Civil, sin que por ello puedan confundirse ambas obligaciones.

Por lo tanto, la Dirección General afirma la independencia de ambas obligaciones, las dos relaciones no se confunden entre sí, como lo demuestra la subsistencia de los diferentes derechos que por efecto del pago corresponden al fiador; pero a la vez no se puede olvidar la relación de subordinación entre ambas, lo que facilita la subrogación del fiador en la posición del acreedor, sin que por ello deje de tener sentido la hipoteca del fiador. Pues su existencia y supervivencia de la del acreedor cobra vida en los supuestos por

ejemplo, en que el fiador decida no subrogarse en la posición del acreedor, o cuando la hipoteca preferente llegue a desaparecer por efecto distinto del pago y no dependiente de la voluntad del acreedor (vgr., vencimiento, plazo o consolidación), que permite la cancelación de dicha hipoteca sin el consentimiento del fiador.

La tesis del Centro Directivo es muy clara, sin embargo, conviene analizar la evolución doctrinal y jurisprudencial en torno a este tema para sacar nuestras conclusiones.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIANZA

La fianza como garantía de una obligación principal, ajena, que es, en definitiva, lo que constituye su esencia, constituye una obligación nueva y distinta, con autonomía propia de aquella a la que asegura. En este sentido, y con las palabras claras de GUILARTE (1), podemos decir que «en la fianza dicha función de asegurar el cumplimiento de una obligación ajena se desenvuelve mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio con contenido propio y específica causa de garantía. El fiador, pues, al asumir su propia obligación distinta aunque accesoria de la garantizada, somete su patrimonio a la eventual ejecución del acreedor principal si el deudor fiado no cumple... Debe precisarse que el fiador no es el deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia; y que cuando paga, cumple su propia obligación y no la del deudor principal, aunque mediante tal cumplimiento satisfaga el interés del acreedor». Con palabras parecidas, LACRUZ BERDEJO (2) asegura que «el fiador es un verdadero obligado, siquiera en garantía de una deuda ajena», y continúa añadiendo que la obligación del fiador es verdadera obligación y distinta de la principal: puede estar sujeta a propias determinaciones y limitaciones, asegurada con garantías específicas, modificarse o extinguirse por causas propias, independientemente de la obligación garantizada (vid. art. 1.847 del Código Civil)».

Quedan superadas de esta forma, viejas tesis que, para explicar la peculiar naturaleza de la fianza, abogaban por la existencia de una sola obligación con dos deudores, pues se consideraba que el fiador asumía la misma deuda que el obligado principal; o aquellas que encuadran a la fianza como un supuesto de responsabilidad sin deuda.

El fiador es un deudor nuevo y distinto del deudor principal; su obligación (fianza) no es la misma que la que asegura, aunque, como bien matiza LACRUZ, es idéntica que la debida por el deudor, pues nunca puede ser de distinta naturaleza que aquella (STS de 30 de octubre de 1984). Son, por tanto, cualitativamente iguales, aunque pueden diferir en la cantidad y en las circunstancias que la determinan, como condiciones o término.

Pero, a pesar de ser dos obligaciones diferenciadas, entre ellas hay una ligazón que no puede olvidarse, y que, asimismo, termina por caracterizar a

(1) Véase GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1782, y en «Comentario del artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, Edersa, 1974, págs. 7 y sigs.

(2) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, ed. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 336.

la fianza; pues aunque diferente a la principal, es accesoria y subsidiaria de la misma.

1. ACCESORIEDAD

Prácticamente la doctrina no discute este rasgo, sino que es comúnmente aceptado por todos. Es cierto, para que exista la obligación fideiusoria tiene que existir la obligación cuyo cumplimiento asegure, pues esto no es sino consecuencia de su propia función de garantía. Lo corrobora el hecho de que el artículo 1.824 del Código Civil lo diga claramente: «La fianza no puede existir sin una obligación válida», y lo confirman los artículos 1.826, 1.828, 1.847 del Código Civil. El Tribunal Supremo ha mantenido continuamente la nota de accesoriadad de la fianza en las siguientes SSTs: 25 de febrero de 1954, 21 de marzo de 1962, 3 de junio de 1968, 16 de junio de 1970, 2 de junio de 1976, 14 de diciembre de 1982, 11 de junio de 1984, 30 de octubre de 1984, 26 de diciembre de 1986, 10 de abril de 1987, 2 de diciembre de 1988, 19 de mayo de 1990, 4 de mayo de 1993 y 5 de febrero de 1999.

La accesoriadad de la fianza está en íntima relación con la función de garantía de la misma, pues es consecuencia lógica que si garantiza una determinada obligación, no pueda existir sin aquélla. Es más, la relación de accesoriadad se explica como una dependencia funcional al vínculo fiado, como dice GUILARTE (3), y precisamente, añade este autor, la subordinación propia de cualquier relación accesoria se justifica en la fianza por su servicio al mismo fin perseguido por la obligación principal, pero, a diferencia de otros casos de accesoriadad, «el subordinado no llega a fundirse, siendo posible en todo momento identificar las dos relaciones obligatorias que integran un fenómeno complejo pero sometidas a un régimen propio y distinto».

Es decir, el hecho de que la fianza sea accesoria de la obligación que asegura, no impide la diferenciación de las mismas.

2. SUBSIDIARIEDAD

La obligación fideiusoria es subsidiaria de la que garantiza. Esta característica ha sido discutida por parte de la doctrina, y en relación a la misma existen tres posturas diferenciadas (4). En primer lugar, la de aquellos que niegan tal carácter a la fianza por entender que subsidiario equivale a condicional o eventual, cosa que no es la fianza. La segunda tesis aboga por aceptar el carácter subsidiario de la fianza, identificándolo con el beneficio de excusión, en el sentido de que el fiador sólo deberá cumplir su obligación si el deudor no cumple la suya, siendo posible su renuncia. La tercera tesis afirma que la subsidiariedad es esencial a la fianza, pero no se identifica únicamente con el beneficio de excusión, sino que acompaña siempre a la fianza, pues, aunque no se ejercitase el beneficio de excusión por el fiador, tal y como

(3) Véase GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., pág. 16.

(4) Véase el desarrollo de estas tres tesis, ampliamente expuesto por GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ob. cit., págs. 17-19.

mantiene GUILARTE (5), «su obligación es de grado distinto y posterior a la del deudor principal porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación, siendo en todo caso relevante, no que el fiador pague antes o después que otro, sino que lo hace en lugar de otro».

La subsidiariedad es, por tanto, nota tipificadora y esencial de la fianza, pero esto tampoco niega, ni contradice la tesis, desde aquí sostenida, de la existencia de dos obligaciones diferenciadas entre la principal y la fideiusoria, sino, más bien al contrario, pues su carácter subsidiario implica precisamente la existencia de otra obligación anterior.

3. RECAPITULACIÓN

La obligación en que consiste la fianza es distinta de aquélla que garantiza, pues existen dos vínculos obligacionales distintos, tal y como hemos dicho, y corroboran los siguientes hechos:

- Aunque hubiera incumplimiento de la obligación principal, y el deudor fiador tuviera que proceder al pago de la misma, no estaría sino cumpliendo con su propia obligación subsidiaria, que, como también hemos dicho, no tiene porque coincidir exactamente en la cantidad, y puede estar sometida a plazos o condiciones distintas de la principal.
- Una vez pagada la obligación principal, el deudor fiador puede subrogarse en la posición del acreedor (art. 1.839 del Código Civil), como dice la STS de 14 de noviembre de 1981: «Al fiador corresponde, en virtud de la subrogación operada, la acción que asistía al acreedor pagado». Parece admitirse por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que al fiador corresponde tanto la acción de subrogación como la de reembolso (SSTS de 11 de junio de 1972, 14 de mayo de 1984, 29 de mayo de 1984, 11 de junio de 1984 y 13 de febrero de 1988); pero el importe que puede reclamar como consecuencia del reembolso, del deudor principal es distinto del de la obligación asegurada y debida por el deudor, pues incluye: según el artículo 1.838 del Código Civil: la cantidad total de la deuda; los intereses legales de ella; los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para pago, y los daños y perjuicios cuando procedan. Por otra parte, la subrogación del fiador en la posición del acreedor se entiende que lo es en todos «los derechos que el acreedor tenía frente al deudor», por lo que, en principio, también le corresponden las garantías y privilegios que aquel tenía frente al deudor.

Es en este caso, como el de la Resolución que se ha citado (Resolución de 4 de marzo de 2005), si el fiador está garantizando una obligación hipotecaria, si se subroga en la posición del acreedor, y a su vez garantizaba su obligación con una hipoteca, si al adoptar la posición del acreedor y la hipoteca a su favor, cuando se plantea si existen dos hipotecas sobre un mismo crédito.

(5) Véase GUILARTE ZAPATERO, V., «Comentario al artículo 1.822», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, ob. cit.*, pág. 19, y el desarrollo de estas tres tesis, ampliamente expuesto por este autor en las págs. 17-19.

III. CONSECUENCIAS REGISTRALES DE LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA EN GARANTÍA DE FIANZA, QUE A SU VEZ ASEGURA UN CRÉDITO HIPOTECARIO

Si a consecuencia de todo lo explicado, no cabe duda de que la fianza es una obligación distinta de aquella que asegura, aunque accesoria y subordinada, no puede existir problema alguno en que se constituya para garantizar una hipoteca, pues existe una obligación distinta y autónoma con una hipoteca que la garantiza.

Hasta aquí todo normal. Pero resulta que la hipoteca que asegura la obligación fideiusoria recae sobre la finca ya hipotecada por el deudor principal, se plantea el problema de si el fiador decide ejercitar su derecho de subrogación, al ponerse en la misma posición del acreedor hipotecario, nos encontramos con una misma obligación y dos hipotecas. Aunque se subrogarse en tal posición, no podemos mantener la existencia de una misma obligación, pues ya hemos demostrado que son dos obligaciones distintas las garantizadas, pues como dice la Dirección General (6), el fiador puede ejercitar «directamente frente al deudor un derecho propio que deriva exclusivamente de la relación de fianza», como se ve en la posibilidad clara de ejercitar la acción de reembolso, y por cantidades distintas que la propia obligación principal.

Y aunque sólo existiera la posibilidad de la subrogación, tampoco podríamos concluir la identidad de obligaciones, pues, como bien señala el Centro Directivo, si por ejemplo el deudor utiliza la subrogación una vez comenzado el procedimiento de subastas de inmuebles, el fiador conserva su hipoteca, al igual que ocurre cuando un acreedor posterior al actor paga la deuda antes del remate, que conserva su hipoteca posterior sin alteración del orden (arts. 1.158 y 1.210 CC y 659.3 LEC).

RESUMEN

HIPOTECA EN GARANTÍA DE FIANZA

¿Puede constituirse una hipoteca en garantía de fianza, que asegura, a su vez, un crédito hipotecario? Según se considere que la fianza es una relación jurídica independiente de aquella que garantiza, o se crea que se trata de la misma obligación, las respuestas serán distintas.

ABSTRACT

MORTGAGE TO SECURE A BOND

Can a mortgage be made to guarantee a bond that is in turn used as collateral for mortgage credit? Depending on whether the bond is considered to be a legal relationship independent of the relationship it secures or whether it is believed to be part and parcel of the same obligation, the answers will differ.

(6) Véase RDGRN de 4 de marzo de 2005.

EXAMEN DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL HACIA LA ADMISIÓN DE UN NUMERUS APERTUS EN LOS DERECHOS REALES Y SU ESTRECHA RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija

I. PLANTEAMIENTO

Al hilo de las últimas Resoluciones de la DGRN (1), proclives a la admisión de nuevas figuras de un derecho real, conviene que repasemos la evolución doctrinal, inicialmente proclive al *numerus clausus*, y su giro hacia el *numerus apertus*. Una vez admitida ésta, hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener y su estrecha relación con el principio de especialidad.

II. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*

Ésta ha sido una tesis mantenida tradicionalmente por la doctrina, pues, efectivamente, las especiales características de los derechos reales, que generan en los sujetos pasivos un deber especial de respeto o abstención, y el poder inmediato que confieren a su titular, provocan que parte de la doctrina se incline por restringir el número de los mismos, a los expresamente contemplados en los cuerpos legales. Es decir, al tratarse los derechos reales de una cuestión de orden público, no es posible dejar al arbitrio de un particular la creación de nuevas figuras, pues conllevaría un caos y una inseguridad jurídica incompatible con el tráfico jurídico.

En este sentido, los defensores del *numerus clausus* en la doctrina más relevantes son HERNÁNDEZ GIL y SERVAT (2); este último afirma que si se diera a la voluntad humana la más plena autonomía para la creación de nuevos derechos reales, se podría introducir la anarquía y el caos en el ordenamiento inmobiliario, y se plantea si podría llegar a desnaturalizarse el registro, subordinando al arbitrio de la libertad de contratación el mayor o menor ámbito de su misión protectora.

Como argumentos legales que sustentan esta tesis se aporta el hecho de que no existe un equivalente del artículo 1.255 del Código Civil para los derechos de crédito.

Si bien, la jurisprudencia registral, a través de las Resoluciones de la DGRN, se ha manifestado proclive a la admisión de un *numerus apertus* de derechos reales, dicha admisión se ha ido restringiendo, exigiendo el cumplimiento de determinados requisitos para la inscripción de esas nuevas figuras de carácter

(1) En concreto, basamos este análisis crítico en la RDGRN de 18 de julio de 2005.

(2) HERNÁNDEZ GIL, F., *RDP*, pág. 1962, pág. 650; SERVAT, J., «Derechos reales y pactos de trascendencia real», en *RCDI*, núm. 247, 1948, pág. 752.

real, como luego veremos. Ha rechazado, en varias ocasiones, la posibilidad de inscripción de determinadas figuras por no ser verdaderos derechos reales, lo que pone de manifiesto, a pesar de ser proclive a la nueva creación de derechos reales, las dificultades que exige para ello. En ese sentido, la RDGRN de 19 de septiembre de 1974 rechazó la inscripción de un derecho de tanteo y retracto, tal y como aparecía descrito en la escritura por no quedar suficientemente clara su naturaleza real. En concreto, afirma «que en el presente supuesto —un derecho de tanteo, y en su caso de retracto a favor del transmitente pactado en contrato oneroso durante un plazo de diez años, que fue inscrito en su día en los libros del Registro— no aparecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real». Igualmente, la RDGRN de 1 de septiembre de 1998 impide la inscripción de un derecho de uso pactado en convenio regulador a favor de los hijos sobre la vivienda familiar, para el caso de fallecimiento de la madre con la que conviven y mientras razonablemente lo necesiten en el orden económico, pues entiende que este derecho queda indeterminado no sólo en cuanto a su alcance, sino a su propio carácter real (más bien parece una anticipación del modo en que eventualmente se prestaría un derecho de alimentos respecto de los hijos).

III. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

Sin embargo, la anterior tesis ha sido prácticamente superada. La doctrina empezó a replantearse el *numerus clausus* de los derechos reales, probablemente forzada por la propia realidad jurídica práctica que generaba nuevas situaciones «reales», que debían ser consideradas como tales, e inclinando, entonces, la balanza hacia la apertura de los derechos reales. De hecho, esa necesidad práctica, social o económica, se ha visto plasmada en la admisión y tipificación de un nuevo derecho real, la llamada multipropiedad, hoy regulada por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que recoge el «nuevo derecho real» de aprovechamiento por turno.

Basan sus ideas en el hecho de que los preceptos legales existentes parecen proclives a la admisión de nuevas figuras, como ocurre con el artículo 2.2 LH, que permite la inscripción de los «derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y cualesquiera otros derechos reales»; e igualmente el artículo 7 RH establece que no sólo son inscribibles los títulos relativos a derechos reales que allí se dice, sino «cualquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique desde luego o en lo futuro alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

Entre los defensores del *numerus apertus* destacamos a ALBALADEJO (3), que es firme partidario de la admisión de nuevos tipos de derechos reales surgidos de la voluntad humana con base en el artículo 1.255 del Código Civil, pues cree que la voluntad humana puede crear todos aquellos contratos capaces de modelar nuevos derechos reales, siempre que lo creado por las partes goce de ese poder directo sobre la cosa característico de los derechos reales. Díez

(3) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III. *Derecho de bienes*, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1994, págs. 29-34.

PICAZO (4) es también partidario de la posibilidad de nuevos derechos reales, pero siempre dentro de unos límites, que no son otros que la necesidad de creación del nuevo derecho real esté justificada por una causa o función económico-social útil, que ese derecho real lleva a cabo. Y considera que si las partes expresaron su voluntad de crear un nuevo derecho real, los límites deben ser los propios de la autonomía de la voluntad del 1.255 del Código Civil; si por el contrario, no lo han expresado claramente, sin que quepa deducir que los efectos que requieren son reales, la interpretación ha de ser más restrictiva. LACRUZ BERDEJO (5) se adhiere a la tesis de DIEZ PICAZO, añadiendo que sí pueden existir nuevos derechos reales, pero su creación, tal y como mantiene el autor citado, debe estar claramente limitada. Entiende que los derechos reales nacen del título y modo, y la voluntad negocial que implica el título tiene una causa, «concepto en el que se incluye la utilidad social de la combinación», y esa causa o justificación social, precisamente es el límite para la creación por la voluntad humana de nuevos derechos reales.

La Dirección General, tradicionalmente, ha admitido con mayor frecuencia, que rechazo, la creación de nuevos derechos reales que escapan a los tipos previstos por la Ley (6). Se muestra, por tanto, proclive a la admisión del *numerus apertus*, eso sí, de forma limitada, estableciendo 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 decir, debe tener los caracteres propios de los 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). Lo que significa la perfecta descripción del objeto que se grava y del derecho (principio de especialidad, art. 9 LH).
- Es necesario que exista una causa o razón que los justifique: como cumplir una necesidad socio-económica (7).

(4) DIEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 47-49, y «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, págs. 284-294.

(5) LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. I, ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 14-15.

(6) Véanse las siguientes Resoluciones que admiten la existencia de un *numerus apertus* en los derechos reales: 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, 14 de mayo de 1984, 4 de marzo de 1993, 20 de septiembre de 1996, 16 de julio de 2002 y 17 de julio de 2005.

(7) En este sentido, la DGRN admite la creación de nuevos derechos por necesidades urbanísticas (RDGRN de 14 de mayo de 1984) o económicas (RDGRN de 4 de marzo de 1993), y es precisamente cuando se dan esas justificaciones de tipo económico cuando la DGRN es más proclive a admitir nuevos tipos.

IV. LOS «NUEVOS» DERECHOS REALES Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Como vemos, el requisito para ser admitido como «nuevo derecho real» es básicamente la perfecta determinación del derecho para que pueda ser oponible, y por tanto eficaz *erga omnes*. Es fundamental para ser derecho real: su determinación y su inmediatividad y eficacia *erga omnes*. Si no reúne todos y cada uno de los requisitos que se predicen de un derecho real, no los considera como tales, en ese sentido podemos afirmar que la DGRN es restrictiva, por regla general, a la hora de admitir nuevos derechos.

Sin embargo, encontramos, a veces, pronunciamientos de la Dirección General, que en parte nos «sorprenden», tal es el caso planteado en la RDGRN de 18 de julio de 2005. En ese caso se pretende la inscripción de un derecho de usar y disfrutar una piscina y zonas ajardinadas ubicadas en el interior del complejo, inscritos en el Registro de la Propiedad como elementos privativos a favor de una persona determinada (causahabiente del constituyente del régimen). Asimismo, se solicita en dicha demanda que la titular de la zona donde se halla la piscina respete su derecho de uso y disfrute y se abstenga de perturbar su pacífico ejercicio. El derecho de uso y disfrute se pretende que se reconozca a favor de los titulares de los apartamentos, así como de los sucesivos propietarios de los mismos, sus ocupantes y familiares y amigos. Igualmente, se declara que ese derecho de uso y disfrute lleva consigo la obligación de pagar los gastos de conservación de la piscina y jardines.

Pues bien, la DGRN afirma que el derecho de uso que se pretende inscribir goza de inmediatividad (el derecho de los demandantes a usar y disfrutar el espacio controvertido) y eficacia *erga omnes*, pues se dice expresamente que ese derecho sería oponible frente a cualquier titular de tal espacio. Pero, reconoce, igualmente, el Centro Directivo, que ese derecho no está perfectamente determinado en sus contornos y efectos. Cuestión esta vital para poder considerarlo, primero, como derecho real, y segundo y más importante, desde el punto de vista registral para su inscripción en el Registro.

Continúa la Dirección General diciendo que dicha determinación derivará del título constitutivo del derecho, que será la futura sentencia en el caso de estimarse la demanda.

Pues bien, el derecho no está perfectamente determinado, y como tal, entonces, no puede ser considerado ni derecho real ni inscribirse en el Registro, puesto que es fundamental en los derechos reales esa determinación, precisamente como base de su oponibilidad. Cuestión distinta es que, en este caso, se trata de una anotación cuyo objeto son precisamente situaciones jurídicas no inscribibles, pues su contenido, todavía sin determinar, no podría ser objeto de inscripción, al no ser un derecho perfectamente oponible.

Entiendo, no obstante, que siendo *a priori* aceptable la solución aportada por la Dirección General, respecto a la posibilidad de crear nuevos derechos reales, pues la mayoría de los caracteres propios de aquellos parecen darse en esta figura, no veo obstáculo a que la voluntad negocial (eso sí con límites) cree nuevas figuras admisibles en derecho; lo que critico y no comparto es que permita esa anotación de la demanda del derecho que no está determinado, pues si no lo está no es propiamente un derecho real, no goza de las características plenas del mismo. Ya que la determinación es de esencia de los derechos reales, pues sólo así es posible su oponibilidad frente a todos, y si no está determinado no es oponible, y si no es oponible frente a todos, no goza

de absolutibilidad, carácter propio, particular y definidor de los derechos reales. Luego, este segundo parecer de la Dirección sí me parece criticable.

En este sentido, considero que no hay duda de que la propia configuración del derecho real como oponible *erga omnes*, hace necesario 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 conllevan 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, Díez 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 individualización 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» (8). 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 dependencia o previa a la relación jurídico-real definitiva. No existe, por tanto, derecho real sino 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).

(8) Díez PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1978, pág. 133.

La doctrina coincide en señalar que la especialidad (en este caso, más bien determinación, en cuanto 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 (9), 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 (10) clasifica al principio de especialidad como un principio que gobierna «la fijación de los derechos reales». MANUEL PEÑA (11) 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 GÁLIGO (12) 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 conceptuado como derecho real».

Luego, si la determinación es de esencia de un derecho real, y en este caso no queda perfectamente determinado dicho derecho, sino que lo será más tarde en la sentencia que sirva de título constitutivo, no me parece razonable su admisión como tal, al menos todavía, habrá que esperar a la sentencia que lo determine, y que por tanto haga nacer el «verdadero derecho real» para que sea oponible.

He pretendido desde estas líneas poner de relieve la estrecha relación entre la determinación y la creación de nuevos derechos reales, pues sin aquélla no será posible ésta, precisamente porque sin determinación no existe oponibilidad, característica propia de los derechos reales (13).

RESUMEN

ABSTRACT

NUMERUS APERTUS

NUMERUS APERTUS

Se pretende desarrollar la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales.

This article examines the age-old debate of the numerus clausus or numerus apertus system for in-rem rights.

(9) GORDILLO CAÑAS, A., «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliarios-registrales: Sistema español», en *ADC*, 1995, abril-junio, pág. 566.

(10) SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Instituto Editorial Reus, 1947, pág. 231.

(11) PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 69.

(12) GÓMEZ GÁLIGO, F. J., «El principio de especialidad», en *RCDI*, 1994, noviembre-diciembre, pág. 2404.

(13) Sobre estas ideas, véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *El principio de especialidad registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.

Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión, pues por los efectos erga omnes y el deber de respeto que generan los derechos reales, la admisión de nuevos tipos debe ser controlada y acorde a las exigencias del principio de especialidad.

The controversy has died down nowadays, as the numerus apertus scheme for real rights has been comfortably accepted, although with certain limits or limitations on its acceptance. This is because the acceptance of new types of rights must be controlled and must meet the demands of the principle of speciality, due to the erga omnes effects of in-rem rights and the duty of respect that they generate.

1.4. Sucesiones

LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS TESTAMENTOS.

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL

Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

I. BASE LEGAL

El artículo 673 del Código Civil establece que es nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude. Dentro del dolo quedan incluidos aquellos supuestos en los que existe una captación de voluntad del testador con el fin de que dirija sus últimas voluntades en una determinada dirección.

La capacidad del testador que hay que tener en cuenta es la que tuviera en el momento de otorgar el testamento, según prescribe el artículo 666 del mismo cuerpo legal.

Nuestro Derecho parte de la capacidad de las personas, por lo que los que la nieguen habrán de probarlo.

II. COMENTARIO

Dentro del tema central de la captación de la voluntad del testador que aparece en las sentencias del Tribunal Supremo (1), merecen especial atención los siguientes aspectos:

(1) SSTS de 8 de octubre de 2004, 26 de diciembre de 1990, 13 de octubre de 1990, 14 de marzo de 1988, 13 de julio de 1981, 3 de febrero de 1977, 1 de junio de 1962, 16 de abril de 1959 y 30 de junio de 1944.

1. CONCEPTO DE CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD

En el marco del artículo 673 se comprenden los supuestos de captación de voluntad del testador que quedan incluidos dentro del concepto de dolo. Se trata de influir en el testador de modo que éste desvíe su voluntad en el sentido querido por la persona que utiliza los engaños o artimañas y que le llevan por un derrotero distinto al que hubiera seguido el testador por sí solo.

Las maniobras de captación de la voluntad del testador consisten, según el Supremo (2), en el empleo de astucia, maquinación o artificio, dirigidos por el instituido a desviar la libre determinación de las decisiones del testador y conseguir que se excluyan de su herencia, en todo o en parte, a personas que, de otra forma, estarían llamadas a la sucesión. Estas maniobras suponen, según la STS de 1 de junio de 1962: «una cadena de hechos que al unísono envuelven la maquinación intencionadamente dirigida a mover en determinado sentido la voluntad del declarante (error vicio provocado)».

2. LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD: UNA MODALIDAD DE DOLO

El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de junio de 1962, consideraba la captación de voluntad como una modalidad del dolo causal dirigida a excluir, total o parcialmente, de una determinada sucesión a determinadas personas que, de no existir la captación, serían llamadas a la sucesión bien por el propio testador bien por la ley.

3. EL DOLO COMO CUESTIÓN DE HECHO. SU PRUEBA

Según el Supremo, el dolo que se utiliza para constreñir a una persona a hacer testamento es una cuestión de hecho y, como tal, debe ser apreciada por el Tribunal *a quo* y que, si existe, impide los efectos jurídicos del acto (3).

El dolo ha de ser probado por quien lo invoca como hecho impeditivo de los efectos jurídicos normales atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal (4).

Son numerosas las sentencias que, en este tema, señalan que no cabe un análisis global de las pruebas convirtiendo la casación en una tercera instancia (5).

4. COACCIÓN DIRIGIDA AL OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO

Si en virtud de la coacción se consigue el otorgamiento del testamento, el precepto aplicable es el artículo 673 del Código Civil. Si, por el contrario, la

(2) SSTS de 25 de octubre de 1928, 1 de junio de 1962 y 9 de mayo de 1974.

(3) SSTS de 3 de febrero de 1977, 9 de mayo de 1974, 1 de junio de 1962 y 24 de febrero de 1961.

(4) STS de 13 de julio de 1981. En el mismo sentido las de 22 de marzo de 1941 y 10 de junio de 1976.

(5) SSTS de 26 de diciembre de 1990 y 14 de marzo de 1988.

coacción tuviera por objeto el impedir a otro hacer testamento, la disposición a tener en cuenta será el 674 del mismo cuerpo legal (6).

Para valorar la coacción o intimidación ejercida sobre el testador es preciso valorar, como dice la sentencia de 30 de junio de 1944, las circunstancias tanto de la persona que ejerció la coacción como de la que fue objeto de ésta.

En el caso contemplado por la sentencia anteriormente citada, M. era un hombre muy grande, influyente, enérgico, coaccionaba al testador de forma reiterada, se enojaba con gran furia, y, por si fuera poco, todas estas características debían aparecer aumentadas en la mente del testador, ya que éste era un anciano desamparado, agotado, con poca salud y aterrorizado por haber estado recluso en una de las prisiones conocidas con el nombre de *checas*. Como se recoge en la propia sentencia, la declaración de nulidad del testamento no se funda en la falta de capacidad del otorgante para testar, sino en las coacciones padecidas, pese a que «tal capacidad estaba alterada, deprimida, notoriamente disminuida a causa de una extrema debilidad y sufrimientos físicos y morales que privaban al testador de aptitud para rechazar imposiciones».

5. ¿PUEDEN LOS TRIBUNALES DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO?

Como norma, un acto nulo puede ser declarado como tal por los Tribunales. La STS de 14 de octubre de 1997 da la razón a la Audiencia al optar por esta solución, esgrimiendo que criterios de carácter formal no pueden prevalecer sobre los de carácter material.

6. VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR: TIEMPO DE OTORGAR TESTAMENTO

El estado mental del testador, que hay que evaluar en estos casos en los que se pretende la nulidad del testamento, es el que tenía en el momento del otorgamiento (art. 666 del Código Civil).

La posterior incapacidad del testador no puede nunca retrotraerse para invalidar los actos de última voluntad efectuados con absoluto juicio años atrás, según pone de manifiesto la sentencia del Supremo de 13 de octubre de 1990, que no admite que las pruebas llevadas a cabo en este sentido vayan a desvirtuar el juicio de capacidad habilitante para testar emitido por los Notarios intervinientes.

El hecho de que poco antes del fallecimiento del testador éste comenzara a padecer una demencia senil, no afecta a su capacidad corroborada, en el caso de la sentencia de 13 de octubre de 1990, por dos Notarios distintos, en diferentes fechas, ya que otorgó dos testamentos. Dice el Supremo que del contenido de los testamentos se deduce su cordura, además de la prueba testifical en la que el cura párroco hacía referencia a la buena salud del testador hasta poco antes de su muerte y, por si fuera poco, el informe de los especialistas en Neurocirugía de una residencia de la Seguridad Social que le trataron a consecuencia de un fuerte traumatismo craneoencefálico que sufrió, habiendo estado internado con posterioridad al otorgamiento del último testamento.

(6) SSTS de 7 de enero de 1975, 9 de mayo de 1974, 10 de mayo de 1972 y 24 de mayo de 1954.

7. ALCANCE DE LA FE NOTARIAL: PRESUNCIÓN *IURIS TANTUM* DE APTITUD

El hecho de que la mayoría de los testamentos han sido autorizados por Notario y que éste manifiesta que, a su juicio, el testador tiene capacidad suficiente, acarrea importantes consecuencias, pues para desvirtuar dicha aseveración hay que probar la incapacidad «de modo evidente y completo» (7), ya que se parte del principio general de que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que la incapacidad es la excepción (8).

El Tribunal Supremo dice de los testamentos autorizados por Notario que «llevan la impronta de la verdad de las declaraciones de voluntad en ellos recogidas por el fedante» (9), lo que no excluye «que por actos anteriores no venga ya preparado el fraude, pues el Notario sólo da fe de lo que allí se expresa y él oye y entiende» (10).

No cabe duda de que el Supremo concede una gran importancia a la autorización notarial de los testamentos, así la sentencia de 13 de octubre de 1990, dice: «La aseveración notarial respecto de la capacidad de la testamentación del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario» (11), y es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que «la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad» (12).

RESUMEN

TESTAMENTO

Análisis comparativo de diversas sentencias del Tribunal Supremo en las que se trata el tema de la captación de la voluntad del testador que constituye una modalidad de dolo, siendo una cuestión de hecho que ha de ser probada por quien la invoca. Ha de valorarse la capacidad del testador al tiempo del otorgamiento del testamento. Alcance de la fe notarial en esta materia.

ABSTRACT

WILL

Comparative analysis of a number of Supreme Court rulings addressing the issue of capturing the wish of the testator when it constitutes a mode of wilful wrongdoing, this being a question of fact that must be proved by the claimant. The testator's capacity must be evaluated at the time the will is made. Scope of the notary's power to attest documents in this matter.

(7) STS de 13 de octubre de 1990.

(8) STS de 10 de abril de 1987.

(9) STS de 1 de junio de 1962.

(10) *Ibid.*

(11) En el mismo sentido que la sentencia de 13 de octubre de 1990, se manifiestan las de 25 de marzo de 1957, 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987.

(12) *Ibid.*

1.5. Obligaciones y contratos

LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR SURGE CUANDO SE RECIBE UNA COSA QUE NO HAY DERECHO A COBRAR Y QUE POR ERROR ES INDEBIDAMENTE ENTREGADA.

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN

Abordamos la doctrina del enriquecimiento injusto bajo la premisa de que la verdadera razón de la misma consiste en corregir o restituir a un estado anterior los desplazamientos patrimoniales producidos sin una causa justificadora y vamos a tratar de analizar cómo ha ido reconduciéndose en esta materia nuestro Derecho: Así, el Derecho romano concedía una acción, llamada *condictio*, cuyo punto de partida lo constituyó la analogía con el mutuo, pues la ejercitaba quien había efectuado un desplazamiento patrimonial y luego pretendía la restitución de lo entregado. Por su parte, en el Derecho clásico la *condictio* tenía un sentido abstracto y unitario. En el Derecho post-clásico, la acción se reflejó en supuestos diferentes, uno de los cuales era la *condictio sine causa*. Y en el Derecho justiniano se concedía esta citada acción en los supuestos no comprendidos por las otras *condictio* y servía como acción común para el resarcimiento injusto. El enriquecimiento injusto forma parte, pues, de la historia de los Ordenamientos Jurídicos de tradición romanística y se encuentra expresamente recogido en Las Partidas cuando en las mismas se indicaba: «*et aun dixieron que ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño doctri*». Numerosas normas del Derecho Civil se refieren a la doctrina del enriquecimiento injusto, debiendo citar a este respecto los artículos 1.158, 1.838, 1.895 a 1.901. La doctrina y legislaciones modernas consideran el cobro de lo indebido como un mero caso particular de la figura general del enriquecimiento sin causa y a ello se refiere el, acabado de citar, artículo 1.895 del Código Civil que literalmente es como sigue: «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla» y de tal transcripción se deduce una relación o vínculo jurídico entre la persona que recibe lo que no tenía derecho a recibir y aquella que paga por error y en cuya virtud el que cobra se constituye en la obligación de restituir lo indebidamente pagado. Distinguimos ahora los: *a)* requisitos; *b)* prueba de pago, y *c)* sus efectos: *a)* Los requisitos para que pueda ejercitarse la acción de repetición son los siguientes: pago efectivo; inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe y falta de causa en el pago y error por parte del que hizo el pago; *b)* La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho (art. 1.900) y se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada, pero aquél a quien se pida la devolución pueda probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa (art. 1.901). La doctrina aquí ha observado cierta contradicción entre ambos preceptos: por un lado, en el artículo 1.900 la prueba del error se exige al

demandante salvo que el demandado negase la entrega y aquél la probase, mientras que el 1.901 presume el error, el que alegue lo contrario habrá que probarlo. Y *c)* efectos: a este respecto considera el Código Civil los supuestos normales de los artículos 1.896 y los dos siguientes y el excepcional que contempla el artículo 1.899. Otras normas que tratan la acción de enriquecimiento son los artículos 65 de la Ley Cambiaria y del Cheque y 28 de la Ley del Contrato de Agencia; la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 594.2 y 620.1 —sirven de ejemplo—. Por lo tanto, todos ellos —distintas leyes y artículos— tratan de evitar el enriquecimiento injusto, pero las acciones que regulan no son una acción de enriquecimiento sin causa, pues aquéllas están recogidas en diversos preceptos legales mientras que ésta se basa única y exclusivamente en el principio general del Derecho, y de esta forma reconocido por la jurisprudencia, la evitación del enriquecimiento injusto tiene función de fuente subsidiaria del Derecho.

II. CONCEPTO

La figura que estamos estudiando existe cuando se da un supuesto de desplazamiento patrimonial que se caracteriza por no estar respaldado por una norma, por una resolución judicial o por un contrato que lo justifique, es decir, ausencia de causa implica ausencia de negocio jurídico o de una ley que fundamente y regule la adquisición de un bien o provecho. El contrato oneroso enriquece con causa o justificadamente cuando prestación y contraprestación no tienen un valor equivalente. Lo mismo sucede con la Ley que puede beneficiar a una persona y perjudicar correlativamente a otra, como sucede en el conflicto de intereses en caso de doble venta. Por su parte, la jurisprudencia tiene establecido que no se enriquece torticeramente el que adquiere en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho.

III. EFECTOS. COMETIDO

Se trata de una acción de carácter subsidiario, pues se concede a una persona cuando no tiene otro medio legal de reclamar la restitución. Si fuera la propia ley la que concediera a una persona la posibilidad de reclamar a otra por el enriquecimiento, cabría hablar de una aplicación de la doctrina de evitación del enriquecimiento injusto, pero se aplicaría el tipo de acción que la ley contemplase. Pero, cuando la pretensión no estuviera fundada en la ley, la acción sería la de enriquecimiento sin causa, considerada subsidiaria porque actúa en defecto de otros remedios legales, lo que no obsta que pueda acumularse a otras acciones que tengan una finalidad diversa como la acción reivindicatoria. La jurisprudencia, por su parte, en una primera etapa la consideró una acción subsidiaria, basándose en argumentos como el temor a la oscuridad de la doctrina de la causa, la gran amplitud que en otro caso tendría la acción, la influencia de la coetánea y paralela jurisprudencia francesa y, sobre todo, el fundamento que la acción tenía en los principios generales del Derecho. Sin embargo, esta tendencia comenzó a declinar, probablemente influida por la opinión de la doctrina que basaba esta acción en un precepto

legal concreto (el ya citado art. 1.901 del Código Civil), y no en un principio general del Derecho. En la actualidad, la mayoría de la doctrina y una tendencia jurisprudencial niega que la acción tenga carácter subsidiario. Pero autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN siguen sosteniendo la subsidiariedad de la acción como medida acertada, y también existe aún una tendencia jurisprudencial relevante que mantiene el carácter subsidiario de la acción, entendiendo que cuando la ley concede acciones específicas en el supuesto regulado por la acción de enriquecimiento para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para el de la acción de enriquecimiento.

IV. DIFERENCIA CON OTRAS ACCIONES

La acción de enriquecimiento es distinta de la acción por responsabilidad aquiliana que está basada en la culpa, dolo o la creación de un determinado riesgo, por otro lado, en la acción de los artículos 1.902 y siguientes no se exige demostrar un enriquecimiento y una acción de responsabilidad por daño aquiliano que sucede cuando el causante del daño se enriquece. Por su parte, el Derecho navarro estima que uno de los supuestos en que procede la acción de enriquecimiento es el de la adquisición a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente (Ley 508.III). La acción de enriquecimiento es distinta de las acciones reales de restitución, pues la acción no tiene por objeto la recuperación de las cosas salidas del patrimonio del demandante, sino que se dirige a la reintegración del equivalente pecuniario. Por otro lado, cuando el desplazamiento patrimonial sin causa consiste en un traspaso posesorio de bienes que continúan estando en poder del enriquecido se distinguen dos acciones: una, la acción que pretende la restitución de las cosas (acción reivindicatoria, interdicto, acción del art. 41 de la Ley Hipotecaria, desahucio por precario, etc.) y otra, cuando la cosa produjo frutos o provechos de los que se apropió injustamente el poseedor, se ejercita otra acción, que trata de reclamar la suma de dinero coincidente con el beneficio obtenido de esa posesión sin justa causa; sólo esta segunda acción es de enriquecimiento. Pero, si la cosa pasa a manos de un tercero que no tenía obligación de restituir al estar protegido por el Derecho, entonces la acción de enriquecimiento se compone de la suma de dos partidas que tienen distinto fundamento: el valor obtenido por la enajenación y el beneficio percibido en la época en que se poseyó el bien.

V. PRESUPUESTOS

La doctrina científica y nuestra jurisprudencia exigen los siguientes requisitos para que se pueda ejercitar la pretensión por enriquecimiento injusto: 1. Un enriquecimiento por parte del demandado, representado por la obtención de una ventaja patrimonial que puede producirse por un aumento del patrimonio, o por una no disminución del patrimonio. 2. El empobrecimiento de otra de las partes que puede consistir en la realización de unos desembolsos (= daño positivo) (= *damnum emergens*) o en la falta de percepción de unos ingresos (= lucro frustrado) (= *lucrum cessans*). Entre empobrecimiento y enriquecimiento ha de existir una conexión perfecta por virtud del traspaso

directo del patrimonio del actor al del demandado, es decir, el enriquecimiento ha de hacerse a costa del actor. Nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con la doctrina clásica, exige la inmediatividad del enriquecimiento y del empobrecimiento. La moderna doctrina admite el enriquecimiento aunque el mismo y el empobrecimiento no haya correlatividad directa por interponerse un tercer patrimonio cuando el tercero interpuesto carece de interés económico propio en la relación jurídica de la que dimana el enriquecimiento atendiendo, sobre todo, al objetivo que persigue la prestación. En realidad, el empobrecimiento del demandante no se da en supuestos en que no hubiera obtenido el beneficio que de su cosa dedujo el demandado, pero aún en ese caso el enriquecimiento se efectúa a costa de otro, es decir, por medios o instrumentos pertenecientes a otro, y es, en definitiva, injusto y sin causa por pertenecer a otra persona, al titular del derecho, la ventaja patrimonial alcanzada por el enriquecido. 3. Falta de causa que justifique el enriquecimiento. Esta falta de causa puede ser compatible con la buena fe del enriquecido. La carencia de causa puede proceder de no haber existido esta causa como el caso de negocio causal nulo. Por otro lado, el concepto de causa del enriquecimiento es muy controvertido y varía según la naturaleza del acto que sirve de base. En general, cuando el desplazamiento patrimonial se efectúa a través de una prestación, carecerá de causa cuando la relación jurídica que pretendía extinguir no existía. Si la obligación tiene carácter negocial, por ejemplo, las procedentes de venta, arrendamiento, préstamo o permuta, su causa consiste en el fin típico del negocio en que se integra. Cuando ese fin falta por cualquier razón, las obligaciones resultantes del contrato quedan sin causa. Por último, en desplazamientos patrimoniales de otra clase, la situación de enriquecimiento no proviene de prestación del empobrecido o de tercero, ni de obligación asumida por uno u otro, sino de un acto de intromisión del enriquecido en derechos o bienes jurídicos ajenos o de actos de otra naturaleza, incluso materiales efectuados por el deudor o por tercero. En estos casos no habrá causa cuando de admitir el enriquecimiento se falta a una correcta ordenación de los bienes en base a la interpretación de las disposiciones legales aplicables. 4. Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa. No hay, pues, enriquecimiento torticero cuando se adquiere una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado, o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho.

VI. SUPUESTOS DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

1. Uso de cosa ajena sin título.
2. Atribución de cosa ajena sin título. Dentro de este grupo se incluye el pago de una cantidad impuesta por una sentencia que fue provisionalmente ejecutiva cuando con posterioridad se admitió el recurso y se declaró la inexistencia de la relación que servía de base a la condena; el pago de una cantidad en concepto de traspaso de un local de negocios que posteriormente se declaró nulo por falta de cumplimiento de los requisitos legales exigibles.
3. El empleo sin título de una actividad profesional, lo que sucede, por ejemplo, cuando el contrato de servicios se declara nulo pero beneficia al cliente.

4. Enriquecimiento e incorporación de provechos a una cosa inmueble como sucedió cuando una persona aportó trabajo y materiales a la finca de sus futuros suegros con la finalidad de construir una casa para vivir con su futura esposa y luego la boda no llegó a celebrarse. También se incluyen los supuestos en los que se declara la extinción de una situación jurídica: por nulidad, resolución por incumplimiento, cumplimiento de la condición o ejercicio de retracto, y surge la obligación de restituir la cosa sobre la que se han efectuado mejoras.

5. El principio «nadie puede cobrar dos veces por la misma prestación», lo que sucedió cuando una persona cobró una indemnización por la ruina de la casa y después vendió los materiales.

VII. CONCLUSIONES

Desde el profundo análisis de la materia que acabamos de ver deducimos que es necesario demostrar y justificar en cada caso la procedencia concreta de la acción de enriquecimiento, tanto en relación con las particularidades que presente el respectivo desplazamiento patrimonial, atendiendo a postulados de equidad y justicia y a la seguridad de las relaciones jurídicas, y con base en hechos ciertos e indubitados, no en suposiciones o hipótesis más o menos verosímiles. Las normas que responden al principio o a la doctrina del enriquecimiento injusto tratan de evitar que una persona que ha realizado un desembolso o ha sufrido una pérdida patrimonial que beneficia a otra persona permanezca en tan insatisfactoria situación por lo que se le concede la posibilidad de reclamar al beneficiado mediante lo que se llama acción de reintegro, de regreso, de nivelación o de indemnización. Y es que la pretensión de enriquecimiento injusto tiene carácter subsidiario en nuestro ordenamiento jurídico, y no es aplicable cuando la Ley facilita a los interesados medios específicos para deshacer desplazamiento patrimonial carente de causa justificativa, aunque el Tribunal Supremo no lo exige como regla general y esto es así cuando se basa en un negocio jurídico nulo o anulable y cuando por otros medios, como mediante el resarcimiento basado en una responsabilidad civil se pone fin a situaciones que de otro modo serían fuente de verdaderos enriquecimientos sin causa. La subsidiariedad se aplica no sólo en defecto de ley sino también de costumbre aplicable, por lo tanto, se considera la acción de enriquecimiento sin causa como un instrumento técnico destinado a remediar desequilibrios que se producen en el ámbito del Derecho Patrimonial.

RESUMEN

COBRO INDEBIDO

El enriquecimiento injusto o sin causa tiene en nuestro ordenamiento jurídico la significación de principio general de Derecho aplicable como fuente subsidiaria y además la de ser una institución jurídica que mantiene

ABSTRACT

UNDUE CHARGE

Unjust enrichment holds, in our law, the standing of a general principle of law that is applicable as a subsidiary source, and also the standing of a legal institution that maintains that no-one should gain enrichment

que nadie debe enriquecerse sin causa o a costa de otro. Esta norma ha perdurado a lo largo de los tiempos en nuestro país y, si bien es cierto que no se regula con profundidad en un artículo concreto de nuestro Código Civil, su finalidad se recoge en muchísimas instituciones contenidas en dicho cuerpo legal y en otras leyes.

without cause or at the cost of another. This rule is longstanding in our country and, although it is true that unjust enrichment is not thoroughly regulated in a specific article of our civil code, its purport is addressed in a vast number of institutions contained in said legal body and in other laws.

REPARACIÓN DE LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO A LA LUZ DE LA LEY 26/2005, DE 30 DE NOVIEMBRE: SU ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Licenciada en Derecho

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Ya desde el derecho romanista, el arrendamiento rústico procede tanto en su esencia como en su regulación de la *locatio conductio* romana y en concreto del contrato de colonato que constituye su variedad rústica. Sin embargo, como señala DE LOS MOZOS (1): «a lo largo del derecho intermedio viene directamente influido, en su pureza técnico-jurídica, como relación jurídica obligatoria, no sólo por el precario postclásico, sino también por otras formas de uso y disfrute de la tierra, procedentes de la tradición vulgar y del confusio-nismo feudal que le atribuyen rasgos diferentes».

La regulación que hace el Código Civil de esta materia inspirada por su criterio liberal e individualista, los escasos artículos que le dedica (arts. 1.575 a 1.579), así como su insuficiencia para resolver los problemas planteados en la práctica, provocaron la aparición de una legislación especial sobre la materia. Se inicia así una legislación intervencionista que culminaría con la primera Ley de Arrendamientos Rústicos en 1935, la cual fue sustituida por la LAR de 31 de diciembre de 1980 que ha constituido el marco regulador de los arrendamientos rústicos durante más de veinte años. Se caracterizaba por su tendencia social manifestada en la protección al arrendatario, concediéndole derechos tan importantes como el de tanteo y retracto y la limitación al principio de autonomía de la voluntad, imponiendo límites muy ceñidos a la libertad contractual en materia de duración mínima, precio de renta, etc., y al establecer la imperatividad e inderogabilidad de sus disposiciones sustraídas a la posibilidad de modificación por pacto en contrario de los contratantes.

La necesidad de su reforma vino motivada por varias circunstancias que aconsejaban un cambio liberalizador en la legislación especial arrendaticia, entre las que destacan:

(1) Véase DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*, ed. Dykinson, 2005, pág. 22.

- La excesiva rigidez de la ley de 1980.
- La deficiencia estructural de la agricultura española.
- La superación legislativa de la figura del agricultor profesional y del agricultor a título principal.
- La necesidad de conseguir explotaciones eficientes y competitivas que contribuyan al desarrollo de la economía rural.

Un cambio radical de orientación lo encontramos en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, la cual establece una duración mínima de los contratos de arrendamiento en cinco años y suprime las prórrogas forzosas, abriéndose así una nueva etapa en la legislación arrendaticia rústica, que ha de conducir a una mayor movilidad de la tierra y a la modernización de nuestras explotaciones agrarias.

La CE de 1978 encomienda a los poderes públicos, en su artículo 130.1, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y en particular de la agricultura, ganadería, pesca y artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles. En consecuencia, 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 concretamente al Estado (149.1.8 CE).

Fruto de todo ello es la nueva LAR 49/2003, de 26 de noviembre (modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre), que tiene como finalidad lograr una flexibilización del régimen de arrendamientos rústicos siguiendo la línea iniciada por Ley de 4 de julio de 1995.

La LAR de 26 de noviembre de 2003 (que entró en vigor el 27 de mayo de 2004) persigue que las explotaciones agrarias tengan una estructura adecuada para que puedan generar empresas viables; sigue así las directrices implantadas por la Política Agraria Común (PAC) de la UE, que exige explotaciones de dimensiones superiores a las anteriores y una correlativa dinamización del mercado de la tierra.

La vigente ley da primacía a la autonomía de la voluntad en todo aquello que no sea contrario al muy limitado contenido imperativo de la ley, destacándose también la simplificación que efectúa en la tipología arrendaticia.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación temporal, la Ley 49/2003 se aplica solamente a los contratos celebrados después de su entrada en vigor, en base a la Disposición Transitoria 1.^a, que 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».

II. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO: SU SUPRESIÓN EN LA LEY 49/2003 Y SU RÉGIMEN EN LA LEY 26/2005

1. La Ley de 1980 contempla el acceso del arrendatario a la propiedad de la finca por una serie de medios entre los que destacaban los derechos de tanteo, retracto y los de adquisición preferente. Estos derechos regulados en los artículos 84 y siguientes tenían lugar en toda enajenación *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, de su nuda propiedad, porción determinada o participación indivisa de las mismas.

Posteriormente, la Ley de 4 de julio de 1995 reformó la de 1980, en lo que se refiere a la duración de los arrendamientos, suprimiendo las prórrogas

legales y estableciendo un nuevo plazo de duración mínima de cinco años frente a los veintiuno de la anterior regulación.

Con la nueva regulación de la duración pierden sentido los derechos de adquisición preferente que históricamente habían sido figuras jurídicas ínsitas en el molde arrendaticio rústico. Así, una de las novedades más importantes de la Ley 49/2003 es la desaparición de los mencionados derechos en las transmisiones de fincas rústicas, 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 los derechos de tanteo y retracto en base a la siguiente regulación que pasamos a exponer.

2. Exégesis de estos derechos en base al artículo 22 de la Ley 26/2005:

A) ¿Cuándo proceden los derechos de tanteo y retracto?

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.

Al decir «cualquier otra distinta de la compraventa» podemos entender que puede incluirse el ejercicio por el arrendatario del derecho de adquisición preferente en los casos de venta en pública subasta. Es el criterio que sigue el TS en sentencias de 16-5-1946, 29-2-1960 y 26-5-1992.

B) ¿Quiénes pueden ejercitar los derechos de tanteo y retracto?

Dicha posibilidad corresponde al arrendatario que sea agricultor profesional o sea alguna de las entidades a que se refiere el artículo 9.2.

La necesidad de que el titular del retracto sea agricultor profesional es una de las novedades que reintroduce esta ley (también la recogía el art. 93.2 de la LAR de 1980), pues dicha consideración había sido suprimida por Ley 49/2003. La carencia de la misma priva del carácter de retrayente o de legitimación activa *ad causam* para ejercitar el derecho de retracto. El TS incide sobre ello en sentencias de 17-1-86, 10-3-86, 19-5-86 y 6-5-88. Esta condición debe tenerse en el momento en que se produce el acto traslativo, no en el momento de ejercicio del derecho (sentencia de 31-7-96).

También corresponden estos derechos a las cooperativas agrarias, cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, sociedades agrarias de transformación y las comunidades de bienes.

C) Ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, o en su caso el de adquisición.

El transmitente deberá notificar de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar, indicándole los elementos esenciales del contrato y a falta de precio, una estimación del que se considere justo.

Plazo de ejercicio del tanteo: El arrendatario tiene un plazo de 60 días hábiles contados desde que recibe la notificación para ejercitar 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.

Plazo de ejercicio del retracto: Cuando falte la notificación del arrendador es cuando el arrendatario puede ejercitar el derecho de retracto durante 60 días hábiles. El cómputo de este plazo es 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.

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 estuviera conforme con la estimación hecha por el arrendador; el perito independiente 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.

El arrendatario puede ejercitar el derecho de retracto o en su caso el de adquisición en los siguientes casos:

- 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 haya 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. A estos efectos, la escritura de enajenación se notificará de forma fehaciente al arrendatario.

El TS en sentencia de 7-4-86 considera que el requisito de notificación fehaciente ha sido cumplido a través del documento privado suscrito entre las partes, pues no hay notificación más fehaciente que la personal intervención en el acto de enajenación de quien debía ser notificado. En el mismo sentido la sentencia del TS de 12-2-1991.

D) No proceden los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los siguientes casos:

1. En las transmisiones a título gratuito, cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge.
2. En la permuta de fincas rústicas, cuando se efectúe para agregar una de las fincas permutadas y siempre que sean inferiores a 10 hectáreas de secano o una de regadío los predios que se permutan.

E) En el caso de fincas con aprovechamientos diversos concedidos a diferentes propietarios:

- Si es sobre la totalidad de la finca, el tanteo y el retracto corresponde ejercerlo solamente al que lo sea del aprovechamiento principal; si hay varios al agricultor joven y si hay más de uno con esta condición, al más antiguo.

- Si hay varios de partes diferentes de una misma finca o explotación, la obligación de notificación hay que cumplirla con cada uno de ellos, y el derecho de tanteo y retracto podrá ejercitarlo cada uno por la porción que tenga arrendada. Si alguno no quisiera ejercitarlo por su parte podrá hacerlo cualquiera de los demás, siendo preferente el que tenga la condición de agricultor joven y, en su defecto o en el caso de ser varios, el más antiguo.

Ya dicha posibilidad de admitir retractos parciales y separados había sido contemplada por el artículo 93 de la LAR de 1980, modificando la legislación anterior vigente desde 1935. En este sentido destacamos la sentencia del TS de 30-9-97. El artículo mencionado condicionaba la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto separadamente por los diferentes arrendatarios a que se respetasen las normas sobre unidad mínima de cultivo; después la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995 sanciona expresamente la nulidad de los actos o negocios jurídicos que den lugar a parcelas inferiores a la señalada como unidad mínima de cultivo, los cuales no producirán efecto *inter partes* ni con relación a terceros.

F) En el caso de fincas de las que sólo una parte de su extensión ha sido cedida en arriendo, los derechos citados se entienden limitados a la superficie arrendada. A tal efecto, el documento por el que sea formalizada la transmisión de la finca deberá especificar la cantidad que del total importe del precio corresponde a la porción dada en arriendo.

III. EFECTOS REGISTRALES

Ya indicaba CORRAL DUEÑAS (2) que «la relación arrendaticia por su enorme contenido social, por la importancia que tiene en nuestra economía y porque forma parte indudable del tráfico jurídico, exige una total publicidad. Y en este campo se ha acudido a la eficacia que puede prestar el Registro de la Propiedad, tanto como garantía de que serán cumplidas las normas legales, como de protección a la seguridad inmobiliaria».

Como medida precautoria para proteger los derechos adquisitivos de los arrendatarios, el artículo 91 de la LAR de 1980 establecía que en toda escritura de enajenación, el transmitente debe declarar bajo pena de falsedad, si la misma se halla o no arrendada y en este último caso si ha hecho uso en los seis años anteriores a la transmisión del derecho que reconoce al arrendador el artículo 26.1 (derecho a recuperar la finca mediante compromiso de cultivarla directa y personalmente durante seis años).

Distinguimos dos aspectos:

- Desde el punto de vista notarial, si la finca rústica está arrendada, el fedatario no autorizará la escritura sin que se acredite de forma fehaciente la práctica de la notificación a la que se referían los artículos 87 y 88 de la LAR.

(2) Véase CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO, «El agrarismo en la publicidad registral», en *RCDI*, 657, pág. 883.

- Desde el punto de vista registral no se podía inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad sin que conste la declaración antes mencionada y sin justificar la práctica de la notificación.

La fórmula establecida en este artículo dio lugar a diferentes Resoluciones, entre ellas destacamos la RDGRN de 10-02-1986, en la que se establece que la frase «el propietario no ha formalizado nunca ningún contrato de arrendamiento no basta para dar cumplimiento al artículo 91 de la LAR, pues no implica que el anterior propietario no lo hubiera hecho». Considerando que no es inscribible la escritura de venta de finca rústica que no refleje con la debida claridad la manifestación exigida por el artículo 91 de la LAR.

La RDGRN de 11-01-94 entiende que la cláusula contenida en una escritura de compraventa de finca rústica con la expresión de que «no se ha hecho uso de la facultad prevista en el artículo 26 de la LAR» cumple la exigencia contenida en el artículo 91, ya que en tal caso debe entenderse que nunca se ha hecho uso de tal derecho (3).

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 10-03-2005 y de 30-06-2005.

La Ley 26/2005, de 30 de noviembre, en su artículo 11.2 exige como *conditio sine qua non* para su acceso al Registro la declaración de la situación arrendaticia de la finca, diciendo: «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 Registro de la Propiedad».

El artículo 23.4 de la Ley 26/2005 establece: «Para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de adquisición *inter vivos* de fincas rústicas arrendadas, deberá justificarse la práctica de la notificación que establece el apartado anterior».

La escritura de enajenación se notificará al arrendatario para que pueda comprobar si se ajusta a lo que se le anunció en la notificación previa, y en caso de que no sea así, pueda ejercitar el retracto o en su caso el derecho de adquisición.

RESUMEN

TANTEO Y RETRACTO

La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos 26/2005, de 30 de noviembre, reintroduce los derechos de tanteo y retracto que habían sido suprimidos

ABSTRACT

RIGHT OF PRE-EMPTION AND REDEMPTION

Act 26/2005 of 30 November, the new urban lease act, reintroduces prospective and retrospective rights of first

(3) Véase GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, *Práctica hipotecaria*, Marcial Pons, 1995, pág. 92.

por Ley 49/2003, de 26 de noviembre. Vamos a analizar la evolución doctrinal de estos derechos, analizando sus requisitos, su tratamiento registral y su reflejo jurisprudencial a lo largo de los años.

refusal, which had been eliminated by Act 49/2003 of 26 November. We are going to analyse the doctrinal evolution of these rights, analysing their requirements, their handling in registration and their reflection in case law throughout the years.

1.6. Responsabilidad civil

EN TORNO A LA PUBLICIDAD DE LOS ALIMENTOS DE BAJO VALOR ENERGÉTICO PARA REDUCCIÓN DE PESO.

por

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesora titular de Derecho Civil de la UNED

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Conviene, con carácter previo al análisis del fondo del asunto, hacer una serie de reflexiones sobre la publicidad. Como es bien sabido, la publicidad tiene una notable incidencia en el consumo. Influye en nuestras decisiones, crea hábitos de conducta, genera necesidades sobre bienes o servicios que, incluso antes de la misma, podían ser desconocidos. Efectivamente, los consumidores adquieren información sobre las características que afectan a la transmisión de bienes y servicios por diferentes vías, siendo una de las más importantes la publicidad.

Sin duda, la publicidad se ha convertido en uno de los medios más utilizados por los comerciantes para que los bienes y servicios sean conocidos, o para que mantengan o aumenten su cuota de mercado, lo que nos incita al consumo, e incide en nuestro comportamiento económico.

Por ello, una de las mayores preocupaciones de los legisladores ha sido marcar los límites para un adecuado desarrollo de la actividad publicitaria. Y precisamente para marcar estos límites era necesaria una legislación que regulase la publicidad.

En nuestro país, el régimen jurídico básico de publicidad está constituido por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre de 1988 (1), General de Publicidad.

Pues bien, a la vista de lo establecido en el artículo 2 de la LGP, debe entenderse por publicidad (2): «Toda forma de comunicación realizada por

(1) BOE número 274 de 15 de noviembre de 1988. En adelante LGP.

(2) Por otro lado, el concepto de publicidad por televisión, viene recogido en el artículo 3, letra c) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio, y por la Ley 39/2002, de 28 de octubre. En adelante LTV.

una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones» (3).

Estas comunicaciones pueden realizarlas tanto una persona física como jurídica, ya tenga carácter público o privado. Además, del tenor literal de este precepto, se desprende que es necesario que esta forma de comunicación se realice dentro del marco de la actividad empresarial, y que tenga como finalidad promover la contratación. Pudiendo ser estas comunicaciones de muy distinta índole, anuncios difundidos en medios de comunicación, como televisión, prensa, folletos y vallas, o en acciones promocionales, o por medio del etiquetado y presentación de productos.

La publicidad de los distintos productos debe moverse, como no podía ser de otro modo, dentro de la licitud. La LGP señala una serie de supuestos que considera ilícitos. Debe destacarse que la Ley no define qué debe entenderse por publicidad ilícita, pero no cabe duda de que, bajo esa denominación, pretende abarcar toda la publicidad que ha traspasado los límites permitidos, conculcando el interés general, límites que, por otro lado, obedecen a las más variadas causas.

Se agrupan dentro de la categoría genérica de publicidad ilícita (4) diversos supuestos que aparecen enunciados en el artículo 3 LGP, entre los que cabe destacar, por lo que aquí interesa:

«La publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios».

Por otra parte, y dada su importancia, se ha tenido especial cuidado en que la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias (5), así como la de otros pro-

(3) Sobre la publicidad, puede verse TEJEDOR MUÑOZ, L., Capítulo XI: «La publicidad engañosa y comparativa», en *Derecho Civil Comunitario*, dirigida por DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, AA.VV., 2.^a ed., Colex 2003.

(4) Es necesario destacar que se amplían los supuestos de publicidad ilícita y de publicidad prohibida en la LTV, con respecto de los contemplados en la LGP. Vid., artículos 8, 9 y 10 de la Ley. En este sentido la Ley declara ilícita, en todo caso, la publicidad por televisión y la televenta que fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas (art. 8.1) y además prohíbe la televenta de medicamentos, tratamientos médicos y productos sanitarios (art. 9.1.d).

(5) Véanse en materia médico-sanitaria, farmacéutica y de salud, la Orden de 28 de octubre de 2000 (BOE de 12 de septiembre de 2000), y Orden de 27 de julio de 1999, ambas de modificación del contenido del Anexo de la Orden 11 de septiembre de 1982, que desarrolla el Real Decreto 2730/1981, de 19 de octubre de 1981, sobre Registro de especialidades farmacéuticas publicitarias.

Asimismo, la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y Ley del Medicamento 25/90, de 20 de diciembre, desarrollada por el Real Decreto de 27 de octubre de 2000, sobre Circulación intracomunitaria de medicamentos de uso humano. También el Real Decreto 2727/1998, de 18 de diciembre, que modifica el Real Decreto 414/96, que regula los productos sanitarios, el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio (BOE núm. 180, de 29 de julio), por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano y por último el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto (BOE núm. 189, de 6 de agosto) sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios de pretendida finalidad sanitaria.

ductos, bienes, susceptibles de generar riesgos para la salud o la seguridad de las personas, sean objeto de especial protección, en atención a los intereses que concurren en esta materia. Precisamente para evitar la publicidad ilícita y engañosa de este tipo de productos relacionados con la salud, junto a las normas publicitarias generales, existe una normativa específica por razón del producto de que se trate (6) (medicamentos, productos sanitarios, etc...).

En efecto, el legislador ha previsto que la actividad publicitaria de estos productos que pueden provocar riesgo a la salud y a la seguridad sea, en unos casos, regulada por normas especiales, y, en otros, se someta al régimen de autorización administrativa previa (7) (art. 8 de la LGP) (8).

En todo caso, los reglamentos de desarrollo, y aquellos que al regular los productos o servicios contengan normas sobre su publicidad, habrán de especificar (9):

La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que, en la publicidad de estos productos, se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.

La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.

Los requisitos de autorización, y en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa.

En consecuencia, se considera ilícita la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa específica a la que se refiere el artículo 8 de la Ley General de Publicidad. Además, el incumplimiento de estas normas tendrá la consideración de infracción, a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad. Además, conviene recordar, que la Ley 26/1984, de 19 de junio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establece como uno de los derechos básicos de los consumidores, la protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud o seguridad (10).

(6) Dependiendo de que la publicidad sea difundida en ciertos medios de comunicación o realizada según las distintas modalidades publicitarias.

(7) Conforme al artículo 8.3 LGP: «El otorgamiento de autorizaciones habrá de respetar los principios de competencia leal, de modo que no pueda producirse perjuicio de otros competidores. La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada. Una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá por otorgado el mismo por silencio administrativo positivo».

(8) Así, ocurre, entre otros, en los siguientes supuestos: La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias. Y la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio.

(9) En el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general se dará audiencia a las asociaciones de agencias, de anunciantes y de consumidores y usuarios.

(10) El derecho a gozar de protección en las cuestiones relacionadas con la salud y seguridad de las personas encuentra, anteriormente, su reconocimiento en la Constitución Española, artículos 15, 43, 45, 50, 51. Se trata de uno de los principios rectores de la política económica y social.

II. LA PUBLICIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

Centrándonos en el ámbito de la salud y el bienestar, hay que señalar que uno de los sectores en los que se debe tener especial cuidado a la hora de regular la publicidad es, precisamente, el de la alimentación.

Los consumidores estamos cada vez más interesados por nuestra alimentación, en nuestra búsqueda por una mejor calidad de vida. Nos preocupa nuestra dieta, no sólo en cuanto que ésta forma parte de nuestra salud, y buscamos una alimentación sana y variada porque cada vez existe un mayor culto al cuerpo, y la reducción del peso se convierte a veces en una cuestión de salud y, otras, en una cuestión de simple estética, en muchos casos para mejorar nuestra apariencia física.

Por ello, es muy importante que los mensajes publicitarios sean veraces y comprensibles para los consumidores (11). Hay que tener especial cuidado con la información que se da sobre la composición de alimentos y que el etiquetado, la presentación, comercialización y la publicidad de los alimentos sea clara y no induzca al consumidor a engaños.

De ahí la relevancia que para el consumidor tiene la información (12) y las normas de etiquetado de los alimentos. En materia de etiquetado de alimentos, como norma básica, cabe destacar el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio (13), por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación

(11) No hay que olvidar que los mensajes publicitarios también alcanzan a los jóvenes y a los menores, y que cada vez se incrementa el número de jóvenes que sufren desarreglos alimenticios, como la bulimia o la anorexia. Es de resaltar que con el objetivo de prevenir la obesidad y el sobrepeso, y sus consecuencias, tanto en el ámbito de la salud pública como en sus repercusiones sociales, ha entrado en vigor un Código de Autorregulación de la publicidad dirigida a los menores (Código PAOS). Con este fin, se establece un conjunto de reglas que guiarán a las compañías adheridas en el desarrollo, ejecución y difusión de mensajes publicitarios dirigidos a menores. Hay que tener en cuenta que la obesidad es considerada por la Organización Mundial de la Salud como la *epidemia del siglo XXI*, y que nuestro país es uno de los que presenta mayor prevalencia de obesidad infantil de toda Europa. De hecho, el 13,9 por 100 de los niños y jóvenes españoles entre dos y veinticuatro años es obeso, y el 26,3 por 100 tiene sobrepeso.

(12) Para un estudio completo acerca del derecho a la información del consumidor, desde el punto de vista comunitario, puede verse RUIZ JIMÉNEZ, J., *El derecho a la información*.

(13) BOE número 202, de 24 de agosto de 1999. El citado Real Decreto 1334/1999, armonizado con la Directiva 79/112/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios destinados al consumidor final, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico interno, la Directiva del Parlamento y del Consejo 97/4/CE, de 27 de enero, cuya finalidad es permitir, por medio de un etiquetado más completo, mejorar la información de los consumidores y respetar la lealtad de las transacciones comerciales.

Modificado por:

- Real Decreto 238/2000, de 18 de febrero, que incorpora la Directiva 1999/10/CE, de 8 de marzo, por la que se establecen excepciones a la Directiva 79/112/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, así como sus posteriores modificaciones. En el año 2000, en aras de una mayor claridad y racionalidad, se procedió a la codificación de la Directiva del Parlamento y del Consejo 97/4/CE, de 27 de enero, mediante la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20

y publicidad de productos alimenticios, que establece como principio general el principio de veracidad y prohíbe que el etiquetado, la presentación y publicidad de los productos induzcan a error al comprador (14).

Por otro lado, se pretende que las alegaciones relativas a los productos alimenticios sean útiles para el consumidor y comprensibles. Además, cada vez con mayor frecuencia, el etiquetado y la publicidad de los alimentos contienen alegaciones nutricionales y relacionadas con la salud. Las alegaciones son informaciones del etiquetado, de la presentación y de la publicidad de los productos alimenticios que anuncian al consumidor sus propiedades o la de alguno de sus componentes alimenticios.

Por ello, la preocupación del legislador se ha puesto de manifiesto, elaborando una normativa, relativa a los alimentos (15), en orden a la protección

de marzo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

- Real Decreto 1324/2002, de 13 de diciembre, que incorporó al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2001/101/CE de la Comisión, de 26 de noviembre de 2001, por la que se modifica la Directiva 2000/13/CE, y la Directiva 2002/86/CE de la Comisión, de 6 de noviembre de 2002, por la que se modifica la Directiva 2001/101/CE.
- Real Decreto 2220/2004, de 26 de noviembre, incorpora la Directiva 2003/89/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de noviembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 2000/13/CE.
- Real Decreto 892/2005, de 22 de julio de 2005, incorpora la Directiva 2004/77/CE de la Comisión, de 29 de abril de 2004, por la que se modifica la Directiva 94/54/CE.
- Real Decreto 1164/2005, de 30 de septiembre de 2005, incorpora la Directiva 2005/26/CE de la Comisión, de 21 de marzo de 2005.

(14) Tal y como dispone el artículo 4 del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, especialmente:

- a) Sobre las características del producto alimenticio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.
- b) Atribuyendo al producto alimenticio efectos o propiedades que no posea.
- c) Sugiriendo que el producto alimenticio posee características particulares, cuando todos los productos similares posean estas mismas características.
- d) Atribuyendo a un producto alimenticio propiedades preventivas, terapéuticas o curativas de una enfermedad humana, ni mencionando dichas propiedades, sin perjuicio de las disposiciones aplicables a las aguas minerales naturales y a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial.

2. Estas prohibiciones se aplicarán igualmente a la presentación de los productos alimenticios (en especial a la forma o al aspecto que se dé a éstos o a su envase, al material usado para éste y a la forma en que estén dispuestos, así como al entorno en que estén expuestos) y a la publicidad».

(15) Resulta de interés el acuerdo interpretativo sobre la publicidad de las propiedades de los alimentos, en relación con la salud, celebrado entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y la Federación Española de la Alimentación y Bebidas (FIAB), en el que se establecen los límites dentro de los cuales se pueden hacer las alegaciones de salud. Pero es necesario señalar que queda excluido de su ámbito de aplicación las alegaciones relativas a los preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales. Este acuerdo se puede encontrar en la página web de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial Autocontrol, cuya dirección es www.autocontrol.es

de los consumidores. Normativa que tiene como objetivo garantizar la información correcta, evitando informaciones engañosas o incompresibles para el consumidor, e impidiendo que se atribuyan en general, propiedades de prevención, tratamiento y cura de enfermedades a los productos alimenticios.

III. DESARROLLO DEL MARCO NORMATIVO ESPECIAL

Junto a la regulación de los alimentos de consumo corriente, destinados al consumidor final, existe un numeroso grupo de productos alimenticios con una normativa específica. Dentro de esta regulación específica nos vamos a referir a los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético.

Es necesario advertir que la normativa de este tipo de productos alimenticios está en constante cambio, en un intento de adecuarse a los nuevos conocimientos científicos. Por ello la primera dificultad a la que nos enfrentamos es clarificar cuál es la normativa aplicable a este tipo de productos, pero no queremos referirnos a ella sin antes recordar que en relación a la publicidad de un preparado para régimen dietético, se ha pronunciado recientemente el Juzgado de lo Mercantil, número 5, en sentencia de 11 de enero de 2005 (16). Sentencia que da respuesta a la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC), contra la campaña de publicidad (17) realizada por «Merck Farma y Química, S. A.» del producto Biomanán. Trata de un producto alimenticio destinado a ser utilizado en dietas de bajo valor energético.

Inicialmente este tipo de productos destinados a regímenes dietéticos estaba regulado en el Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre (18), por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales.

El ámbito de aplicación de la norma venía señalado en el artículo uno, en el que se definía, a efectos legales, lo que se entiende por preparado alimenticio para regímenes dietéticos y/o especiales y fijaba con carácter obligatorio las normas de elaboración, comercialización y, en general, la ordenación jurídica de tales productos, considerando equivalentes a este efecto, los términos «preparado alimenticio destinado a regímenes dietéticos y/o especiales» y «producto alimenticio destinado a una alimentación especial». Será de aplicación asimismo a los productos procedentes de terceros países.

(16) Esta sentencia ha sido recientemente comentada por IRAKULIS ARREGUI, N., «La protección del consumidor frente a la publicidad de productos alimenticios, a la luz de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 5, de 11 de enero de 2005», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 686/2005, págs. 1 a 5.

(17) El origen del litigio se encuentra en la publicidad, difundida, entre otros medios de comunicación, en «El País Semanal» el día 20 de junio de 2004. En dicha publicidad se anunciaba el producto Biomanán. El contenido del anuncio es el siguiente: «TÚ DECIDES. Biomanán te ayuda a adelgazar de la forma más eficaz, sana y segura que mejor se adapta a tu estilo de vida. Para que adelgazar te sea más fácil y lo hagas con salud». Asimismo, en el referido anuncio publicitario se hace la siguiente mención: «Infórmate en tu farmacia». En su reclamación, AUC solicitaba la declaración de la ilicitud de la publicidad emitida, así como el cese de la misma.

(18) *BOE* número 284, de 26 de noviembre de 1976.

Así, se entiende por preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, según el Real Decreto 2685/1976: «los alimentos elaborados, según fórmulas autorizadas por la Dirección General de Sanidad, de composición y/o características especiales y que satisfacen necesidades fisiológicas, bien de las personas sanas o de aquellas otras cuyos procesos de asimilación o metabolismo se encuentran alterados» (art. 2). En el Real Decreto se señalaban los tipos de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, recogiendo expresamente el apartado 3.2.3 del artículo 3, los alimentos con reducido contenido en calorías, y en el 3.3, los alimentos especiales considerados tradicionalmente como específicos para regímenes dietéticos.

También, dadas las especiales características de estos productos y su destino, se contemplaban normas específicas, en materia de etiquetado, quedando prohibidas las denominaciones tales como *saludable*, *adelgazante*, y otras que puedan inducir a error.

El anterior Real Decreto 2685/1976 fue sucesivamente modificado por diferentes Reales Decretos (19) y en lo que aquí interesa por el Real Decreto 1809/1991, de 13 de diciembre (20), que incluye en su anexo una serie de productos alimenticios que debían ser objeto de legislación específica, a establecer mediante reglamentaciones técnico-sanitarias y entre los que cabe destacar:

«Los productos alimenticios de escaso o reducido valor energético (21), destinados al control de peso, dada su posible incidencia en la salud pública».

Dado que son productos cuya composición y elaboración deben estudiarse específicamente para que satisfagan las necesidades nutritivas especiales de las personas a las que van destinados.

Para desarrollar dicho mandato se elaboró el Real Decreto 1430/1997, de 15 de septiembre (22), por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los productos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso, que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 96/8/CE de la Comisión, de 26 de febrero de 1996, relativa a los alimentos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para la reducción de peso (23). Con esta normativa se pretende garantizar un dé-

(19) Entre los que caben destacar: los Reales Decretos 385/1980, de 18 de enero; 1424/1982, de 18 de junio; 3140/1982, de 12 de noviembre; 2353/1986, de 10 de octubre; 1426/1988, de 25 de noviembre, y 1809/1991, de 13 de diciembre; 1408/1992, de 20 de noviembre; 46/1996, de 19 de enero; 1430/1997, de 15 de septiembre; 490/1998, de 27 de marzo; 431/1999, de 12 de marzo; 1091/2000, de 9 de junio; 1444/2000, de 31 de julio.

(20) Incorporó la Directiva 89/398/CEE, de 3 de mayo, relativa a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial. DO número L186, de 30 de junio de 1989.

(21) Las alegaciones relativas al «valor energético reducido»: hacen referencia a la calificación que se aplica a los productos alimenticios cuando su valor energético se ha reducido como mínimo en un 30 por 100 en relación al producto de origen o un producto similar. Son contempladas por el Real Decreto 2002/1995, de 7 de diciembre, en el que se aprueba la lista positiva de aditivos edulcorantes autorizados para su uso en la elaboración de productos alimenticios, así como sus condiciones de utilización. Modificado recientemente por el Real Decreto 2197/2004, de 25 de noviembre.

(22) BOE número 229, de 24 de septiembre de 1997.

(23) DO número L55 de 6 de marzo de 1996. El etiquetado de estos productos, en lo que la presente Directiva no excepcione, se rige además por lo dispuesto en la Direc-

ficit energético y un aporte de nutrientes equilibrado que permita obtener los efectos deseados sin riesgo para la salud de los consumidores.

En este Real Decreto se establecen los requisitos de composición, etiquetado y publicidad, que deben cumplir los productos alimenticios destinados a una alimentación especial que se comercialicen para ser empleados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso.

Pero debe destacarse que la Disposición Derogatoria única del citado Real Decreto, deroga el apartado 3.2.3, relativo a los alimentos con reducido contenido en calorías del artículo 3 del Real Decreto 2685/1976. Derogada expresamente la citada norma, no es de aplicación a los alimentos con reducido contenido en calorías, quedando fuera de su ámbito y sometidos a reglamentación específica. En consecuencia, no son de aplicación a dichos productos las prohibiciones contenidas en el artículo 20 y, concretamente, la señalada en el apartado 6.º del citado precepto, numeración dada por el apartado quinto del artículo único del Real Decreto 1809/1991, de 13 de diciembre (24), que prohíbe las denominaciones... «saludable»... «adelgazante»... «y otras que puedan producir error».

A la vista de la normativa vigente, es necesario analizar cómo debe hacerse una correcta publicidad de este tipo de productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción, por ejemplo, puede considerarse lícito la utilización de palabras como «salud», «adelgazante» para referirse a estos productos. En el caso del producto Biomanán, cabe plantearse, tal y como hace el juez de primera instancia, que analiza la cuestión sobre la posible ilicitud de su publicidad, si la nueva regulación es o no más estricta (25).

tiva 79/112/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1978, cuya última modificación la constituye la Directiva 93/7102/CE de la Comisión.

(24) También sufrió diversas modificaciones como la del Real Decreto 1444/2000, de 31 de julio. *BOE* número 183, de 1 de agosto de 2000. Modifica el anexo de Reglamentación Técnico-Sanitaria aprobado por Real Decreto 1809/1991, de 13 de diciembre, y en su nuevo anexo, de grupos de productos alimenticios destinados a una alimentación especial, para los que se establecerán disposiciones específicas mediante reglamentaciones técnico-sanitarias específicas, figura: «Los alimentos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para la reducción de peso».

Incorpora a nuestro ordenamiento interno la Directiva 99/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por el que se modifica la Directiva 89/398/CEE.

Por otra parte, resulta de interés el Real Decreto 956/2002, de 13 de septiembre, *BOE* número 221, de 14 de septiembre de 2002, que aprueba las sustancias que pueden añadirse para fines de nutrición específicos en los preparados alimenticios destinados a una alimentación especial (dietéticos), que incorpora la Directiva 2001/15/CE, de 15 de febrero, sobre sustancias que pueden añadirse para fines de nutrición que pueden utilizarse sin peligro en la elaboración de alimentos destinados a una alimentación especial. Se entiende, a efectos de la Directiva, por *alimentos dietéticos* los destinados a una alimentación especial incluidos los alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales.

(25) Recogemos por su importancia, parte del Fundamento de Derecho tercero de la sentencia de 11 de enero de 2005, del Juzgado de lo Mercantil, relativa al producto alimenticio destinado a ser utilizado en dietas de bajo valor energético y comercializado como Biomanán: «Dichos productos estaban regulados inicialmente en el Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales... El artículo 1 del Real Decreto 2685/1976, señala el

Los preparados alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso (Real Decreto 1430/1997), se comercializarán bajo las siguientes denominaciones, conforme el artículo 4.1 del citado Real Decreto:

- «sustitutivo de dieta completa para control de peso» o
- «sustitutivo de una comida para control de peso».

ámbito de aplicación de la norma al indicar que “la presente reglamentación tiene por objeto definir, a efectos legales, lo que se entiende por preparado alimenticio para regímenes dietéticos y/o especiales y fijar con carácter obligatorio las normas de elaboración, comercialización y, en general, la ordenación jurídica de tales productos”, considerando equivalentes a este efecto, los términos “preparado alimenticio destinado a regímenes dietéticos y/o especiales” y “producto alimenticio destinado a una alimentación especial”. Será de aplicación asimismo a los productos procedentes de terceros países». Determinado con carácter abstracto el ámbito de aplicación, el artículo 3 detalla los tipos de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, recogiendo expresamente el apartado 3.2.3 del artículo 3, los alimentos con reducido contenido en calorías. El Real Decreto 1809/1991, de 13 de diciembre, incluye en su anexo una serie de productos alimenticios que debían ser objeto de legislación específica, a establecer mediante Reglamentaciones técnico-sanitarias y, entre otros, los productos alimenticios de escaso o reducido valor energético, destinados al control de peso. Dicha regulación se elaboró mediante Real Decreto 1430/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba la reglamentación técnico-sanitaria específica de los productos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso, cuya Disposición Derogatoria única deroga el apartado 3.2.3, relativo a los alimentos con reducido contenido en calorías del artículo 3 del Real Decreto 2685/1976. Derogada expresamente el apartado 323 del artículo 3 dicha norma, no es de aplicación a los alimentos con reducido contenido en calorías, al quedar fuera de su ámbito de aplicación, quedando sometidos a su reglamentación específica. En consecuencia, no son de aplicación a dichos productos las prohibiciones contenidas en el artículo 20 y, concretamente la señalada en el apartado 6.º del citado precepto, numeración dada por el apartado quinto del artículo único del Real Decreto 1809/1991, de 13 de diciembre, que prohíbe las denominaciones... «saludable»... «adelgazante»... «y otras que puedan producir error». Ahora bien, la nueva regulación es más estricta en esta materia, lo que es coherente con la mayor concienciación social respecto de los riesgos derivados de una incontrolada obsesión por la pérdida de peso o adelgazamiento, constituyendo la anorexia su más conocida manifestación.

Téngase en cuenta que en la reglamentación específica para los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso (Real Decreto 1430/1997), las únicas denominaciones con las que se admite su comercialización, conforme el artículo 4.1 del citado Real Decreto es la de «sustitutivo de dieta completa para control de peso» o «sustitutivo de una comida para control de peso», según los casos, cuidando el legislador, y no puede considerarse casual, de evitar no sólo las denominaciones antes prohibidas de adelgazantes o saludable, en la medida que las únicas admisibles son las señaladas, sino que ni siquiera considera oportuno incluir en la denominación el fin al que están destinadas estas dietas, la reducción de peso, que sí se menciona en la rúbrica de la reglamentación. Por otro lado, carece de sentido que se prohíba en la publicidad, etiquetado y presentación de estos productos que se haga referencia al ritmo o la magnitud de la pérdida de peso a que puede llevar su consumo, o a la disminución de la sensación de hambre o al aumento de la sensación de saciedad (art. 4.3 del Real Decreto 1430/1997) y que se admita la referencia a una genérica mención adelgazante o que ayude a adelgazar sin la menor referencia a que se trata de sustitutivo de una comida o de dieta completa para control de peso, máxime cuando se vincula el adelgazamiento y el estado de salud, al indicar que el producto ayuda a adelgazar de forma... sana y para que adelgazar sea más fácil y se haga con salud.

Por tanto, los alimentos empleados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso son alimentos de formulación especial que, utilizados de acuerdo con las instrucciones del fabricante, sustituyen total o parcialmente la dieta completa.

Además, el artículo 4.3 del Real Decreto 1430/1997, establece que *«el etiquetado, la publicidad y la presentación de los productos alimenticios (26) destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso, no contendrá ninguna referencia al ritmo o a la magnitud de la pérdida de peso a que puede llevar su consumo, ni a la disminución de la sensación de hambre, ni al aumento de la sensación de saciedad»*.

Creemos que lo que se prohíbe, expresamente, es la referencia al ritmo o a la magnitud de la pérdida de peso, a la disminución de la sensación de hambre y al aumento de la sensación de saciedad.

Así, estaría prohibido que un determinado producto dietético, destinado a ser utilizado en dietas de bajo valor energético, se refiriese, en su publicidad, a que produce pérdida de peso, por ejemplo, en «pocas semanas», en «tres meses», «rápidamente», a «corto plazo», o que señalara que se pierden «tres, cinco o diez kilos», pero no prohíbe, en nuestra modesta opinión, que aluda a que el referido producto produzca pérdida de peso (27). El con-

En definitiva, la publicidad del producto Biomanán, en la medida que hace referencias al adelgazamiento, es ilícita al infringir el apartado e) del artículo 3 de la Ley General de Publicidad con relación al artículo 4.1 y 3 del Real Decreto 1430/1997, de 15 de septiembre, y, en todo caso, son de aplicación las prohibiciones sobre etiquetado, presentación y publicidad de los productos por aplicación del artículo 4.2 del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma General de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios. En cuanto a la aplicación de la normativa sobre Publicidad y Promoción Comercial de Productos, Actividades o Servicios con pretendida actividad sanitaria contenida en el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, resulta ocioso su examen al declararse la ilicitud de la publicidad en virtud de los razonamientos contenidos en el fundamento anterior.

En todo caso, conviene indicar que dicha regulación es aplicable a los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético y, en general, a productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, en la medida que pretendan tener una finalidad sanitaria, como se deduce del propio artículo 4.10 del citado Real Decreto, que prohíbe la publicidad, entre otros supuestos, cuando se atribuya «a los productos alimenticios destinados a regímenes dietéticos o especiales, propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial», lo que determinaría la misma conclusión alcanzada en el fundamento anterior por la remisión a su normativa específica, sin que pueda, conforme a la misma, atribuirse a tales productos propiedades adelgazantes, aunque la concreta palabra utilizada en la publicidad es el verbo adelgazar, lo que no impide acoger la demanda en los términos solicitados».

(26) Por otro lado, se exigía que el etiquetado de los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para la reducción de peso cumpliera lo dispuesto en el Real Decreto 212/1992, de 6 de marzo, por el que se aprueba la Norma General de Etiquetado, Presentación y Publicidad de los Productos Alimenticios. Norma que ha sido derogada por el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma General de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, al que actualmente hay que entender hecha la remisión.

(27) Opinión contraria a la que manifiesta el Ilmo. Sr. don ARRIBAS HERNÁNDEZ en la tan citada sentencia de 11 de enero de 2005, cuando afirma: «que el legislador cuida y no puede considerarse casual, de evitar no sólo las denominaciones antes pro-

sumidor debe saber que son productos que se emplean en dietas para la reducción de peso, se trata de una información necesaria para que la persona que consuma estos alimentos lo haga sin riesgos para su salud, aunque resulte obvio, recordemos que no todos los problemas del metabolismo se reducen a la obesidad.

No obstante, para la correcta publicidad y comercialización de dichos productos, es necesario cumplir con la normativa del Real Decreto 1430/1997, de 15 de septiembre, y en el caso analizado del producto Biomanán, en nuestra opinión, es ilícita por infringir el apartado primero del artículo 4, al incumplir la exigencia de comercializarlo bajo las siguientes denominaciones: «sustitutivo de dieta completa para control de peso» para aquellos productos destinados a surtir la dieta diaria completa, o «sustitutivo de una comida para control de peso», para aquellos productos destinados a sustituir una o varias comidas de la dieta diaria.

Además, es necesario que en el etiquetado de estos productos se cumplan todos los requisitos exigidos por el Real Decreto en el artículo cuatro, entre otros, que en su uso se sigan las instrucciones del fabricante y que cuando se trate de productos sustitutivos de una o varias comidas de la dieta que reflejen que van destinados únicamente a ser parte de una dieta de bajo valor energético, y que esa dieta exige el consumo de otros alimentos.

De otro lado, cabe plantearse si es de aplicación el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, a este tipo de productos (28).

híbridas de adelgazantes o saludable, ...sino que ni siquiera considera oportuno incluir en la denominación el fin al que están destinadas estas dietas, la reducción de peso, que sí se menciona en la rúbrica de la reglamentación. Por otro lado, carece de sentido que se prohíba en la publicidad, etiquetado y presentación de estos productos que se haga referencia al ritmo o la magnitud de la pérdida de peso a que puede llevar su consumo, o a la disminución de la sensación de hambre o al aumento de la sensación de saciedad (art. 4.3 del Real Decreto 1430/1997) y que se admita la referencia a una genérica mención adelgazante o que ayude a adelgazar sin la menor referencia a que se trata de sustitutivo de una comida o de dieta completa para control de peso, máxime cuando se vincula el adelgazamiento y el estado de salud, al indicar que el producto ayuda a adelgazar de forma... sana y para que adelgazar sea más fácil y se haga con salud».

(28) En el caso analizado, considera el juez que: «resulta ocioso su examen al declararse la ilicitud de la publicidad en virtud de los razonamientos contenidos en el fundamento anterior. No obstante afirma, que en todo caso, conviene indicar que dicha regulación es aplicable a los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético y, en general, a productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, en la medida que pretendan tener una finalidad sanitaria, como se deduce del propio artículo 4.10 del citado Real Decreto, que prohíbe la publicidad, entre otros supuestos, cuando se atribuya “a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales, propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial”, lo que determinaría la misma conclusión alcanzada en el fundamento anterior por la remisión a su normativa específica, sin que pueda, conforme a la misma, atribuirse a tales productos propiedades adelgazantes, aunque la concreta palabra utilizada en la publicidad es el verbo adelgazar, lo que no impide acoger la demanda en los términos solicitados».

Este Real Decreto 1907/1996 (29) es conocido popularmente como el Decreto de «los productos milagro» (30), como dice MALO VALENZUELA (31): «ha tratado de ofrecer una respuesta específica a una especial modalidad que se está generalizando en el mercado: la de promocionar simples productos alimenticios con una apariencia sanitaria o preventiva que no se corresponde con la realidad ni con una previa comprobación técnica o científica debidamente contrastada».

Por otro lado, continúa afirmando este autor que: «las alegaciones publicitarias sobre supuestas propiedades de los alimentos deben ser sometidas a un doble enjuiciamiento. En primer lugar, es preciso determinar si una alegación publicitaria debe ser calificada de engañosa, por ser susceptible de inducir a error a los consumidores en cuanto a la verdadera naturaleza y efectos que cabe esperar del producto. En segundo lugar, es necesario comprobar si tal alegación publicitaria debe ser calificada como alegación con pretendida finalidad sanitaria, prohibida al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 1907/1996» (32). Si la alegación publicitaria sobre las propiedades del alimento, no es engañosa ni puede ser calificada como una alegación con pretendida finalidad sanitaria, estaremos ante una simple *alegación de salud* o alegación *sobre propiedades saludables de los alimentos* totalmente lícita.

Creemos que, en principio, se excluye expresamente del ámbito de la regulación de este Real Decreto 1907/1996, los alimentos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso, por tener su propia normativa, conforme al artículo 3 del citado Reglamento.

No obstante, el artículo 4.10 del Real Decreto 1907/1996 establece una serie de prohibiciones específicas (33), entre las que destaca la prohibición de la publicidad de productos con pretendida finalidad sanitaria en el caso que atribuya a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial. De donde se desprende que, pese a que los productos dietéticos tengan su propia normativa, el citado Decreto prohíbe la publicidad que atribuya a los productos alimenticios, destinados a regímenes dietéticos o especiales *propiedades preventivas, curativas u otras distintas de las reconocidas a tales productos conforme a su normativa especial*, lo que significa que cualquier alegación que

(29) Debe observarse que en relación al etiquetado de alimentos o ingredientes alimentarios con filosteroles, rige el Reglamento número 608/2004, de 31 de marzo de 2004.

(30) Se debe perseguir la publicidad de ciertos productos que se anuncian con supuestas propiedades adelgazantes y reductoras, prometiendo a los consumidores resolver sus problemas a corto plazo y sin esfuerzo, ya que confunden al consumidor jugando con su confianza.

(31) Vid. MALO VALENZUELA, M. A., «Las alegaciones publicitarias sobre las propiedades saludables de los alimentos», en *La Ley*, núm. 6195, de 22 de febrero de 2005, págs. 2 a 5.

(32) *Ibidem*, resulta interesante ver la frontera que establece entre las alegaciones sobre las propiedades saludables de los alimentos y las alegaciones con pretendida finalidad sanitaria, pág. 2.

(33) Así se prohíbe que la publicidad de los productos milagro contenga alegaciones que sugiera propiedades específicas adelgazantes o contra la obesidad. Tampoco se pueden utilizar en productos que no son medicamentos o productos sanitarios, la mención de que son distribuidos en farmacias.

no esté contemplada en el artículo 4.2 (34) del Real Decreto 1997, está prohibida.

Es de resaltar además que el etiquetado de estos productos utilizados en dietas de bajo valor energético para la reducción de peso deben cumplir lo establecido en el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, que regula la Norma General de Etiquetado, Presentación y Publicidad de los Productos Alimenticios, cuando exige que el etiquetado y las modalidades de realizarlo no deberán ser de tal naturaleza que induzcan a error al comprador.

En el Derecho comunitario también existe una gran preocupación porque las declaraciones nutricionales y las propiedades saludables de los alimentos

(34) Artículo 42. Sobre etiquetado, presentación y publicidad, establece que:

«El etiquetado de los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso deberá cumplir lo dispuesto en el Real Decreto 212/1992, de 6 de marzo. Además, en el etiquetado de estos productos deberán figurar obligatoriamente las siguientes indicaciones:

- a) El valor energético disponible expresado en kJ y kcal y el contenido de proteínas, hidratos de carbono y grasas, expresado numéricamente por una cantidad determinada del producto, tal como se propone para su consumo.
- b) La cantidad media de cada mineral y de cada vitamina de las relacionadas en el apartado 5 del anexo I, expresada numéricamente por una cantidad determinada del producto, tal como se propone para su consumo. Los productos sustitutivos de una o varias comidas de la dieta diaria deberán, además, expresar la información sobre estas vitaminas y minerales en porcentaje de los valores definidos en el anexo del Real Decreto 930/1992, de 17 de julio, por el que se aprueba la Norma de etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios.
- c) En caso necesario, las instrucciones para la correcta utilización del producto y una indicación relativa a la importancia de ajustarse a dichas instrucciones.
- d) Una mención expresa de que el producto puede tener un efecto laxante cuando, consumido el mismo de acuerdo con las instrucciones del fabricante, proporciona una ingesta diaria de polioles superior a 20 gramos.
- e) Una mención de la importancia de mantener una adecuada ingesta diaria de líquidos.
- f) Los productos sustitutivos de la dieta diaria completa, además, incluirán:
 - Una mención de que el producto proporciona cantidades adecuadas de todos los nutrientes esenciales para un día.
 - Una mención de que el producto no debe consumirse durante más de tres semanas sin consejo médico.
- g) Los productos sustitutivos de una o varias comidas de la dieta diaria incluirán una mención expresa de que dichos productos únicamente sirven para el fin al que van destinados, como parte de una dieta de bajo valor energético, y que esta dieta debe necesariamente completarse con el consumo de otros alimentos.

3. El etiquetado, la publicidad y la presentación de los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso no contendrá ninguna referencia al ritmo o a la magnitud de la pérdida de peso a que puede llevar su consumo, ni a la disminución de la sensación de hambre, ni al aumento de la sensación de saciedad.

4. En aquellos casos en los que un producto destinado a sustituir la dieta diaria completa esté formado por varias unidades, éstas se presentarán en un único envase para su venta.

proporcionen una gran seguridad a los consumidores (35). Este objetivo estaba ya en el Libro blanco sobre seguridad alimentaria (36), que propuso introducir en la legislación comunitaria disposiciones específicas sobre las indicaciones nutricionales y funcionales de los alimentos.

Un paso más se ha dado con la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (37) sobre alegaciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos. Pretende establecer un nuevo marco legislativo para la utilización de las alegaciones, para acabar con las discrepancias que pueden actuar como barreras para garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores y la salud pública y pueden constituir obstáculos para la libre circulación de los alimentos y para el funcionamiento adecuado del mercado interior. Esperemos que sus objetivos se cumplan en aras a una mayor protección de los consumidores.

RESUMEN

PUBLICIDAD

Este comentario tiene como objetivo realizar un acercamiento a la problemática de la publicidad de cierta clase de productos alimenticios. En particular de los productos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso. Se trata de un tema de indudables implicaciones para nuestra salud y de gran complejidad normativa.

ABSTRACT

PUBLICITY

The objective of this commentary is to approach the problem of how a certain kind of foodstuffs is advertised, particularly products intended for use in low-calorie weight-loss diets. The issue is one of indubitable implications for our health and great legislative complexity.

(35) A nivel internacional el *Codex Alimentarius* en 1979 estableció unas directrices generales sobre las declaraciones; en 1991 directrices para el uso de declaraciones nutricionales, y en 1997 incluyó las declaraciones de propiedades saludables.

(36) COM (1999) 719 final acción núm. 65.

(37) Presentada el 16 de julio de 2003. COM (2003), 424 final. El 13 de enero de 2006 se aprobó la Posición Común del Consejo. COM (2006) 2 final. Puede verse en <http://www.europa.eu.int>.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO DE LA ENTIDAD GESTORA DE UNA ESTACIÓN DE ESQUÍ POR FALTA DE PROTECCIÓN DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA MISMA.

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

Profesora titular de Derecho Civil de la UNED

I. INTRODUCCIÓN

Debido al amplio ámbito de posibilidades en las que se puede generar la responsabilidad civil, en esta ocasión vamos a centrarnos en los deportes que se pueden practicar en una estación de esquí y por lo tanto en las situaciones de riesgo que se generan.

Es necesario partir de lo que se denomina con carácter general «dominio esquiable». Para ello se ha tomado como referencia lo dispuesto en el reglamento interno de funcionamiento de las estaciones de esquí alpino españolas integradas en ATUDEM (1). En él se clasifica el dominio esquiable en tres posibilidades: las pistas señalizadas, los itinerarios de esquí y las zonas «fuera de pista». El comentario tiene como base el estudio de dos sentencias dictadas sobre un mismo hecho, por la interposición de dos demandas de un accidente ocurrido en la zona denominada fuera de pista.

Los hechos de los que traen causa los procedimientos que fundamentan el comentario son los siguientes: un grupo de amigos se desplazó a la estación invernal «Alto Campoo-Brañavieja» y se adentraron hasta la pista de esquí llamada «El Cuchillón», aprovechando que la misma se encontraba cerrada. En la base de la pista hacia un lateral está ubicada una caseta de cemento utilizada para cronometrajes cuando hay competiciones. Los cuatro amigos se dedicaron a deslizarse sobre una lona de plástico, y en una de las bajadas chocaron con la caseta de cronometraje. El resultado del accidente fue que uno de los muchachos falleció y los otros tres sufrieron lesiones de distinta consideración.

El planteamiento que se hace se diversifica en dos aspectos: ¿Existe responsabilidad de cualquier agente que provoque un riesgo? ¿Qué ocurre si existe culpa o negligencia de la víctima?

En este supuesto concreto se consideró, tanto por el Juzgado de Instancia como por la Audiencia, que procede la indemnización al existir un perjuicio y unas consecuencias derivadas de una actuación negligente, como es el fallecimiento de una persona y las lesiones de otras del agente que creó el riesgo. La diferencia entre ambas instancias está en la cuantía de la indemnización en el procedimiento en el que se dilucida la responsabilidad por fallecimiento de uno de los implicados, valorando en ambas instancias la culpa de la víctima. Hecho que dio lugar a un descenso considerable en la indemnización. Y, en el otro procedimiento también existe diferencia de criterio entre la Audiencia y el Juzgado de Instancia, pero en este caso, respecto del tanto por ciento de responsabilidad que les corresponde a las víctimas.

(1) Aprobado en la Estación de Manzaneda el 17 de junio de 1994.

II. CRITERIO JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se ha pronunciado en los sucesos ocurridos en actividades deportivas, y, concretamente, en la práctica del esquí, lo ha hecho de diversa manera atendiendo a la culpabilidad de la víctima.

Por un lado, se valora la negligencia del agente productor del riesgo, en este sentido la Sala consideró: «Que aunque la dirección de la estación invernal había colocado en las proximidades de la pista en la que ocurrió el suceso un cartel prohibiendo especialmente el descenso y uso de los trineos en la zona, basta ver las fotografías obrantes en la causa para poder comprobar visualmente la situación y protecciones —o mejor decir, ausencia de ellas— de la caseta de cronometraje contra la que se estrellaron los jóvenes. La caseta se sitúa a pie de pista, en una zona lateral, y en la fecha de los hechos carecía de cualquier protección, de forma tal que cualquier persona, ya fuere trineista, esquiador alpino o de fondo, podía golpearse contra los consistentes muros de cemento de la referida caseta. No es de recibo alegar que la caseta se mantenía desprovista de protecciones porque la pista se encontraba cerrada; la dirección de la entidad explotadora, ya que no puede cercar con vallas las pistas, aún cerradas, tiene la obligación de prever el posible uso parcial de esa pista por esquiadores noveles o en fase de aprendizaje y sin experiencia para coger remontes mecánicos» (2).

Sin embargo, este criterio no fue utilizado por el Tribunal Supremo en un supuesto parecido (3), en donde se eximió completamente de responsabilidad a la entidad explotadora de la estación al considerar que no se le podía exigir una diligencia superior a la normal, argumentando (4): «No cabe ninguna duda que al estar ubicada la caseta fuera de la pista en que se produjo el fatídico y desgraciado accidente, pero dentro de la zona de influencia de la misma, el único reproche que, en un plano teórico, cabría hacer a la referida mercantil, sería el no haber aplicado a la pared de la caseta, en la parte orientada a la pista, algún material protector, pero tal previsión excedería con mucho a la norma exigible a un buen padre de familia que recomienda en el artículo 1.104 del Código Civil, puesto que no se trataba de una pista de práctica de esquí, por lo que la previsibilidad de que alguna persona pudiera colisionar contra la caseta al deslizarse por dicha pista hace sumamente difícil de imaginar, con lo cual, no cabe imputar a la..., la creación de una situación de riesgo, ni tampoco elevar el reproche a la categoría de omisión culposa o negligente a los fines de una exigencia por responsabilidad extracontractual».

La diferencia estriba principalmente en delimitar cuándo se ha creado un riesgo y cuándo no se ha creado. Desde mi punto de vista, en ambos supuestos se ha creado un riesgo. La ubicación de una caseta de cronometraje a pie de pista o fuera de pista, dentro de lo que se entiende por dominio esquiable, unido a la velocidad que se alcanza en la mayoría de las modalidades que se practican en una estación, añade un riesgo a la práctica en sí. La exención de responsabilidad sólo debería plantearse cuando el agente creador del mismo ha utilizado los medios normales para evitar el riesgo.

(2) STS de 13 de junio de 2005.

(3) STS de 10 de marzo de 1999.

(4) En este supuesto en el que la víctima también se deslizaba con un plástico, con unas amigas, el Tribunal Supremo consideró que había culpa exclusiva de la víctima, por el medio utilizado, igual al deL caso que nos ocupa, y también porque la caseta se encontraba fuera de la pista, y de ahí la interpretación de la Sala.

III. ELEMENTOS INTERVINIENTES

Como se ha planteado anteriormente, las cuestiones que aquí se analizan son varias: la creación de un riesgo por la entidad gestora de las pistas y demandada en ambos procedimientos, la actitud negligente por parte de los perjudicados y como efecto de ambas la concurrencia de responsabilidades cuyo resultado es la compensación de culpas.

1. LA CREACIÓN DE UN RIESGO

En el siglo pasado se ha puesto de relieve y se ha colocado en un primer plano la denominada responsabilidad por riesgo. Se puede afirmar que la responsabilidad por riesgo se aleja bastante de la idea de culpa del responsable, aunque no sea exactamente identificable con la idea de responsabilidad sin culpa. Los elementos que caracterizan la responsabilidad por riesgo, tanto desde un punto de vista positivo como negativo (5), son los siguientes:

La titularidad de la esfera de creación del riesgo. Se traslada a un segundo orden la causación entre el hecho y el efecto, e incluso la acción u omisión del agente, lo importante es quién es el titular del riesgo.

Al suponer este tipo de responsabilidad un cierto peligro, éste ha de ser derivado de la empresa o de circunstancias objetivas, no es suficiente el peligro general inherente a cualquier actividad.

El daño se produce porque hay una relación interna entre el mismo y la fuente de riesgo.

Se trata, en definitiva, de que la persona o entidad que se beneficia de una determinada situación, como en el supuesto que nos ocupa, la explotación de una estación de esquí, sea la que debe responder ante cualquier circunstancia.

Independientemente del riesgo en general que pueda existir en una estación de esquí, aquí se ve aumentado por la existencia de una caseta de cronometraje, que según se desprende de los autos, está situada a pie de pista, en una zona lateral y sin ningún tipo de protección. La consecuencia de ello es que cualquier usuario de la pista, ya sea esquiador, corredor de fondo, de snowboard, o incluso los propios empleados pueden colisionar con ella. Por ello, se puede afirmar que la entidad gestora de la estación actuó negligentemente, pues la caseta de cronometraje se encontraba dentro de la pista. Esta negligencia la apreció también la Sala en la sentencia de 26 de junio de 2001, siendo en esta ocasión la colisión con una caseta de ventilación cerca de las pistas de esquí. Consideró que la estación no había adoptado las medidas para reducir el peligro de una colisión y sus consecuencias. Aquí también hubo concurrencia de culpas, pese a ser un esquiador el que chocó, pues bajaba a gran velocidad por una pista de debutantes.

2. CULPA DEL PERJUDICADO

El resultado en una acción de responsabilidad extracontractual varía sobremedida si el perjudicado ha cooperado o le es en parte imputable el desenlace dañoso. En este caso los perjudicados entraron en una pista que es-

(5) SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, pág. 376.

taba cerrada, que se prohibía en todo caso el uso de trineos, y utilizaron para el deslizamiento un plástico en el que iban cuatro personas, con lo que la velocidad a desarrollar por el peso sería mayor. Por lo tanto se puede afirmar que el accidente y los daños causados por él fueron propiciados en gran medida por la culpa de las víctimas. Si ha habido culpa de la víctima, ¿existe el deber de reparar el daño? Hay que analizar caso por caso. En líneas generales se puede afirmar que si existe culpa exclusiva de la víctima, no hay obligación por parte del agente de indemnizar.

En este caso tenemos, por un lado, la creación de un riesgo por la titular de la estación, la actuación negligente de la citada entidad y la actuación culposa de las víctimas. Por lo tanto estamos ante la situación más controvertida, esto es, aquélla que surge cuando existe concurrencia de responsabilidades.

3. CONCURRENCIA DE CULPAS O DE RIESGO

Hay supuestos como el presente, en el que existe una conducta negligente por parte del perjudicado, pero sin excluir la responsabilidad del agente creador del riesgo. La consecuencia última de la responsabilidad es la reparación del daño causado. Partiendo de esa idea, la concurrencia de responsabilidades del agente y del perjudicado lleva al resultado de reducir la obligación de indemnizar del agente hasta dónde alcance la culpa o la negligencia del perjudicado. En cuanto a la determinación de la culpa del perjudicado, se hace a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.104 del Código Civil, es decir, atendiendo a la falta de diligencia que se exige en la actuación llevada a cabo. Es preciso incidir en que la actuación del perjudicado se reprocha no del hecho de haberse puesto en peligro, si no que con su actuación ha incurrido en responsabilidad confluente al daño a través de la conducta del agente.

El fin último de la compensación de culpas opera favorablemente para la parte que ha creado el riesgo. La primera valoración que ha de hacerse es la de determinar la participación del perjudicado en los daños, tendrá que hacerse una apreciación de conjunto de las circunstancias que han sido causantes del daño, pues es difícil individualizarlas. Posteriormente habrá que ponerla en relación con la actuación negligente del titular del riesgo y en su caso, de su actuación negligente. Tras ello se procede a la compensación de culpas.

IV. CONCLUSIONES

I. En primer lugar me parece necesario poner de manifiesto que no se puede aplicar la doctrina del riesgo a todas las actividades de la vida, ya que todas conllevan un riesgo. Es cierto cómo se ha expresado que estamos en la sociedad del riesgo, pero es de coherencia no hacer una aplicación extensiva del mismo, sino más bien todo lo contrario, hacer una aplicación limitativa.

II. En segundo, en un supuesto como el que nos ocupa, es cierto que la práctica en sí misma del deporte del esquí conlleva un alto riesgo (6). Para evi-

(6) Al riesgo que entraña la práctica del deporte del esquí hay que unir la falta de regulación por parte de las Administraciones. Es interesante, a este respecto, traer a colación lo dispuesto en el párrafo cuarto del Preámbulo del Reglamento Interno de Funcionamiento de las estaciones de esquí alpino españolas integradas en ATUDEM:

tar el mismo, los responsables de los espacios que engloban la estación de esquí han de procurar que la práctica de los deportes que allí se realizan se haga en las mejores condiciones de seguridad posibles. En este punto concreto es donde hay que valorar si la entidad gestora de esta estación en concreto actuó con la diligencia normal. La respuesta, creo, ha de ser negativa, basada en la circunstancia que se desprende de los hechos probados, pues la caseta de cronometraje estaba situada al final de la pista en la zona lateral, en un lugar de riesgo incluso para los propios esquiadores. Es cierto que en el momento de ocurrir el accidente, la pista estaba cerrada, pero dejando a un lado este dato, en ella jamás existió protección, ni antes ni después del accidente. Por lo tanto, además de la creación de un riesgo, hubo una actuación negligente.

III. En tercer lugar es preciso tener en cuenta, como ha hecho el Tribunal Supremo al hacer la valoración de la responsabilidad, que los perjudicados fueron responsables de su actuación. Independientemente de que la entidad gestora cree un espacio seguro para los usuarios de la estación, el usuario debe ser consciente y asumir que se halla en un medio que entraña riesgos, y en este caso especialmente, pues estaban practicando una actividad no permitida, en un espacio no permitido, y con unos medios que no cumplían las normas de seguridad.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD CIVIL

El principal problema que se plantea es delimitar hasta dónde se debe invocar la teoría del riesgo en los supuestos de responsabilidad. Asimismo conectarlo con las situaciones en las que el daño se ha producido por una actuación, cuanto menos, negligente de la víctima.

ABSTRACT

CIVIL LIABILITY

The main problem is drawing the limits on how far the theory of risk should be carried in liability cases. The article connects this issue with situations where injury has occurred due to some action by the victim that can be considered, at the very least, as negligent.

BIBLIOGRAFÍA

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, 2004.
SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970.

«Con estas premisas, la determinación y definición del *dominio esquiabile*, de los responsables y de las obligaciones de la estación y de los usuarios, son las bases fundamentales para delimitar la responsabilidad de cada uno de los sujetos afectados. Los países de nuestro entorno han intentado delimitar con claridad la extensión del dominio esquiabile por la estrecha relación existente entre dicha delimitación y la determinación de responsabilidades: en efecto, la responsabilidad de la estación de esquí es muy distinta en el ámbito esquiabile que la estación prepara, controla y limita, que fuera del mismo, por lo que está muy interesada en fijar de forma clara donde termina su ámbito esquiabile controlado y donde empieza el fuera de pistas».

2. DERECHO MERCANTIL

PARTICIPACIÓN CUALIFICADA EN EL CAPITAL SOCIAL Y DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS.

por

M.^a JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ
Profesora Asociada de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Sociedades Anónimas reconoce de forma explícita a los accionistas el derecho a solicitar a los administradores información sobre los asuntos que conciernen a la sociedad. Este derecho forma parte del elenco de derechos de contenido político que recoge con carácter general el artículo 48.d) de la Ley de Sociedades Anónimas, que, como es sabido, contiene el catálogo de derechos mínimos que confiere al socio la mera titularidad de una de las acciones en que se divide el capital social. Así configurado, el derecho de información constituye uno de los derechos corporativos básicos ligado indefectiblemente a la condición de socio, esto es, uno de los derechos individuales e inderogables que la sociedad está obligada a reconocer a cada uno de sus accionistas con independencia de cuál sea su porcentaje de participación en el capital social (1); derecho que se encuentra limitado sólo por las circunstancias que la propia Ley establezca (2).

El otorgamiento a los socios de un derecho de información tiene su explicación en la separación entre la propiedad y la gestión que es típica de las sociedades corporativas. Por lo general, en este tipo de sociedades —entre las que la sociedad anónima representa un papel paradigmático— la gestión se confía a terceras personas y no a los propios accionistas, quienes, no obstante, siguen siendo por tal concepto los verdaderos *propietarios* de la empresa social. La relación fiduciaria que, en tanto gestores de intereses ajenos, vincula a los administradores con los accionistas hace necesario contar con una herramienta que permita a estos últimos controlar la gestión social desarrollada por los administradores, solicitándoles informes y aclaraciones que no siempre estarían dispuestos a ofrecer voluntariamente (3). Pero además, fuera

(1) R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. M.^a MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de Accionistas (arts. 93-122 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ/M. OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. V, Madrid, 1992, págs. 22; G. ESTEBAN VELASCO, «Derecho de información del accionista», en A. ALONSO UREBA y cols. (coords.), *Derecho de Sociedades Anónimas*, II-vol. 1.º, Madrid, 1994, pág. 200.

(2) Vid. J. F. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría», en A. ALONSO UREBA y cols. (coords.), *Derecho de Sociedades Anónimas*, II-vol. 1.º, Madrid, 1994, págs. 55 y sigs.

(3) Vid. sobre la relación entre derecho de información y control de la gestión social, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *La acción y los derechos del accionista*, en R. URÍA, A. MENÉNDEZ, M. OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. IV, vol. 1.º, Madrid, 1994, pág. 170.

ya del aspecto fiscalizador de la labor de administración, el derecho de información tiene como fundamento la tutela de la posición del socio en la sociedad y la protección del ejercicio de los demás derechos vinculados a dicha condición, en tanto que, como recuerda el fundamento primero de la sentencia comentada, la información constituye un presupuesto indispensable de la adopción de decisiones responsables que afectan a sus intereses de socio (4).

Ahora bien, el derecho de información contemplado en el citado artículo 48 LSA, no es más que un derecho abstracto que precisa ser concretado en relación con las posibilidades reales de su ejercicio. En efecto, reconocer al accionista un derecho genérico de información no puede significar sin más el derecho a que se le facilite en cualquier momento y sobre cualquier asunto la información requerida. Por el contrario, al igual que ocurre con los demás derechos establecidos en aquel precepto, la necesidad de no entorpecer el correcto funcionamiento de la sociedad exige al legislador ordenar las bases que permiten al socio ejercitar este derecho frente a la sociedad, estableciendo los presupuestos legales a los que se supedita el nacimiento de esa concreta prerrogativa, que se convierte, de este modo, en un derecho subjetivo propiamente dicho (5).

En este sentido, cobran especial relevancia dos preceptos en los que este derecho genérico de información recibe la adecuada concreción: los artículos 112 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas. El primero concede a los accionistas el derecho a obtener informaciones o aclaraciones con ocasión de la convocatoria o celebración de una Junta General o en el transcurso de la misma (6). El segundo les reconoce el derecho al examen de los documentos que se someten a la consideración de la Junta General convocada con el objeto de aprobar las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado y de censurar la gestión social, lo que incluye la inspección de los documentos contables que conforman las cuentas anuales y, en la actualidad, también el examen del informe de auditoría y del informe de gestión de los administradores. Nuestra doctrina considera que ambos preceptos albergan las dos modalidades en las que se articula el derecho individual de información (7), que son, justamente, sobre las que se pronuncia el Alto Tribunal en la reciente sentencia de 26 de septiembre de 2005. En efecto, los hechos probados que dan origen a esta sentencia aglutinan esas dos vertientes del derecho de información del accionista, en cuanto que ponen en evidencia que tras la convocatoria de la Junta General Ordinaria de la sociedad «Eladio Martínez Alonso, S. A.», cuyos dos únicos puntos del orden del día eran la aprobación de las cuentas anuales y la aprobación del informe de gestión de los administradores, las socias demandantes y recurrentes solicitaron por escrito con anterior-

(4) ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 194.

(5) Vid. SÁNCHEZ ANDRÉS, *La acción y los derechos del accionista*, cit., págs. 102 y sigs.

(6) Por obra de la Ley 26/2003, de 17 de julio (más conocida como «Ley de Transparencia»), este derecho de información regulado en el artículo 112 LSA ha sido ampliado en su ámbito objetivo al hacerlo extensible a la información que la sociedad hubiera facilitado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su accesibilidad al público desde la celebración de la última Junta General (con ésta y otras novedades, cfr., el actual art. 112 LSA).

(7) Por todos, ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., págs. 195 y sigs.

ridad a dicha Junta información respecto de los saldos y sumas del Libro Mayor y del balance, sin que, a salvo de algunas aclaraciones sobre ciertas partidas y anotaciones de cuentas hechas por el contable de la sociedad en el transcurso de la Junta, recibieran las socias respuesta alguna.

II. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2005 EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA

Aunque, en principio, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2005, constituye sólo una más entre otras en las que se ha abordado la cuestión del alcance del derecho de información del accionista, los hechos que motivaron este nuevo pronunciamiento jurisprudencial contienen ciertas particularidades que es preciso reseñar, debido a la decisiva influencia que las mismas tuvieron, en este caso concreto, en el fallo del Tribunal. De ahí que, junto a la cuestión del contenido del derecho de información de los socios de una sociedad anónima, la sentencia prestara una particular atención a la relación que tiene este derecho con el simultáneo deber que la Ley impone a los administradores de la sociedad de guardar secreto sobre las informaciones confidenciales que pudieran perjudicar al interés social.

1. LOS ANTECEDENTES

Los hechos que dieron lugar a este nuevo pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal en relación con el derecho de información del accionista se remontan a la demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia de Torrijos por parte de cinco socias de la entidad mercantil «Eladio Martínez Alonso, S. A.» —las hermanas doña Amanda, doña Rita, doña Juana, doña M.^a Teresa y doña Celestina—. Las referidas socias solicitaban en su demanda la nulidad de los acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales y de la gestión social de los administradores del ejercicio de 1996 adoptado en la Junta General Ordinaria de Accionistas celebrada el 23 de junio de 1997. Las cinco socias demandantes —de las que una de ellas (doña Celestina) tenía a su vez la condición de integrante del Consejo de Administración— fundamentaron la demanda en la infracción del derecho de información que les otorga el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, conforme al cual habían solicitado por escrito a los administradores con anterioridad a la Junta información detallada relativa a las sumas y saldos del Libro Mayor y del balance, sin que, a salvo de algunas aclaraciones realizadas en el curso de la Junta por el contable de la sociedad, se les proporcionara la información solicitada. Se daba la circunstancia de que las cinco socias —incluida la socia-administradora doña Celestina— representaban en el momento de los hechos el 25 por 100 del capital social de la entidad mercantil demandada y que, simultáneamente, ostentaban la titularidad de una empresa competidora («C., S. L.»). El restante 75 por 100 del capital social de la entidad demandada se encontraba dividido a partes iguales entre otros tres socios, integrantes junto con doña Celestina del Consejo de Administración de dicha sociedad en calidad de consejeros delegados.

A la demanda de impugnación del acuerdo de la Junta se opuso la entidad mercantil demandada, que alegó la extralimitación del derecho de informa-

ción ejercitado por las demandantes —en cuanto que lo que pretendían efectuar era una investigación de la contabilidad y de toda la documentación social—, así como el perjuicio que podría experimentar el interés social en caso de facilitar la información solicitada, dado el interés directo de las demandantes en otra sociedad competidora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda en sentencia de 11 de julio de 1998, al entender que a pesar de que su cuota conjunta de participación del 25 por 100 les permitía ejercitar su derecho de información por encima de una eventual negativa fundada en el perjuicio del interés social (art. 112.3 LSA), las demandantes se habían excedido en el ámbito objetivo de su derecho de información al solicitar datos sobre los libros contables de la sociedad.

Apelada por las demandantes la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial de Toledo, se estimó el recurso de apelación y en sentencia de 26 de enero de 1999 se revocó la anterior Resolución declarando la nulidad de los acuerdos sociales en aplicación del artículo 115 en relación con los artículos 48 y 112 de la Ley de Sociedades Anónimas. La sentencia fue entonces recurrida en casación por la entidad mercantil «Eladio Martínez Alonso, S. A.».

2. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

El recurso de casación que interpuso la entidad demandada se articuló en tres motivos, apoyados, respectivamente, en los artículos 127, 112 y 212 de la Ley de Sociedades Anónimas:

El primer motivo del recurso de casación denunció la infracción del artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, que obliga a los miembros del órgano de administración de la sociedad a guardar secreto sobre las informaciones confidenciales a las que hubieran podido acceder por razón de su cargo. Estimaba la entidad recurrente que el derecho de información que asiste a los socios opera de modo distinto cuando se trata de socios que tienen a su vez la condición de administradores, ya que éstos tienen limitado tal derecho de información al presumirse que, en cuanto administradores, cuentan con medios suficientes para conocer la información sobre la marcha de la sociedad, resultando además que la información sobre la sociedad a la que eventualmente pudiera acceder el socio-administrador y que presente un carácter confidencial, no puede ser suministrada a los otros accionistas sin ocasionar una violación del referido artículo 127 LSA. Frente a esta alegación, consideró el Tribunal Supremo que la condición de administradora de una de las demandantes nada había de restar al derecho de información que le otorgaba su simultánea condición de socia. Estimó probado el Tribunal que la socia-administradora —doña Celestina— se había visto privada continuamente de la información a la que por razón de su cargo le correspondía acceder, siendo su integración en el Consejo de Administración de la sociedad más bien nominal que efectiva, por lo que mal habría podido infringir un deber de secreto respecto de informaciones de las que de hecho no disponía. En estas circunstancias entendió la Sala que había de cobrar plena relevancia el derecho de información que la demandante tenía en cuanto socia, con el fin de obtener por esta vía la información que no se le suministró en su condición de administradora de la sociedad en el momento oportuno. Este derecho de información reconocido con carácter general en el artículo 48 de la Ley de

Sociedades Anónimas ha de considerarse como un derecho individual de todo accionista con independencia de que se participe o no en la gestión de la sociedad; derecho, por tanto, legítimo, válido e inderogable, máxime cuando junto con la cuota de las otras socias demandantes la socia-administradora alcanzaba una participación del 25 por 100 del capital social.

El segundo motivo de recurso de casación denunció la infracción del artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, que reconoce el derecho de los socios a recibir información sobre los puntos incluidos en el orden del día de la Junta General. Consideró la entidad recurrente que la nulidad de los acuerdos sociales que decretó la sentencia recurrida no procedía con arreglo a este precepto, pues el derecho de información que el mismo otorga a los socios no es un derecho ilimitado, sino que el Presidente de la Junta General puede denegar la información solicitada cuando considere que su divulgación resulta perjudicial para el interés social. A estos efectos, recordaba la entidad recurrente que las socias demandantes eran competidoras suyas al ser propietarias de otra sociedad con idéntico objeto social, de modo que resultaba altamente probable que dichas socias pudieran causarle un perjuicio en el caso de que aprovecharan la información suministrada —sobre todo en materia de listados de clientes— en beneficio esta última sociedad. Por esta razón, era del todo legítima la negativa a facilitar a las demandantes los datos solicitados, pues en la base de esta negativa no estaba sino la defensa del interés de la sociedad recurrente. Frente a esta argumentación, el Tribunal Supremo —confirmando la línea jurisprudencial trazada en anteriores sentencias— declaró que el derecho contenido en el referido artículo 112 LSA no es otro que el derecho que corresponde a cualquier accionista a solicitar antes y en el transcurso de la celebración de la Junta los informes que estimen convenientes sobre los puntos comprendidos en el orden del día, debiendo los administradores facilitar esa información con el fin de que los socios puedan formarse una opinión fundada sobre los asuntos que se someten a su consideración y voto. De ahí que cuando el derecho de información se ejercita por alguno de los socios ha de obtener la correspondiente respuesta, por ser tal derecho de información eminentemente sustancial y complementario del voto. Así, aun siendo cierto que este particular derecho de información se encuentra limitado por el potencial perjuicio al interés social que pudiera causar la publicidad de ciertas informaciones, este derecho se presenta cualificado cuando quien lo ejercita (como ocurría en el presente caso una vez reconocido el derecho de información que, como socia, le correspondía a la demandante administradora) representa al menos la cuarta parte del capital social, en cuyo caso los administradores no pueden negar la información solicitada.

El tercer motivo del recurso alegó, en fin, la infracción del artículo 212 de la Ley de Sociedades Anónimas, por cuanto que las socias demandantes tenían pleno conocimiento de lo que se iba a tratar en la Junta y lo que realmente pretendían era una investigación de la contabilidad y de toda la documentación social, excediéndose, de este modo, los límites que tal precepto concede al derecho de información de los socios en relación con las cuentas anuales y el informe de gestión. En relación con este tercer motivo, destacó la Sala que el artículo 212 LSA ampara con carácter reforzado frente a la legislación anterior el derecho de los accionistas a obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que se someten a la aprobación de la Junta, lo que incluye la información contable necesaria para que los accionistas puedan contar con un conocimiento completo que les permita emitir un voto responsable en un

asunto de fundamental importancia como es la presentación y rendición de cuentas. Sobre esta base consideró el Tribunal que la información que se solicitó por las socias demandantes guardaba perfecta correlación con el orden del día de la Junta, puesto que se refería a las cuentas anuales y a la gestión de los administradores, no constituyendo en modo alguno abuso del derecho de información o extralimitación en su ejercicio.

Por todo lo anterior, declaró el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación formalizado por la entidad mercantil «Eladio Martínez Alonso, S. A.», confirmando así la nulidad de los acuerdos sociales adoptados en la Junta General de 23 de junio de 1997, con arreglo al artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas.

III. EL CONTENIDO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA

1. EL DERECHO DE INFORMACIÓN CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DE UNA JUNTA DE ACCIONISTAS

Por lo que se refiere a la primera modalidad del derecho de información —también denominada «derecho a formular preguntas»—, dispone el artículo 112 LSA que hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta, los accionistas pueden solicitar a los administradores las informaciones o aclaraciones que estimen precisas acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, así como formular *por escrito* las preguntas que estimen pertinentes. Este derecho de información a ejercitar antes de la celebración de la Junta se complementa, a su vez, con el derecho a solicitar *verbalmente* dichas informaciones o aclaraciones durante la propia celebración de la Junta, en cuyo caso los administradores habrán de satisfacer este derecho en ese mismo momento o, de no ser posible, facilitar la información por escrito dentro de los siete días siguientes a la terminación de la Junta.

Tal y como se deduce del precepto citado, la información que tienen derecho a solicitar los accionistas se encuentra limitada tanto por razón de la oportunidad como por razón de la materia. El artículo 112 LSA sólo ampara la facultad de solicitar informaciones o aclaraciones antes o durante una Junta ya legalmente convocada (o en el curso de la celebración de una Junta Universal) y sólo respecto de aquellos asuntos comprendidos en el orden del día de dicha Junta. Queda, de este modo, excluida del contenido del derecho de información la solicitud de datos o aclaraciones realizada extemporáneamente —esto es, fuera del contexto de la convocatoria o celebración, ya sea de una Junta General (ordinaria o extraordinaria), ya de una Junta especial o, incluso, de una Junta Universal— o respecto de materias que no se sometan a la correspondiente deliberación y voto en la Junta, con excepción de las que se refieran al ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores o a su destitución (8). Ahora bien, por encima de tales límites al derecho de información que contempla el artículo 112 LSA, ha de atribuírsele un contenido ciertamente amplio, puesto que, como señala el propio precepto, comprende los informes o aclaraciones que los accionistas «estimem precisas o

(8) URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de Accionistas*, cit., págs. 253 y sigs.

convenientes». Esta amplitud del derecho de información del accionista con ocasión de la Junta es generalmente reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Precisamente, cabe a estos efectos poner de relieve que la sentencia dictada en apelación que fue objeto del recurso de casación que motivó la sentencia que se comenta destacó una vez más el carácter *extremadamente generoso* con que el citado precepto aborda el derecho de información, en cuanto que «la LSA se limita a conceder el derecho siempre que los datos *guarden relación* con los asuntos comprendidos en el orden del día, estableciendo así un criterio de conexión extraordinariamente amplio, y sin declarar expresamente límites al derecho mencionado» [SAP Toledo de 26 de enero de 1999, citando la STS de 15 de diciembre de 1998 (RJ 9636)].

Sentadas estas bases, una de las cuestiones sobre las que el ejercicio del derecho de información, ex artículo 112 LSA, presenta algunas dudas interpretativas se refiere a la solicitud de información realizada por escrito antes de la celebración de la Junta. Señala la sentencia comentada que ante la solicitud por escrito de información hecha por las socias demandantes con anterioridad a la Junta, ha de estimarse infringido por la sociedad el citado precepto al no haber proporcionado a aquéllas respuesta alguna, «sin perjuicio de que durante la celebración de la Junta el contable de la sociedad hubiera hecho aclaraciones sobre ciertas partidas y anotaciones de cuentas». Con ello, la Sala parece dar continuidad a la línea interpretativa seguida en el pasado, tanto por algunos de nuestros autores (9) como por el propio Tribunal Supremo en algunas ocasiones [STS de 17 de febrero de 1984 (RJ 689); STS de 3 de marzo de 1989 (RJ 1990) y STS de 14 de abril de 1988], con arreglo a la cual ante una solicitud de información por escrito realizada antes de la Junta, los administradores deben proporcionar la respuesta requerida a los accionistas solicitantes también con anterioridad a la misma.

Ante esta interpretación otras voces autorizadas estiman, por el contrario, que el derecho a formular preguntas *antes* de la Junta no es más que una forma de ejercitar el derecho de información que no tiene particularidad alguna respecto del derecho a formular preguntas *durante* la celebración de la Junta, y que, en consecuencia, la información solicitada podrá darse en el transcurso de la Junta sin que sea necesario tampoco que esta información se transmita a su vez en forma escrita. Entre otros argumentos, el fundamento de esta opinión reside en la facultad discrecional atribuida legalmente al Presidente de la Junta para denegar la información solicitada cuando, a su juicio, su divulgación pueda poner en peligro el interés social. Si esta facultad de denegar la información corresponde sólo y exclusivamente al Presidente de la Junta, parece claro que la información sólo podrá ser proporcionada a los accionistas una vez que ha dado comienzo la celebración de la Junta y su Presidente haya tenido la oportunidad de valorar la conveniencia de su divulgación, por mucho que los accionistas la hubieran solicitado con anterioridad a esta fecha (10). Estos autores entienden, no obstante, que esta interpretación puede quebrar cuando, como ocurre en el caso resuelto por la sentencia analizada, los accionistas solicitantes representen el veinticinco por ciento del capital social, ya que en estas circunstancias cede el derecho-deber del Presi-

(9) Vid., entre otros, F. VICENT CHULIÀ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I-1.º, Barcelona, 1991, pág. 527.

(10) Así, URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de Accionistas*, cit., pág. 264; ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., págs. 215-216.

dente de la Junta a negar la información (11). Así, tal vez haya sido la existencia de esta participación cualificada de las socias demandantes —y no el mero hecho de la solicitud anticipada de información— la razón que ha llevado en esta ocasión al Tribunal Supremo a imponer implícitamente la obligación de satisfacer el derecho de información mediante el suministro *ex ante* de la información solicitada. Pero incluso en estos casos de participación cualificada en los que, probablemente, pueda quedar amparado el derecho del accionista no sólo a solicitar información antes de la Junta sino también *a recibirla* con anterioridad a la celebración de la misma, ello no obsta para que con el objeto de garantizar el principio de igualdad de los accionistas los administradores deban reiterar la información proporcionada poniéndola a disposición de todos los demás accionistas asistentes durante la Junta (12).

2. EL DERECHO DE INFORMACIÓN EN RELACIÓN CON LAS CUENTAS ANUALES Y EL INFORME DE GESTIÓN

Según hemos adelantado, el derecho de información que otorga a los accionistas el artículo 112 LSA, en relación con los asuntos comprendidos en el orden del día de las Juntas de accionistas, se encuentra complementado y reforzado cuando lo que se somete a la consideración de los socios es la aprobación de las cuentas anuales y la gestión de los administradores. La aprobación de las cuentas y del destino del resultado económico del ejercicio constituye uno de los momentos más importantes del devenir de la sociedad, que conforma y da contenido al ejercicio de otros fundamentales derechos de socio (v.gr.: el derecho al dividendo). Por eso quiere la Ley que sea la Junta General de Accionistas —en el que está presente la voz y voto de la generalidad de los socios— el órgano social con competencia exclusiva y excluyente para decidir sobre este asunto trascendental (art. 212.1 LSA). Y por eso también el artículo 212.2 LSA establece para estos casos el derecho *de cualquier accionista* a obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la Junta General, así como el informe de gestión y, en su caso, el informe de los auditores de cuentas. Frente al «derecho a formular preguntas» regulado por el artículo 112 LSA, el derecho de obtención de los documentos contables del ejercicio es, además, un *derecho incondicional* que la Ley reconoce a todos y cada uno de los accionistas, sin que, a diferencia del anterior, puedan negarse los administradores a efectuar su entrega excusándose en el peligro que su divulgación podría ocasionar al interés social.

El referido artículo 212 LSA recoge pues junto a otros preceptos (cfr., por ejemplo, arts. 144.1.c, art. 155.1, art. 240.2, art. 254, art. 159.1.b, todos de la Ley de Sociedades Anónimas) lo que se ha dado en llamar «derecho al examen de información documental». Esta segunda vertiente del derecho de información implica la concesión de un derecho de consulta personal y directa —que, al menos en teoría, permite un control más profundo que el que se derivaría de una simple respuesta elaborada por los propios administradores—, pero limitada a los documentos concretos que en cada caso se establezcan legalmente (en el presente caso, los que integran las cuentas anuales —balance,

(11) URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de Accionistas*, cit., pág. 264.

(12) ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 244.

cuenta de pérdidas y ganancias y memoria explicativa—, así como la propuesta de aplicación del resultado, el informe de gestión y el informe de auditoría), sin que pueda el accionista solicitar la remisión o el examen de otros documentos distintos (13). Ahora bien, resulta fuera de toda duda que la existencia de un precepto que otorga este derecho específico de examen de información documental en relación con el sometimiento de la aprobación de las cuentas anuales y de la censura de la gestión social a la Junta General ha de entenderse sin perjuicio del derecho de información que asiste al accionista al amparo del artículo 112 LSA. De este modo, nada obsta para que aun habiendo obtenido los socios los documentos que se someterán a la aprobación de la Junta en virtud del referido artículo 212.2 LSA, puedan pedir estos mismos socios a los administradores, antes o durante la Junta General, las aclaraciones o informaciones complementarias que estimen oportunas en relación con el contenido de los documentos presentados para poder determinar el sentido de su voto con pleno conocimiento de causa (14).

Esto es precisamente lo ocurrido en el caso que da origen a la sentencia comentada. De los hechos probados se deduce que la circunstancia que motivó la demanda ante los Tribunales no fue tanto la falta de obtención de los documentos contables *ex artículo* 212.2 LSA, sino la falta de obtención de la adecuada respuesta de los administradores a las preguntas que las socias demandantes hicieron por escrito con anterioridad a la Junta General sobre las sumas y saldos del Libro Mayor y del balance; ello en ejercicio del derecho de información que les reconoce respecto de los asuntos comprendidos en el orden del día de toda Junta de Accionistas el artículo 112 LSA. Ahora bien, tras esta necesaria puntualización, la argumentación de la Sala pone sobre el mantel una de las cuestiones más delicadas que plantea el ejercicio del derecho de información cuando éste recae sobre las cuentas anuales y la gestión social: el del contenido y límites del derecho. A estos efectos conviene recordar que la información solicitada se refería fundamentalmente a la «sumas y saldos del Libro Mayor y del balance» y que, a juicio de la Sala, la información requerida «guardaba perfecta correlación con el orden del día de la Junta y se refería a las cuentas anuales del ejercicio 1996 y gestión de los administradores, como cuestiones principales a tratar en la Junta convocada para el 23 de junio de 1997, por lo que no estamos ante un supuesto de abuso de derecho o de extralimitación en su ejercicio». Por el contrario, entiende la entidad recurrente que la pretensión de las socias demandantes era «una investigación de la contabilidad y de toda la documentación social, lo que representaba exceder los límites que concede el derecho de información a los socios» (Fundamento de Derecho Tercero).

En relación con esta cuestión, nuestra doctrina científica coincide en afirmar que aun siendo cierto que el derecho de información del socio respecto de las cuentas anuales y el informe de gestión no puede quedar relegado al

(13) ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 203; entendiéndose, por el contrario, que el documento que contenga la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio ha de excluirse del derecho de examen de los socios, R. ILLESCAS, «Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales», en R. URÍA/A. MENÉNDEZ/M. OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, vol. 2.º, Madrid, 1993, pág. 188.

(14) ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 203; R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. GARCÍA DE ENTERRÍA, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, cap. 37, pág. 934.

mero examen de los datos que constan en los documentos contables que les han sido facilitados, tampoco puede significar el derecho del accionista individual a realizar un *reexamen* o investigación general de la contabilidad de la empresa y de sus *antecedentes* similar al que les está encomendado realizar a los auditores de cuentas (15). Este mismo criterio restrictivo ha sido acogido en no pocas ocasiones por el propio Tribunal Supremo [vid., entre otras, STS de 7 de octubre de 1985 (RJ 4625) y STS de 9 de febrero de 1989 (RJ 823)]. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el derecho de información del accionista es, ante todo, un derecho instrumental, otorgado con la finalidad de hacer posible un conocimiento adecuado de la situación patrimonial que reflejan los documentos contables que han de someterse a la aprobación de los socios a través de la emisión del voto en la Junta General. De ahí que su ejercicio deba valorarse de acuerdo con esta finalidad, de modo tal que el accionista sólo pueda solicitar aclaraciones —esto es, un «desarrollo razonable»— de las distintas partidas que componen aquellos documentos contables del ejercicio social que, por Ley, tiene derecho a conocer (el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria explicativa, la propuesta de aplicación del resultado, el informe de gestión y, en su caso, el informe de los auditores de cuentas), excluyendo, así, el derecho a investigar la contabilidad y los libros contables, que, en principio, son materias que deben quedar reservadas al ámbito interno de la sociedad [STS de 9 de febrero de 1989 (RJ 823)] (16). Ello no significa, sin embargo, que el accionista no pueda en modo alguno tener acceso a la contabilidad de la empresa, si bien esta prerrogativa habrá de quedar satisfecha, bien a través del derecho —ejercitable por la minoría que represente al menos el 5 por 100 del capital social— a solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor que revise las cuentas anuales de un determinado ejercicio (art. 205.2 LSA), o bien ya fuera de la protección que le otorgan las leyes societarias para conformar otros derechos distintos que se encuentra también en otra fuente legislativa diferente: el derecho que, como titular de un interés legítimo, pueda tener el accionista a solicitar a la autoridad judicial la comunicación o la exhibición de los libros

(15) En estos términos, ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 224.

(16) URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de Accionistas*, cit., págs. 255-256. También, en el sentido de que aunque el derecho de información del socio ha de entenderse «en sentido amplio», éste no puede llevar a la injerencia personal del accionista en la esfera interna de la contabilidad y la gestión, SÁNCHEZ ANDRÉS, *La acción y los derechos del accionista*, cit., págs. 170-171. Bastante más amplio se presenta, por el contrario, el derecho de información de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada en relación con las cuentas anuales. Como complemento del derecho individual a obtener los documentos que se someterán a la aprobación de la Junta de Socios (que se configura de forma idéntica al derecho de los accionistas), el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada concede, a salvo de cláusula estatutaria en contra, a los socios que representen al menos el 5 por 100 del capital social el derecho a efectuar un examen directo, por sí mismos o con el auxilio de un experto, de los documentos que sirvan de *soporte* y de *antecedentes* de las cuentas anuales. La doctrina suele ver en esta ampliación del derecho de información contable del socio minoritario una manifestación más de los rasgos personalistas de la sociedad limitada [R. URÍA/A. MENÉNDEZ/J. L. IGLESIAS PRADA, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, cap. 45, 1119; F. J. ARANA GONDRA, *Las cuentas anuales de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 2000, págs. 209 y sigs.].

y documentos contables al amparo del artículo 33 del Código de Comercio, y el derecho a solicitar la auditoría de las cuentas anuales en virtud del artículo 40 del mismo Código cuando el accionista represente menos del 5 por 100 del capital social.

En relación con la sentencia comentada, estas consideraciones permiten sostener que si bien se encuentra fuera de toda duda la existencia de un derecho de información de las socias demandantes respecto de las distintas partidas del balance, no resulta, por el contrario, igualmente incontrovertible la atribución que en esta ocasión hace el Tribunal Supremo de un similar derecho en relación con las «sumas y saldos del Libro Mayor». Como es sabido, el Libro Mayor constituye uno de los libros de contabilidad que, aun no siendo ya de llevanza obligatoria (art. 26 del Código de Comercio), es utilizado generalmente en la práctica contable. El Libro Mayor tiene por objeto agrupar y sistematizar las operaciones de la empresa en diversas cuentas. A este fin, reagrupa en cuentas separadas e independientes abiertas por «Debe» y «Haber» las operaciones previamente registradas en el Libro Diario, que, a su vez, son todas las relativas a la actividad de la empresa (17). De este modo, el Libro Mayor pertenecería a esos libros de contabilidad que actúan como *soporte* o como *antecedentes* de las cuentas anuales y que, de acuerdo con la tesis restrictiva que acabamos de exponer, han de entenderse sustraídos al derecho de información que concede al accionista individual el artículo 112 LSA.

Si bien en la sentencia objeto de comentario el Tribunal Supremo no ha discutido en absoluto el derecho de las cinco socias demandantes a solicitar informaciones o aclaraciones en relación con las sumas y saldos del Libro Mayor (admitiendo con ello implícitamente el derecho del accionista a investigar los *antecedentes* de las cuentas anuales), es preciso poner de relieve que, por el contrario, esta cuestión de la posible extralimitación de las demandantes en su derecho de información contable sí fue objeto de discusión en la sentencia de apelación recurrida en casación (SAP de Toledo de 26 de enero de 1999). En ella la Audiencia reconoce que la información solicitada se refería «a aspectos muy concretos de la contabilidad de la sociedad» y, recordando la tesis jurisprudencial restrictiva antes citada, coincide con la sentencia dictada en Primera Instancia (Juzgado de Primera Instancia de Torrijos de 11 de julio de 1998) en el sentido de que el derecho de información de los accionistas respecto de las cuentas anuales tiene como límite la investigación de los antecedentes contables, si bien matiza de inmediato su posición citando algún otro pronunciamiento del Alto Tribunal en el que se aplicó un criterio amplio de conexión entre la información requerida por los accionistas y el orden del día de la Junta y que podría sustentar una defensa del derecho de éstos a conocer detalles de la contabilidad de la sociedad (STS de 15 de diciembre de 1998). Sobre esta base, la Audiencia señala que aun cuando pueda ser muy discutible atribuir a las demandantes que tienen la condición de simples socias el derecho a investigar los detalles contables del Libro Mayor, las circunstancias particulares que concurren en el presente caso determinan que la atribución de este derecho a conocer los antecedentes de la contabilidad no pueda negarse a aquella otra demandante que, además de socia, ostentaba el cargo de consejera de la sociedad, y que no pudo, por la actitud obstruccionista del resto de consejeros representantes de la mayoría, obtener

(17) A. ROJO, en R. URÍA/A. MENÉNDEZ (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, cap. 7, pág. 141.

esta información a la que tenía derecho por razón de su cargo (Fundamento de Derecho Cuarto).

A nuestro juicio, esta última apreciación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, recurrida en casación, resulta plenamente compartible en relación con el caso planteado. No así la decisión del Tribunal Supremo en la sentencia que se analiza, en la que de manera no suficientemente fundamentada se extiende el derecho de conocimiento de los antecedentes contables a las demás socias no administradoras. Consideramos, coincidiendo así con la tesis defendida por la doctrina científica y por la mayoría de la jurisprudencia, que, a diferencia de lo que acontece respecto del socio minoritario de una sociedad limitada que ostente la representación del 5 por 100 del capital social, a los accionistas les está vedado el acceso directo a la información que proporcionen los *soportes* y *antecedentes* de las cuentas anuales en simple ejercicio de su derecho de información ex artículo 112 LSA. Así ha de entenderse con arreglo a las particularidades propias de la forma social de la sociedad anónima, aunque de *lege ferenda* tal vez hubiera sido oportuno ampliar este derecho contable de información de forma similar a como se reconoce en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada para aquellas sociedades anónimas que presenten un carácter cerrado. Diferente es el caso, como señala la sentencia dictada en apelación, de la socia que tiene, a su vez, condición de administradora de la sociedad, pues una vez probado que la misma ostentaba su cargo con mero carácter nominal y que *de facto* se había visto sistemáticamente privada de la información a la que legítimamente tenía derecho en su condición de miembro del órgano de administración (tal y como, entre otras cosas, se deduce de su negativa a firmar las cuentas), no han de ponerse obstáculos de carácter formal a la satisfacción de este derecho por otros cauces alternativos (18).

(18) En realidad, la socia demandante que era simultáneamente administradora formal no sólo tenía un derecho a informarse, sino también un correlativo deber de hacerlo. En los últimos años se ha destacado la importancia del deber de recabar información como uno de los concretos deberes que integran el contenido mínimo del deber de diligencia en el desempeño del cargo de administrador; deber de informarse que se manifiesta con particular intensidad en otro específico deber que presenta no obstante sustantividad propia, y que se ha dado en traducir como *deber de investigar* (*duty of inquiry*). El deber de obtener una información adecuada y precisa constituye de modo indudable un requisito imprescindible para la adopción de cualquier decisión sobre los asuntos que afectan a la sociedad, y, en consecuencia, el presupuesto básico de una diligente administración (así, destacando cómo en buen número de ocasiones el deber de informarse ha llegado a identificarse en la doctrina y jurisprudencia norteamericanas con el propio deber de diligencia. O. LLEBOT MAJÓ, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, págs. 62 y sigs.). En España la importancia de este concreto deber y la constatación de una frecuente pasividad, especialmente, entre los consejeros no ejecutivos de las sociedades cotizadas, ha provocado que se haya incorporado de modo explícito el deber de informarse como una obligación específica de los administradores en el nuevo precepto de la Ley de Sociedades Anónimas dedicado a la regulación del deber de diligencia (art. 127); obligación que pesa con carácter individual sobre todos y cada uno de los administradores de *toda sociedad anónima* (vid. F. SÁNCHEZ CALERO, «Observaciones preliminares al Proyecto de Ley de modificación del régimen de las sociedades cotizadas y de las anónimas en general, tras el Informe Aldama», en *RdS*, núm. 20, 2003-1, págs. 45-46) y cuyo objeto, sin embargo, se ha determinado con un alto grado de abstracción mediante la expresión «sobre la marcha de la sociedad». Por el contrario, aunque el acceso a la información societaria como un *derecho* de los admi-

Por último, aunque la cuestión pueda resultar controvertida, nos inclinamos a pensar que nada obsta a la anterior opinión excluyente del derecho del simple accionista a investigar los antecedentes contables a través del ejercicio del derecho de información la circunstancia de que, junto con la participación de la socia-administradora, las demás socias demandantes alcanzaran una participación del 25 por 100 en el capital social. En nuestra opinión, la posesión de una participación cualificada puede eliminar, como el propio artículo 112.3 LSA prevé, la posibilidad de que los administradores se excusen, a través del Presidente de la Junta, en el eventual perjuicio del interés social para no suministrar a los accionistas la información requerida, pero no puede por sí sola justificar el derecho del accionista no administrador a realizar, al hilo de la convocatoria de la Junta General Ordinaria encargada de aprobar las cuentas anuales, una investigación general o detallada de los libros de contabilidad. Aquí reside, a nuestro entender, uno de los límites naturales del derecho de información contable de los accionistas no susceptible, en principio, de desplazamiento por la posesión de una participación cualificada en el capital social, teniendo en cuenta, además, que con arreglo a su condición de minoría cualificada a estos accionistas les queda abierta la posibilidad de solicitar el nombramiento de un auditor que, con cargo al patrimonio social, efectúe la labor de verificación y fiscalización de las cuentas (art. 205.2 LSA) (19).

IV. LOS OTROS LÍMITES AL DERECHO DE INFORMACIÓN: EL DEBER DE SECRETO DE LOS ADMINISTRADORES Y EL ABUSO DE DERECHO

Al margen del límite consustancial o natural que, en relación con las cuentas anuales y la gestión social, tiene el derecho a formular preguntas ex artículo 112 LSA, la sentencia objeto del presente comentario pone de manifiesto la existencia de otros límites al derecho de información de los accionistas: el que se deriva de la existencia de un deber de secreto de los administradores y el límite general del abuso de derecho.

nistradores no goce de reconocimiento legal explícito en el Derecho español, esta calificación encuentra su fundamento en el propio y correlativo deber de informarse [L. A. VELASCO SAN PEDRO, «La información en el Consejo de Administración: derechos y deberes del Consejo y de los consejeros», en G. ESTEBAN VELASCO (COORD.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, págs. 328 y sigs.; J. I. FONT GALÁN, *El derecho de información de los administradores sociales (fundamentación y disciplina)*, Córdoba, 2002, *in totum*].

(19) En este mismo sentido se pronunció, en relación con el caso planteado, la sentencia dictada en primera instancia. El Juzgado de Primera Instancia de Torrijos entendió que el hecho de que las socias demandantes representaran conjuntamente el 25 por 100 del capital social, no cambia la estructura y límites generales del derecho de información, de modo que al margen de la posibilidad prevista legalmente (art. 112.3 LSA) de desplazar el juicio del Presidente de la Junta sobre el eventual perjuicio del interés social derivado de la divulgación de la información solicitada, los demás límites generales a este derecho son aplicables también en estos casos de información cualificada.

1. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS
Y EL DEBER DE SECRETO DE LOS ADMINISTRADORES: LA RECÍPROCA LIMITACIÓN

Según hemos expuesto en páginas anteriores resulta claro que el sujeto activo del derecho de información con ocasión de una Junta de Accionistas es el accionista individual, sin que, en principio, se exija para su ejercicio que éste represente un determinado porcentaje del capital social. De otra parte, el artículo 112 LSA deja igualmente claro que los sujetos pasivos de tal derecho —esto es, aquéllos frente a quienes cabe ejercitar el derecho de información— no son otros que los administradores de la sociedad.

Ahora bien, aun siendo cierto que los administradores de la sociedad están obligados a facilitar la información requerida por los socios en el ejercicio de este derecho (art. 112.3 LSA), también lo es que la Ley les obliga a guardar secreto sobre las informaciones confidenciales que puedan conocer como consecuencia del cargo, convirtiéndose de este modo la obligación de confidencialidad en un auténtico deber legal ligado a la mera condición de miembro del órgano de administración de la sociedad (art. 127 *quáter* LSA) (20) y cuya infracción es susceptible de generar responsabilidad (art. 133 LSA). El fundamento de este deber reside en los genéricos deberes de diligencia y de lealtad, que les obliga a comportarse en el ejercicio de su cargo de acuerdo con el interés de la sociedad administrada. En este sentido, el deber de secreto de los administradores recae sólo y exclusivamente sobre las *informaciones confidenciales*, entendiendo por tales —según se deduce del anterior precepto— todas aquellas *informaciones, datos, informes o antecedentes* cuya divulgación o comunicación a terceros pueda tener consecuencias perjudiciales para el interés social. Así, la noción de *información confidencial* ha de entenderse en un sentido amplio, comprensivo tanto de los secretos industriales o empresariales en sentido estricto, como de cualquier otra clase de información que la sociedad desea mantener reservada debido a la concurrencia de un interés económico objetivo y legítimo en que no sean reveladas por las desventajas competitivas que su publicidad o comunicación a terceros podría ocasionarle.

Entre las personas a las que cabe negar la información en cumplimiento de este deber de sigilo se encuentran, obviamente, las personas ajenas al ente societario. Pero también los propios accionistas de la sociedad (21). A este respecto, la doctrina científica no duda en afirmar que sin perjuicio de los límites legales al deber de secreto (art. 127.1 *quáter* LSA, 2.º párrafo) y de los casos en los que el propio interés social exija ceder a algunas personas cierta informa-

(20) Este precepto constituye una reelaboración —realizada en virtud de la Ley 26/2003, de 17 de julio (Ley de Transparencia)— del párrafo segundo del precedente artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de 22 de diciembre de 1989, disposición donde, en el contexto de la imposición de los genéricos deberes de diligencia y de lealtad, el legislador estableció por vez primera y de manera específica, en el ámbito del Derecho de Sociedades, el deber de secreto de los miembros del órgano de administración respecto de las informaciones confidenciales obtenidas en el ejercicio de sus funciones, aun después de cesar en el cargo (sobre el contenido y alcance de este derecho, vid. M.ª J. CASTELLANO RAMÍREZ, «El deber de secreto de los administradores a la luz de la Ley de Transparencia (Análisis de las novedades introducidas por el artículo 127 *quáter* de la Ley de Sociedades Anónimas», en *RdS*, núm. 23, 2004, págs 117 y sigs.).

(21) Por todos, I. FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Madrid, 2001, págs. 100 y 170 y sigs.

ción confidencial (22), en este ámbito el concepto de *tercero* ha de quedar referido a cualquier persona *que no pertenezca al órgano de administración* de la sociedad, ya sean personas concretas o determinadas pertenecientes o no al círculo societario (incluidos los accionistas o los trabajadores de la sociedad) o ya el público en general.

En el caso que dio origen a la sentencia comentada fue, precisamente, la existencia de este deber de secreto exigible a los administradores uno de los motivos alegados por la entidad recurrente («Eladio Martínez Alonso, S. A.») para no suministrar la información solicitada por las socias demandantes. En efecto, considera la entidad mercantil demandada que el hecho de que las socias demandantes —incluida la socia-administradora doña Celestina— fueran a su vez propietarias de otra sociedad («C., S. L.») con idéntico objeto social (la comercialización de zapatos), las convertía en competidoras directas suyas, de modo que había una probabilidad cierta de perjuicio del interés de la entidad demandada derivado del plausible aprovechamiento por parte de aquéllas en beneficio de la entidad «C., S. L.» de los datos que pudieran obtener, sobre todo en materia de listados de clientes, como consecuencia del acceso a la información requerida. Por esta razón, no podía facilitarse esta información sin incurrir en un simultáneo incumplimiento del artículo 127 LSA (en la actualidad, art. 127 *quáter*).

En relación con esta alegación conviene recordar (como hace el Tribunal Supremo en la presente sentencia) que el deber general de confidencialidad que la Ley impone a los administradores recibe la adecuada concreción cuando de lo que se trata es de suministrar informaciones solicitadas por los accionistas en el ejercicio de su derecho de información con ocasión de una Junta General. En ese contexto, la Ley permite al Presidente de la Junta negar esa información cuando, a su juicio, la publicidad de la misma perjudique los intereses sociales (art. 112.3 LSA), convirtiendo así el deber de secreto de los administradores en un límite legal al derecho de información del accionista.

Esta última norma tiene como única particularidad frente a la que, con carácter general, impone el deber de sigilo a los administradores (art. 127 *quáter* LSA), la atribución exclusiva al Presidente de la Junta de Accionistas —que será la persona designada por los estatutos, en su defecto el Presidente del Consejo de Administración, y, a falta de éste, el accionista que elijan en cada caso los accionistas asistentes a la Junta (art. 110 LSA) (23)— de la facultad de valorar si la divulgación de la información requerida por los accionistas pone o no el peligro el interés de la sociedad. La doctrina científica considera que es ésta una facultad discrecional del Presidente de la Junta, quien actúa en estos supuestos como un «intérprete de los intereses sociales y de su defensa» (24). Ahora bien, respecto de esta atribución no han de considerarse ajenos los administradores de la sociedad, pues en la medida en que lo que está en juego es el propio interés social, los deberes de diligencia y lealtad que tienen frente a la sociedad les exige auxiliar al Presidente en aquella tarea de valoración —transmitiéndole su opinión respecto de la deci-

(22) V.gr.: en los procedimientos de *due diligence* con ocasión de una operación de adquisición de empresas.

(23) Cfr. el artículo 51 LSRL, que atribuye esta facultad al órgano de administración.

(24) Por todos, últimamente, R. MARTÍ LACALLE, *El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada*, Navarra, 2003, págs. 281-284.

sión que pueda llegar a adoptar— e incluso negarse a facilitar la información en los casos en que el Presidente se haya extralimitado en su ámbito de discrecionalidad (25).

En el caso planteado, el hecho de que las socias demandantes ostentaran la propiedad de otra empresa competidora (titular del derecho de marca del que la entidad recurrente era licenciataria) puede, al menos en teoría, dar lugar a discutir si la obtención por aquéllas de datos sobre los listados de clientes como consecuencia del acceso a la información solicitada podía poner en peligro el interés de la sociedad. Para ello sería preciso que el perjuicio al interés social se considerara como una «probabilidad razonable» y que dicho perjuicio no fuera «irrelevante» (26). Este riesgo no se descartó, como primera medida, por la sentencia dictada en apelación, al estimar que, en abstracto, el interés directo que tenían las socias demandantes en otra sociedad competidora hubiera podido llegar a causar un grave daño al interés de la entidad demandada (Fundamento Tercero de la SAP de Toledo de 26 de enero de 1999). No obstante, frente a este razonamiento, tanto la sentencia recurrida en casación como la sentencia del Alto Tribunal objeto de análisis consideran que en el caso planteado concurrían circunstancias especiales suficientes para desplazar la limitación del derecho de información de las demandantes en función del potencial perjuicio del interés social de la entidad demandada.

En efecto, dejando de lado el hecho de que la mera participación del socio en otra sociedad competidora no es significativa siempre de un peligro para el interés social (en ese sentido, vid. STS de 9 de diciembre de 1996), en el presente caso se da la circunstancia de que las acciones de las que eran titulares las socias demandantes llegaban a representar de forma conjunta el 25 por 100 del capital social de la entidad demandada. Y esta es, justamente, la cuota de participación mínima que la Ley exige para que los accionistas impidan que se les pueda denegar la información con fundamento en la presunta protección del interés social (art. 112.4 LSA). En consecuencia, la relación entre el derecho de información del socio y el deber de secreto de los administradores presenta un rasgo que podría calificarse de «simbiótico», pues en ocasiones el deber de secreto actúa como límite del derecho de información, y, en otras, es el derecho de información de los accionistas el que actúa como límite al deber de secreto.

En relación con esta cuestión, ha de destacarse que la Ley configura la facultad de desplazar la potestad discrecional que permite denegar la información en base a un potencial peligro para el interés social como un *derecho de minoría*, si bien de una minoría especialmente cualificada en atención al alto porcentaje —muy superior al del 5 por 100 que ordinariamente se establece para la concesión de los demás derechos de minoría— exigido para su ejercicio (27). Por otro lado, conviene aclarar que la cuota mínima de participación

(25) Vid., ampliamente, ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., págs. 230 y sigs., insistiendo en que sólo fuera del margen de discrecionalidad del Presidente, los administradores deberán negarse a facilitar la información si consideran que su publicidad puede perjudicar el interés de la sociedad.

(26) ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 228.

(27) Así, entre otros derechos, este es el porcentaje legal exigido para solicitar la convocatoria de la Junta General (arts. 100 y 101 LSA), para solicitar la prórroga de la sesión de la Junta y la aprobación diferida del Acta de la misma (arts. 109 y 113 LSA), para solicitar la suspensión del acuerdo impugnado (art. 120 LSA), para acceder al sis-

exigida lo es en relación con el capital social sin mayor precisión, es decir, con referencia al capital suscrito con independencia de que éste se encuentre o no totalmente desembolsado. De igual modo, es indiferente que el porcentaje legal del 25 por 100 se alcance de manera individual o, como sucede en el caso resuelto por la sentencia comentada, de forma conjunta por varios accionistas que ejercitan «en una sola voz» el derecho de información.

El caso objeto de la sentencia comentada ofrece, no obstante, una particularidad que, a juicio de la entidad demandada, habría de tener como resultado la insuficiencia de las cuotas de las demandantes para alcanzar esa participación mínima del 25 por 100. Y es que del cálculo de este porcentaje habría de descontarse el capital representado por las acciones propiedad de la socia que ostentaba el cargo de administradora de la sociedad, dado que la misma carecería, por tal especial condición, de un derecho de información similar al de los simples socios. Alega de nuevo la entidad recurrente que respecto de la socia-administradora había de presumirse su conocimiento de los asuntos relativos a la marcha de la sociedad, por lo que carecía de legitimación para solicitar información en su condición de accionista.

Frente a esta alegación, reiterada en varias partes del escrito de defensa, se muestran de acuerdo, una vez más, la Audiencia y el Tribunal Supremo en que, frente a los administradores, no cabe negar informaciones societarias en base a la existencia de un eventual perjuicio del interés social (28). De este modo, si, como resulta probado, a la socia-administradora se le había venido negando deliberadamente por parte de los demás consejeros el acceso a la información societaria no puede negarse a la misma el acceso a esta información en su condición de socia. Además, la sentencia de apelación confirmada en casación pone de manifiesto con total acierto que frente a este derecho cualificado de información que tenía la socia-administradora derivado de su condición de consejera tampoco cabría alegar, sin ir contra los propios actos, la existencia de un conflicto de intereses provocado por la simultánea condición de socia y administradora de la otra sociedad competidora, ya que:

tema de representación proporcional (art. 137 LSA) o para el ejercicio subsidiario de la acción social de responsabilidad (art. 134.4 LSA). Nuestros autores coinciden en afirmar que si bien en sociedades cerradas la exigencia de un porcentaje especialmente elevado puede evitar comportamientos abusivos de los socios minoritarios en el ejercicio de su derecho, sin embargo, en las sociedades abiertas, y especialmente en las cotizadas, la necesidad de alcanzar una participación del 25 por 100 del capital social puede hacer en la práctica inviable el ejercicio de este particular derecho de minoría, dada la gran dispersión del accionariado que es típica de esta clase de sociedades (vid., por ejemplo, MARTÍ LACALLE, *El ejercicio de los derechos de minoría*, cit., págs. 172 y sigs. y pág. 285).

(28) En similar sentido, la doctrina considera que el deber de secreto no juega dentro del propio órgano de administración, de modo que ningún administrador puede ampararse en la obligación de guardar reserva para ocultar información a otros integrantes del órgano de administración, ni aun en las relaciones entre administradores delegados y simples vocales. Bajo el anterior enunciado normativo, ésta era ya la opinión sostenida por la doctrina que, sin excepción, consideraba que puesto que todos los administradores quedan sometidos al mismo régimen de responsabilidad solidaria, el derecho a la información no puede encontrar restricciones sobre la base del deber de secreto (vid., por ejemplo, F. MARTÍNEZ SANZ, «Artículo 127», en I. ARROYO/J. M. EMBID (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, Madrid, 2001, pág. 1328; J. M.^a MUÑOZ PAREDES, *La información de los consejeros en la sociedad anónima*, Pamplona, 1999, págs. 71 y sigs. y 128-130.

«...es la propia sociedad la que ha venido actuando de una manera incompatible con la posición que se defiende en el pleito, manteniendo a la codemandante en su calidad de consejera a lo largo de varios años (no haciendo uso, por tanto, de la facultad de destitución contemplada en el art. 132 LSA, en la Junta y a petición de cualquier socio, precisamente cuando el administrador lo sea de una empresa competidora) y reiterando, en la misma Junta donde se adoptaron los acuerdos impugnados, la elección de la misma por unanimidad. Debe repararse, además, que entre las obligaciones del administrador, y enmarcado en el deber de lealtad, la ley establece una obligación específica de confidencialidad en el artículo 127.2. Resulta, por ello, completamente contradictorio con los propios actos de la sociedad el mantener la causa de oposición citada, alegando una interpretación extrema del precepto legal que aquí se aplica, cuando se ha hecho dejación de los medios ordinarios para evitar ese perjuicio. En definitiva, se está negando a una persona su legitimidad para interpretar las exigencias del interés social de acuerdo con una competencia atribuida claramente por la ley, al tiempo que se habilita a la misma para contribuir teóricamente a su determinación desde el puesto de administradora» (SAP de Toledo de 26 de enero de 1999, Fundamento Tercero).

Por lo demás, sobre la base de la reunión del citado porcentaje del 25 por 100 del capital social, la presente sentencia se suma a la línea jurisprudencial ya seguida por el Alto Tribunal en otras ocasiones [STS de 23 de junio 1995 (RJ 4981), STS de 21 de octubre de 1996 (RJ 7167), STS de 13 de noviembre de 1998 (RJ 8823), STS de 11 marzo de 1999 (RJ 2251)] precedente de que ante la solicitud de información por parte de socios que ostenten esta participación cualificada no puede en ningún caso alegarse perjuicio del interés social. De este modo, el Tribunal confirma la opinión sostenida por la gran mayoría de nuestra doctrina en el sentido de que el derecho otorgado por el actual artículo 112.4 de la Ley de Sociedades Anónimas se configura legalmente como un derecho de minoría absoluto, que no sólo limita, sino que desplaza de forma absoluta la facultad discrecional del Presidente de la Junta de Accionistas —muchas veces representativo de los socios mayoritarios— para denegar la transmisión de información. Así, su función no es otra que la de servir de contrapeso a la función arbitral asignada por la Ley al Presidente de la Junta, atribuyendo a la minoría la capacidad para conformar en estos supuestos el contenido y significado del interés social (29).

2. EL ABUSO DE DERECHO COMO LÍMITE AL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LA MINORÍA

Ahora bien, sentado lo anterior no puede dejar de mencionarse que junto con la alusión al probable perjuicio del interés social, la defensa de la entidad demandada y recurrente fundamentaba su negativa a suministrar a las socias demandantes los datos solicitados en el ejercicio abusivo que éstas habían hecho de su legítimo derecho de información, a través del cual lo que pretendían en realidad era perjudicar los intereses de la entidad demandada en beneficio propio. Ello nos pone en situación de entrar a valorar si es posible

(29) ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 237; URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de Accionistas*, cit., págs. 255-256; J. JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, 1995, pág. 367.

todavía encontrar alguna ulterior limitación al derecho de información de los accionistas incluso aunque el mismo sea ejercitado por la minoría cualificada representativa del 25 por 100 del capital social, o si, por el contrario, los administradores están *en todo caso* obligados a suministrar la información cuando ésta sea requerida por dicho porcentaje del capital.

En el pasado, el tenor literal del actual artículo 112.4 LSA (que se corresponde con el art. 65 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas de 1951) dio pie para que cierto sector doctrinal y algunos pronunciamientos judiciales [STS de 29 de marzo de 1960 (RJ 1254) y también, más recientemente, la STS de 7 de octubre de 1985 (RJ 4625)] vinieran a afirmar que el derecho de información ejercitado por la minoría representativa del 25 por 100 del capital social había de entenderse como un derecho absoluto e ilimitado, «que en ningún modo puede ser eludido». Conforme a este planteamiento, se entendía que bajo ninguna circunstancia —incluso bajo aquéllas que fueran determinantes de un perjuicio del interés social— podían los administradores negarse a facilitar información a dicha minoría, sin que cupiera «un ulterior juicio sobre su oportunidad» (30). No obstante, esta opinión ha sido correctamente matizada en tiempos más recientes, al considerar que el derecho de información —al igual que cualquier otro derecho subjetivo— no puede ejercitarse «torcidamente» o a favor de intereses extrasociales y egoístas (31). De este modo, la doctrina actual —precedida por algunos otros pronunciamientos judiciales [STS de 26 de diciembre de 1969 (RJ 496)]— considera que, en cualquier caso, el derecho de información ejercitado por la minoría está sometido a los límites generales derivados del principio general del abuso de derecho, sin que la cuantía de capital representada por los solicitantes pueda desplazar esos límites generales (32). En este sentido, los límites generales de la buena fe y del abuso de derecho reconocidos en el artículo 7 del Código Civil permiten someter a control el derecho de información también cuando se ejercita por la minoría legal cualificada, correspondiendo, en último lugar, a los Tribunales de Justicia la tarea de apreciar, caso por caso, concurrencia de tales límites (33). Así, por ejemplo, podrían constituir *prima facie* supuestos de ejercicio antisocial y abusivo del derecho de información la pretensión de utilizar la información solicitada de forma prevalente o exclusiva para fines propios (v.gr.: intereses del socio como competidor de la sociedad), la solicitud de información con carácter innecesario, inútil o impertinente, o con fines exclusivamente obstruccionistas o perturbadores del desarrollo de la Junta de Accionistas (34).

(30) J. GIRÓN, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 301.

(31) URÍA/MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS, *La Junta General de Accionistas*, cit., pág. 239.

(32) Así, ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., págs. 239-240, llegando a afirmar que la sociedad estará legitimada para reclamar daños y perjuicios contra la minoría que, habiendo incurrido en un abuso de su derecho de información, se haya excedido en su juicio de oportunidad sobre la repercusión que podría tener sobre los intereses sociales la información adquirida (pág. 242).

(33) En esta misma línea, vid. MARTÍ LACALLE, *El ejercicio de los derechos de minoría*, cit., pág. 290 y sigs.; en relación con la sociedad de responsabilidad limitada, J. L. PULIDO BEGINES, *El derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1997, págs. 50 y sigs.

(34) Pone estos ejemplos, ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., pág. 229.

En relación con el caso planteado en la sentencia de 26 de septiembre de 2005, esta última construcción doctrinal no fue desconocida, en efecto, por los Tribunales. Particularmente, la sentencia dictada en apelación —que después confirma en su integridad el Tribunal Supremo— consideró que el interés directo que ostentaban las accionistas demandantes en la otra sociedad competidora podía constituir en abstracto un posible caso de ejercicio abusivo del derecho de información que pudiera tener consecuencias en el sentido pretendido por la sociedad demandada. Con todo, se afirmó simultáneamente que, de ser así, habría de acreditarse «con absoluta claridad» este extremo, pues la letra del artículo 112 LSA exige «una actividad probatoria eficaz para demostrar la falta de buena fe o ejercicio abusivo del derecho, puesto que la ley ha establecido una presunción de que los accionistas de minoría actúan de acuerdo con el interés social, hasta el punto de desplazar o sustituir al Presidente» (SAP de Toledo de 26 de enero de 1999). Y es, justamente, la falta de prueba de la actitud abusiva de las demandantes y de la causación de un perjuicio efectivo al interés de la entidad demandada la razón que sirvió finalmente a los Tribunales de ambas instancias para denegar, en este supuesto concreto, la existencia de un ejercicio abusivo del derecho de información.

Las consideraciones efectuadas por la sentencia objeto de comentario en relación con esta cuestión nos llevan a entender que aun siendo posible en términos generales acudir al abuso de derecho y a la buena fe para limitar el derecho de información de la minoría representativa del 25 por 100 del capital social, sin embargo, el mero hecho de que en el ejercicio de tal derecho concurra este porcentaje exige de una forma especialmente rigurosa acreditar la existencia de un comportamiento antisocial y abusivo de los accionistas afectados, no siendo suficiente, como es natural, alegar la simple existencia de un perjuicio al interés social. Lo contrario supondría vaciar por la vía interpretativa el sentido y la finalidad del citado artículo 112 LSA en su actual párrafo 4.º A estos efectos, es oportuno indicar que la prueba de la actitud abusiva de los socios minoritarios —que ha de corresponder a aquellos que la aleguen— no puede estar basada simplemente en la reiterada y frecuente utilización de los derechos legales de minoría, pues, como afirma el Tribunal de apelación, ello sólo revela la existencia de relaciones intrasocietarias conflictivas que, por el contrario, pueden indicar la necesidad de tutela de los socios minoritarios.

V. LAS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA: LA NULIDAD DEL ACUERDO SOCIAL AFECTADO

Sobre la base de la existencia de una infracción del derecho de información de los accionistas, la sentencia analizada dictamina, en fin, la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta General Ordinaria impugnada por las socias demandantes. Esta nulidad afecta a los dos únicos puntos del orden del día de dicha Junta: la aprobación de las cuentas anuales y la censura de la gestión social.

De este modo, el Tribunal Supremo se limita a aplicar, una vez más, la consecuencia jurídica procedente en caso de lesión del derecho de información, tal y como se sostiene unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia (STS de 22 de marzo de 2000, STS de 26 de marzo de 2001, STS de 19 de julio

de 2000, citadas por la sentencia comentada). La ausencia de una tutela especial del derecho de información determina que los accionistas afectados deberán acudir al régimen general de impugnación de los acuerdos sociales, solicitando la nulidad de pleno derecho —por ser contrarios a la Ley— de los acuerdos sociales adoptados. Como es natural, la nulidad afectará sólo y exclusivamente a los acuerdos adoptados sobre los asuntos respecto de los cuales se les denegó a los accionistas la información requerida, pues sólo éstos han padecido el vicio de formación de la voluntad social derivado de la falta o insuficiencia de la información (35). Ello no obsta para que, además, estén legitimados los accionistas afectados para ejercitar acciones resarcitorias frente a los administradores, basadas en la responsabilidad en la que pudieran haber incurrido estos últimos como consecuencia de haber denegado de forma negligente o dolosa la información solicitada (arts. 133-135 LSA).

VI. CONCLUSIONES

I. En la sociedad anónima el derecho de información del accionista constituye un derecho individual e intangible que la sociedad no puede desconocer ni limitar por vía estatutaria.

II. Este derecho está legalmente reforzado cuando se refiere a la información que emana de los documentos que componen las cuentas anuales. En este caso, la Ley otorga al accionista no sólo a solicitar aclaraciones en la Junta General Ordinaria en la que se presentan las cuentas (art. 112 LSA), sino también a examinar aquellos documentos y a solicitar su envío gratuito por la sociedad (art. 212 LSA). En la sociedad anónima, a diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada, este derecho de información contable no alcanza como regla general a los antecedentes o informaciones que actúan como soporte de las cuentas anuales.

III. Incluso cuando afecta a las cuentas anuales, el derecho de información reconocido en el artículo 112 LSA puede, no obstante, negarse al socio en los casos en que los administradores estimen que la divulgación de ciertas informaciones puede perjudicar al interés social.

IV. Sin embargo, la negativa a facilitar la información requerida no puede negarse en ningún caso cuando el accionista que la solicite represente (por sí mismo o en agrupación con otros accionistas) el 25 por 100 del capital social, incluso a pesar del eventual perjuicio del interés social.

V. Con todo, han de tenerse siempre en cuenta los límites generales de la buena fe y el abuso de derecho, si bien la concurrencia de una actuación abusiva o antisocial del derecho de información, especialmente cuando el accionista ostenta una participación cualificada en el capital social, debe quedar probada de carácter muy riguroso.

(35) Vid. ESTEBAN VELASCO, *Derecho de información del accionista*, cit., págs. 246-247; ILLESCAS, *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, cit., pág. 190; URÍA/MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Mercantil*, I, cit., pág. 881.

RESUMEN

DERECHO DE INFORMACIÓN

A partir de la última sentencia del Tribunal Supremo, se pretende abordar la cuestión del contenido y de los límites al derecho de información de los socios de una sociedad anónima, prestando particular atención a la participación cualificada del accionista en el capital social (porcentaje igual o superior al 25 por 100) y a la relación que tiene este derecho con el simultáneo deber que la Ley impone a los administradores de la sociedad de guardar secreto sobre las informaciones confidenciales que pudieran perjudicar al interés social. La defensa del interés social permite a los administradores negar la información solicitada cuando estimen que la divulgación o comunicación de ciertas informaciones puede ocasionar un perjuicio a la sociedad. A estos efectos, se considera generalmente que la participación del accionista que solicita la información en otra sociedad competidora puede ser un indicio para apreciar un potencial perjuicio de la sociedad. Sin embargo, la negativa a facilitar la información no puede, en ningún caso, hacerse efectiva frente al socio que represente el 25 por 100 del capital social, siendo únicamente aplicables, en este caso, los límites generales de la buena fe y el abuso de derecho.

ABSTRACT

RIGHT TO INFORMATION

The article uses the Supreme Court's most recent sentence as a springboard to discuss the issue of the contents and limits of corporate shareholders' right to information, paying particular attention to qualified shareholdings (25% or more of a company's share capital) and the connection between this right and the company administrators' simultaneous duty under law to keep confidential information that may harm the company's interests secret. As the defenders of the company's interests, administrators may turn down requests for information if they feel that divulging or disclosing certain information may somehow hurt the company. Hence, when the shareholder requesting the information has holdings in a competitor, that circumstance is generally regarded as a sign of potential injury to the company. However, the power to refuse to facilitate information should never be used against a shareholder who represents 25% of the share capital; in that case, the only limits applicable are the general limits set by good faith and against the abuse of rights.

ACCESO AL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD COMPETIDORA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL.

por

JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca

I. INTRODUCCIÓN

La Audiencia Provincial de Barcelona toma en consideración el siguiente punto de partida: fundamentalmente en el sector de la construcción y también en el de servicios ACCIONA, S. A. y FCC, S. A. son sociedades directa y efectivamente competidoras. Bien se conciba esa relación de competencia, en interpretación realista, directamente entre dos grandes grupos empresariales, bien se materialice en el mercado a través de la pugna entre las distintas sociedades integrantes de los respectivos grupos que dominan una y otra. Ambas compiten naturalmente y, puede decirse, que con regularidad cotidiana en la adjudicación de obras públicas y privadas de toda clase y, especialmente, de gran envergadura, siendo creciente asimismo la competencia en el sector de servicios.

En ese contexto y a lo largo del año 2003, la mercantil ACCIONA, S. A. fue adquiriendo títulos de Fomento de Construcciones y Contratas —FCC, S. A.— hasta llegar al 15,055 por 100 de su capital social.

El 23 de junio de 2004, FCC celebró Junta General Ordinaria de Accionistas. En el orden del día se incluía la ratificación, nombramiento y reelección de los miembros de su Consejo de Administración. Previamente a su celebración —el 17 de junio de 2004—, y por conducto notarial, ACCIONA, comunicó a FCC, el agrupamiento de tres paquetes accionariales del 5 por 100 del capital social a efectos de ejercitar el derecho de representación proporcional en el Consejo de Administración —art. 137 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA)—, mediante la designación de tres vocales del órgano. A la citada Junta General asistieron accionistas que representaban el 72,84 por 100 del capital social.

Abierto el turno de deliberaciones, tomaron la palabra los representantes de varios accionistas, manifestando su inquietud por la agrupación de acciones llevada a cabo por ACCIONA y oponiéndose al derecho de nombrar consejeros por el sistema de representación proporcional. El Presidente del Consejo de Administración y de la Junta, tras manifestar sus reservas por considerar que las personas propuestas son portadoras de un mandato implícito del accionista que los nombra y, en este sentido, ostentan un interés opuesto al de la sociedad, admitió el ejercicio del derecho, de modo que ACCIONA procedió al nombramiento de los tres consejeros por el sistema de representación proporcional que no aceptan el cargo en dicho acto.

Acto seguido y una vez que la Junta acordó la ratificación de dos consejeros y la reelección de otros seis, uno de los socios —mediante su representante, el señor Z— propuso el cese de los designados por ACCIONA, y el Presidente de la Junta, a continuación, sometió a votación el siguiente acuerdo: «Declarar incompatibles para el ejercicio de sus cargos como consejeros

titulares de FCC a las personas designadas en tal condición por ACCIONA y, en consecuencia, tener por no hechos como contrarios al interés social los nombramientos de consejeros que ACCIONA ha realizado por el sistema proporcional y cesar a los referidos consejeros, todo ello al amparo de los artículos 132, apartado 2.º y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas, por ser ACCIONA, S. A., una sociedad competidora y tener las referidas personas intereses opuestos a los de la sociedad».

Este acuerdo fue aprobado por la mayoría con el voto en contra de ACCIONA, S. A. Seguidamente se procedió, a propuesta del consejo de administración, a cubrir las tres vacantes, siendo nombrados por mayoría tres nuevos consejeros.

ACCIONA acude al amparo de los Tribunales de Justicia con la pretensión de impugnar el acuerdo social que separa a los consejeros nombrados por el sistema proporcional, estimando que contraviene lo dispuesto el artículo 137 en relación con el artículo 132 del TRLSA. La representación de ACCIONA sostiene que *no puede apreciarse «justa causa» para la separación*, que de hecho impide o frustra el efectivo ejercicio del derecho de representación proporcional en el Consejo de Administración, por el mero hecho de ser ACCIONA quien nombra los consejeros. Además, la recurrente en apelación alude al fraude de ley que, a su juicio, incorpora el acuerdo de la Junta, en cuanto busca cobertura en el artículo 132 para impedir la efectividad de la facultad que otorga a la minoría el artículo 137 del TRLSA. La Audiencia Provincial de Barcelona descarta de raíz el posible fraude de ley esgrimido, «ya que la norma de amparo —art. 132— presta real y suficiente cobertura al acuerdo impugnado» (Fundamento de Derecho Tercero).

La defensa de la sociedad demandada FCC, S. A., descansaba sobre *la prevalencia del interés social* sobre el derecho a nombrar consejeros por el sistema de representación proporcional, que la Junta está obligada a observar apreciando la concurrencia de la incompatibilidad que proclama el artículo 132 y, consecuentemente, destituyendo a los consejeros nombrados por el socio que es competidor directo.

Los términos del recurso quedan recogidos en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia comentada. Se trata de enjuiciar si existe justa causa para que la Junta General de Accionistas de FCC pueda válidamente acordar, al amparo del artículo 132.2 TRLSA, el cese o separación de los tres miembros del Consejo de Administración que, en esa misma Junta e inmediatamente antes, había nombrado ACCIONA en ejercicio de la facultad que reconoce a la minoría el artículo 137 de la misma Ley. Esto es, por el sistema de representación proporcional, teniendo en cuenta que dicha sociedad accionista, que hace uso de dicha facultad, es competidora de FCC.

Con más precisión. Si por el mero hecho de proceder al nombramiento, por ese sistema, de un accionista que es sociedad competidora, puede ser apreciada una justa causa de separación, por tener esos consejeros, «bajo cualquier forma, intereses opuestos a los de la sociedad» (art. 132.2 TRLSA).

A juicio del tribunal, el nudo gordiano se centra no tanto «en determinar si por la mayoría se ha impedido el ejercicio de un derecho que la Ley reconoce a la minoría (art. 137 TRLSA), cuanto de enjuiciar si los administradores nombrados por un grupo minoritario significado concurre la repetida causa de incompatibilidad, que jugaría como *justa causa* de separación. Y en tales términos se plantea el recurso de Apelación» (Fundamento de Derecho Tercero).

II. ACCESO AL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SOCIEDAD COMPETIDORA

1. ASPECTOS RELEVANTES DEL ACCIONISTA QUE NOMBRA A LOS TRES CONSEJEROS

La sentencia señala que «lo pretendido por la actora —ACCIONA— es relegar a un segundo plano la consideración de la cualidad y condiciones del accionista que nombra a los consejeros conforme al sistema de representación proporcional para centrar la atención y construir así el dato relevante a estos efectos, en las cualidades de las personas por ella propuestas, cuya independencia y fidelidad a los intereses de FCC predica y prometen los propios designados. De ahí el argumento propuesto en el recurso, de que *la incompatibilidad por intereses contrapuestos ha de recaer en los nombrados, no en el accionista que los nombra*».

La Audiencia Provincial de Barcelona afirma que un enfoque del conflicto desvinculando a los administradores nombrados por el sistema de representación proporcional del accionista que los nombra «es incompleto y por ello erróneo, al no ofrecer una imagen exacta y plena de la realidad de las cosas» —Fundamento de Derecho Décimo.

Continúa argumentando que «Si los administradores acceden al cargo por nombramiento de un grupo minoritario significado en ejercicio del derecho que otorga el artículo 137, al teórico objeto de equilibrar las fuerzas que convergen en el seno de la sociedad, *la determinación del interés social a defender exige tener en cuenta de quién procede ese nombramiento*. Si se constata que tiene su origen en una sociedad competidora, el escenario a valorar se completa y reclama su ponderación a la luz del artículo 132: *se trata de defender el interés de la sociedad frente a la injerencia del competidor*, evitando una situación de conflicto estructural o permanente, esto es, el interés social que tutela el mencionado precepto y que excluye que la sociedad tenga el deber jurídico de soportar que en el seno de su órgano de administración perviva latente un conflicto de intereses permanente, bajo la cobertura de equilibrar fuerzas y servir de contrapeso al equilibrio de la mayoría».

Es por ello que «En tal tesitura no cabe considerar el nombramiento de los consejeros con independencia del origen subjetivo de su nombramiento; *el dato relevante* en este caso no es tanto la aptitud y cualidades personales de los nombrados, o las mayores o menores garantías de independencia que *personalmente* ofrezcan, sino *la fuente u origen de su nombramiento*».

2. RELACIÓN ENTRE EL CONSEJERO NOMBRADO Y EL ACCIONISTA QUE LO NOMBRA

La resolución estima que, una vez nombrados «todos los administradores asumen, por disposición legal, una obligación de lealtad hacia la sociedad que se traducirá en la postergación de intereses personales o de socio para atender exclusivamente al “interés de la sociedad”». Pero el artículo 132.2, en relación con el artículo 137, opera preventivamente y permite considerar los intereses que los consejeros *encarnan o representan*, y que han determinado su nombramiento, «bastando con la constatación de circunstancias reveladoras de un riesgo o peligro para el interés de la sociedad, manifestadas por la presencia de un conflicto de intereses».

La Audiencia Provincial de Barcelona hace hincapié en que, el «*vínculo reconocible*» entre el accionista que nombra por el sistema proporcional y el consejero nombrado, «no es equiparable al de un mandato *sui generis* matizado por facultades decisorias». Subraya que en este supuesto «subsiste la facultad del *mandante de revocar el nombramiento* y el consejero así designado, que no lo es por la mayoría, ejercita los poderes del cargo *por cuenta y en interés de quien lo nombra*. Ese nombramiento genera un vínculo más o menos perceptible, consustancial y genético; y en este caso constitutivo de un dato objetivo que revela un conflicto de intereses, por representar los de una sociedad competidora, por más que los nombrados se comprometan, “como no podía ser de otra forma”, a actuar con independencia y sin ajustarse a instrucciones de la persona a la que *deben* el nombramiento y que puede, en cualquier momento, destituirlos» (Fundamento de Derecho Décimo Primero IV).

3. APLICACIÓN Y ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 132 Y 137 DEL TRLSA

En su Fundamento de Derecho Tercero, la Audiencia Provincial de Barcelona estima que «la facultad de la Junta General de separar *ad nutum* a los administradores, conforme al artículo 131, encuentra un límite en el derecho de representación proporcional de las minorías consagrado en el artículo 137, pero no excluye que puedan ser separados mediando *justa causa* una de cuyas concretas expresiones es la que consagra el artículo 132.2. De este modo, el derecho de la minoría, *ex* artículo 137, no impide la facultad de la Junta General, manifestada por la mayoría, de cesar a los administradores así nombrados, si concurre alguno de los presupuestos del citado precepto, en particular “tener, bajo cualquier forma, intereses opuestos a los de la sociedad”, realidad que, en el caso que examinamos, la Junta General constató por razón de la condición de competidor directo del accionista que ejerció el derecho de nombrar miembros por el sistema de representación proporcional».

El fallo estima que «El control preventivo que, en defensa del interés de la sociedad, posibilita y exige el artículo 132 fue, en fin, correctamente activado por la Junta General, evitando *ex ante* la actualización de conflictos de intereses generados por el hecho mismo del nombramiento que realiza una sociedad competidora y el consiguiente riesgo. No es necesario, para apreciar ese conflicto, un ejercicio presuntivo... pues basta con constatar un *dato objetivo* —la fuente del nombramiento— que se erige, por sí solo, en *circunstancia que integra el supuesto de hecho de la norma*, cuya apreciación no queda impedida por el expediente de nombrar a personas que no ostentan cargo directivo o de gestión en ninguna de las sociedades del grupo ACCIONA.

Prevalece, en fin, el interés de la sociedad sobre el derecho de la minoría de referencia a *introducirse* en el Consejo de Administración de la sociedad competidora mediante el nombramiento de consejeros por el sistema de representación proporcional».

4. EL DERECHO DE LA MINORÍA A NOMBRAR MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Nuestro Derecho atribuye, de forma clara e indiscutible, a la minoría, la facultad de designar un número de vocales en el Consejo de Administración proporcional a su participación en el capital social. Así, dentro de la sección

dedicada a regular el Consejo de Administración, la Ley de Sociedades Anónimas dedica su artículo 137 a la elección de sus miembros mediante el sistema proporcional. El mencionado precepto recoge que:

«La elección de los miembros del Consejo se efectuará por medio de votación. A estos efectos, las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de vocales del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.

En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes miembros del Consejo».

Es sabido que esta norma fue objeto de desarrollo mediante el Real Decreto 821/1991, de 17 de mayo, por el que se desarrolla el artículo 137 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en materia de nombramiento de miembros del Consejo de Administración por el sistema proporcional. Se trata de un derecho que cierto sector doctrinal califica de potestativo y que ha sido objeto de numerosos estudios doctrinales.

En ese marco y siguiendo los pasos dispuestos en el citado Real Decreto fue como, en ejercicio del expediente de la agrupación de las acciones previsto en el artículo 137 de la Ley de Sociedades Anónimas, el accionista ACCIONA, S. A. solicitó su derecho a nombrar tres consejeros. El presidente del Consejo de Administración y de la Junta admitió el ejercicio del derecho requerido, y ACCIONA procedió a la designación como consejeros de FCC, S. A., a don C. A., don J. C. y don A. F., por el sistema de representación proporcional. Acto seguido y una vez que la Junta acordó la ratificación y el nombramiento de otros ocho consejeros, a petición del representante de un accionista, por acuerdo mayoritario de la Junta General y al amparo del artículo 132.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se procedió al cese de los tres administradores previamente nombrados por ACCIONA.

Así las cosas, cabe hacerse un primer planteamiento: ¿a qué tipo de minorías ampara el artículo 137 de la LSA? Esto es, el citado precepto, ¿únicamente cobija el derecho de las minorías que deciden agruparse y usualmente silentes en el seno de las grandes corporaciones o el de los inversores institucionales con vocación meramente financiera? Mi opinión es negativa, pero llamo la atención al respecto porque la sentencia objeto de comentario alude, *obiter dicta*, a la distinción dispuesta para las sociedades cotizadas. Hace suya la diferencia entre consejeros externos dominicales y consejeros independientes manejada en los códigos de buen gobierno corporativo. Así y mientras los primeros representan a los accionistas de control o con participaciones significativas, los segundos tendrían como finalidad «representar al capital flotante de la masa de inversores y asumir la función de guía y control de los consejeros ejecutivos».

El juzgador hace suyo el planteamiento esgrimido por FCC al traer a colación la distinción entre ambos tipos de consejeros.

No obstante, la cuestión no se plantea dentro del *corporate governance*. Esto es, del análisis del problema o conjunto de problemas derivados de la distribución de poder dentro de las sociedades y especialmente en las sociedades cotizadas. En el caso objeto de autos parece que, efectivamente, los consejeros nombrados a instancia de ACCIONA no representan, en modo al-

guno, el *free float* de las acciones en circulación. Se trata de una participación accionarial del 15 por 100, y por tanto significativa, agrupada en paquetes del 5 por 100 para, efectivamente, lograr el acceso al Consejo de Administración mediante el sistema proporcional contemplado en el artículo 137 LSA.

La propia actora —ACCIONA— admite que la causa de incompatibilidad apreciada por la Junta General —intereses opuestos a los de la sociedad ex art. 132.2. LSA— sí concurriría en ACCIONA y en aquellas personas vinculadas con ella por desempeñar cargos de gestión, directivos o ejecutivos en la propia ACCIONA o en sociedades de su grupo, sin embargo estima que tal hecho no se produce en los tres consejeros destituidos.

Lo expuesto no es óbice para poner en duda la existencia de verdaderos «consejeros independientes» en muchas de las sociedades que cotizan en los mercados secundarios españoles. Máxime en sociedades, como las que son objeto de este litigio. Ambas, ACCIONA y FCC, se encuentran dominadas y dirigidas por grupos de control familiares.

Este elemento subjetivo es, en esencia, lo que se debate tras las cuestiones jurídicas planteadas. La intromisión, *no amistosa*, en el seno del Consejo de Administración de una sociedad cotizada «familiar» por parte de otra de similares características y competidora. Por tal motivo no llama la atención el hecho de que en el pleito aparezcan como partes coadyuvantes de FCC otras dos sociedades: B-1998, S. L. y Ejecución Organización de Recursos, S. L. La primera de ellas, B-1998, S. L. es una sociedad que tiene una participación directa (1) del 45,855 por 100 en el capital de FCC, y que mediante pactos parasociales faculta a la accionista mayoritaria E. Koplovitz a nombrar a la mitad más uno de los miembros del Consejo de Administración de FCC.

III. RELACIÓN JURÍDICA DEL CONSEJERO CON LA SOCIEDAD Y SU INTERPRETACIÓN AL AMPARO DEL ARTÍCULO 137 DE LA LSA

La concepción que se tenga sobre la naturaleza de la relación que une a los administradores con la sociedad tiene gran trascendencia, ya que el régimen de los deberes y responsabilidades de los miembros del Consejo de Administración es una consecuencia lógica de su vínculo con la sociedad. Se trata de una cuestión que abarca principalmente dos esferas. En primer lugar afecta a las relaciones del consejo con la propia sociedad, es decir, nos moveríamos en el ámbito de las relaciones internas. En segundo término, los actos del Consejo tienen una vertiente externa, la que relaciona a la propia sociedad con terceros. Por lo que respecta a este breve comentario, nos interesa la primera vertiente, la que vincula a los administradores con la sociedad.

Como es sabido existen distintas teorías sobre este aspecto. En síntesis y amén de pecar de un inevitable reduccionismo, pues existen postulados intermedios, la superada tesis contractualista y la organicista. La primera proponía la relación administrador-sociedad en el seno del mandato: el administrador sería un mandatario de la sociedad. Esta teoría clásica cayó en descrédito antes incluso de la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Posteriormente el postulado organicista fue acogido por nuestra legislación y jurisprudencia. Se sostiene que, en nuestro supuesto, el Consejo de Adminis-

(1) A fecha 28 de diciembre de 2005 y según consta en los registros oficiales de la CNMV.

tración es un órgano social imprescindible y el único medio de actuación de la sociedad con terceros. Lo materializado por el Consejo de Administración se entiende llevado a cabo por la propia sociedad.

La teoría orgánica es útil para explicar la estructura de la persona jurídica, sin embargo se crítica por no ofrecer respuesta a su nombramiento ni el contenido de sus funciones. Ante esa carencia habría que dar un paso más y establecer otra relación. La establecida entre la persona de los administradores —los que asumen la titularidad del órgano— y la sociedad. Distinguir entre el cargo y sus titulares. Llegados a este punto se puede sostener que la relación jurídica que mantienen los consejeros con la propia sociedad es una relación *sui generis*. No se trata de un mandato, ni de un arrendamiento de servicios, ni de un contrato de trabajo, aunque tiene elementos de todos ellos. Se trata de una relación *sui generis*, que explica la existencia de la responsabilidad social de los administradores, pues el órgano, considerado como parte de la sociedad, no puede ser responsable frente a aquélla a la que pertenece.

Las consideraciones expuestas nos conducen, de nuevo, al pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, objeto de comentario. El grueso de la argumentación de la demandante, ACCIONA, descansa en las cualidades personales e independencia de los consejeros nombrados. Como ya hemos visto, admite que el artículo 132.2 sería aplicable si los consejeros nombrados hubieran tenido relación directa con ACCIONA, pero que tal circunstancia no recae en los tres consejeros por ella nombrados. Como señala acertadamente el Tribunal: «lo pretendido por la actora es relegar a un segundo plano la consideración de la cualidad y condiciones del accionista que nombra los consejeros mediante el sistema de representación proporcional para centrar la atención y construir así el dato relevante a estos efectos, en las cualidades de las personas por ella propuestas, cuya independencia y fidelidad al interés de FCC predica y prometen los propios designados. De ahí el argumento, propuesto en el recurso de que la *incompatibilidad por intereses contrapuestos ha de recaer en los nombrados, no en el accionista que los nombra*» (Fundamento de Derecho Décimo).

A mi entender, ACCIONA yerra al afirmar que la incompatibilidad ha de recaer «en los nombrados y no en el accionista que los nombra». ACCIONA acude al expediente contemplado en el artículo 137 y, por tanto, se somete al procedimiento plasmado en el Real Decreto 821/1991. En este contexto no se puede desvincular a los consejeros así nombrados del accionista que los nombra pues, como acertadamente señala la sentencia: «Si los administradores acceden al cargo por nombramiento de un grupo minoritario... al teórico objeto de equilibrar las fuerzas que convergen en el seno de la sociedad, la determinación del interés social a defender exige tener en cuenta de quién procede ese nombramiento. Si se constata que tiene su origen en una sociedad competidora, el escenario a valorar se completa y reclama su ponderación a la luz del artículo 132: se trata de defender el interés de la sociedad frente a la injerencia de un competidor, evitando una situación de conflicto estructural o permanente».

Como quiera que la sociedad competidora, ACCIONA, es la que procede a nombrar a los tres consejeros, no cabe considerar su nombramiento con independencia de su origen subjetivo. El dato relevante no es la aptitud y cualidades personales de los nombrados «o las mayores o menores garantías de independencia que personalmente ofrezcan, sino la fuente u origen de su nombramiento».

IV. SEPARACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES NOMBRADOS POR EL SISTEMA PROPORCIONAL

El artículo 131 de la LSA, dedicado a la separación de los administradores, es taxativo al afirmar que «la separación de los administradores podrá ser acordada en cualquier momento por la Junta General». Doctrina y jurisprudencia son unánimes al considerar que se trata de una libre revocabilidad, *ad nutum*, sin necesidad de justa causa que motive la separación del administrador.

El principio de libre revocabilidad de los administradores constituye uno de los pilares del principio jerárquico en el funcionamiento de la sociedad anónima. Principio que consagra la subordinación del Consejo de Administración de la sociedad a la Junta General.

La facultad revocatoria de la Junta General, ex artículo 131, es un claro supuesto de separación *ad nutum*, sin necesidad, por tanto, de que la misma se sostenga en una causa debidamente justificada. Existe, sin embargo, una excepción a la facultad de libre revocación. Se trata, precisamente, del cese de los miembros del Consejo nombrados por el sistema proporcional recogido en el artículo 137. El artículo 137 quedaría vacío de contenido si mantuviéramos, sobre los miembros del Consejo así nombrados, la misma potestad revocatoria de la Junta General. Ante la colisión de los artículos 131 y 137 se ha entendido que para el cese de los administradores nombrados por el sistema proporcional debe mediar, en todo caso, «justa causa».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona considera que en el caso enjuiciado sí existe «justa causa» que ampara la decisión de la Junta General de cesar a los consejeros previamente nombrados. La «justa causa» radica en el vínculo de los consejeros nombrados con el accionista que los propone. El Tribunal estima que se deben ponderar los dos intereses en juego y contrapuestos. Por una parte, el derecho de la minoría a estar representada en el Consejo de Administración y, por otro, «el interés social» aducido por la mayoría para cesar a los consejeros nombrados.

Tras analizar distintos aspectos tiene en consideración un dato de suma importancia: la información y control que «a través del representante de la minoría puede obtenerse y ejercitarse en el Consejo de Administración». Argumenta, muy acertadamente, que esa información «en manos de administradores nombrados por un socio portador de intereses opuestos a los de la sociedad, sirven de plataforma idónea, en abstracto, para perjudicar el interés social...» (Fundamento de Derecho Séptimo IV).

Existe, en suma, «justa causa» de separación. La existencia de «intereses opuestos a los de la sociedad», prevaleciendo el interés de la sociedad sobre el derecho de la minoría de referencia a introducirse en el consejo de la sociedad competidora mediante el sistema de representación proporcional.

V. CONCLUSIONES

I. En primer término subrayar que el procedimiento previsto en el artículo 137 del TRLSA no es el adecuado para que un grupo minoritario, aunque cualificado, tome posiciones en el Consejo de Administración de una sociedad competidora.

II. En segundo lugar y dado que la Junta General de Accionistas tiene un amplio margen de maniobra en el adecuado funcionamiento de sus intereses

sociales es el órgano apropiado para decidir la separación de los miembros del Consejo.

III. La remoción de los miembros del consejo por acuerdo mayoritario de la Junta General Ordinaria de Accionistas se realiza mediante «justa causa». En consecuencia, y pese al deber de fidelidad del consejero cesado con la sociedad a la que se incorpora, no se puede ignorar el vínculo que le une con el accionista minoritario en virtud del cual accede al cargo.

RESUMEN

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Teniendo como referencia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de diciembre de 2005, en estas líneas se aborda esencialmente una cuestión. Si el procedimiento dispuesto en el artículo 137 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas es el cauce adecuado para el acceso al Consejo de Administración de una sociedad competidora. El tema abordado tiene especial trascendencia al tratarse de dos de los principales grupos constructores y de servicios españoles: ACCIONA, S. A. y FCC, S. A. Además, no puede obviarse un dato relevante: que a pesar de que ambas sociedades cotizan en el IBEX 35, sus Consejos de Administración se hayan controlados por grupos familiares.

ABSTRACT

BOARD OF DIRECTORS

Taking Barcelona Provincial Appellate Court's sentence of 14 December 2005 as its reference, this article essentially deals with one question: whether the procedure called for in article 137 of the revised Corporations Act is the proper channel for a competing firm to gain a seat on a company's board of directors. The topic is especially important because it involves two of Spain's biggest construction and services groups, ACCIONA, S. A., and FCC, S. A. In addition, there is another relevant point that cannot be overlooked: Despite the fact that both companies are traded on the IBEX 35, their boards of directors are controlled by family groups.

3. URBANISMO

DE NUEVO SOBRE EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS ADOPTADOS POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

por

VICENTE LASO BAEZA
Abogado

I. INTRODUCCIÓN

En el número 680 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* tuvimos oportunidad de referirnos a la doctrina resultante, entre otras, de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 2002.

Dicha Resolución, referida al acceso al Registro de la Propiedad de una parcelación resultante de una licencia obtenida por silencio administrativo positivo, admitía, en efecto, la aplicación del silencio administrativo a la solicitud de licencias de parcelación, el carácter categórico del artículo 43.5 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y Procedimiento Administrativo Común al dar plena eficacia a los actos administrativos producidos por silencio y, finalmente, por lo que aquí interesa, que el hecho de que se hubiera dictado una Resolución tardía contradictoria, posterior al plazo para la producción del silencio positivo, no implicaba que el acto así obtenido hubiera quedado superado por lo que, salvo que se acudiera al procedimiento de revisión del acto, habría de darse plenos efectos al juego del silencio y por lo tanto acceder, como al efecto reconoce la Resolución, a la inscripción de la correspondiente segregación.

Al comentar sin embargo la Resolución indicada, se pudo poner de manifiesto que la misma omitió un aspecto fundamental del juego del silencio administrativo en cuanto tradicionalmente, con pleno respaldo del Tribunal Supremo, se ha impedido su desenvolvimiento en aquellos supuestos en los que la licencia solicitada o el acto administrativo en cuestión pudieran ser disconformes con la legislación o el planeamiento urbanístico, es decir, aquellos casos en los que el silencio positivo se enfrentara ante un supuesto de invalidez del acto.

Esta cuestión es a la que a continuación nos referimos, poniendo por ello de manifiesto dos recientes sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, analizando la cuestión omitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin embargo dan plena cobertura a la doctrina emanada de su Resolución de 10 de septiembre de 2002.

II. EL RÉGIMEN LEGAL SOBRE EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y SU RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, modificó la regulación del silencio administrativo al expresar, por un lado, que «la estimación del silencio administrativo tiene, a todos los efectos, la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento» y, por otro lado, que en aquellos supuestos en los que el sentido del silencio atribuido por la legislación correspondiente fuera positivo, «la Resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

La regulación anterior se enfrentaba sin embargo con la existencia de dos preceptos de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, que ni fueron declarados inconstitucionales por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, ni, a su vez, fueron derogados por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.

Nos referimos en concreto al artículo 23.2, según el cual «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico aplicables», y al artículo 242.6, en virtud del cual se entendía que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

La existencia de las dos regulaciones indicadas planteaba entonces el dilema de la efectividad del silencio administrativo positivo, por ejemplo, en materia de licencias con carácter general admitido por la legislación urbanística, en aquellas hipótesis en las que el acto autorizado fuera claramente contrario a la legislación o al planeamiento urbanístico, supuesto que es el que precisamente concurría en el caso analizado por la Resolución citada, puesto que la propia Dirección General reconocía la adopción de una resolución posterior contraria al sentido del silencio, pero sin trascendencia ante el acto presunto ya producido.

En dichas situaciones, ¿se entendía, por lo tanto, que la vigencia de los artículos 23.2 y 242.6 podía mantenerse y, consecuentemente, que la Administración quedaba habilitada para entender decaído el sentido del silencio ante el apartamiento de la legalidad de la obra autorizada o, por el contrario, la regulación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común había de entenderse preferente de manera que sólo cabía la previa revisión del acto adoptado por silencio?

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al menos en dos sentencias, la de 20 de mayo de 2004 y la de 17 de marzo de 2005, ha analizado de modo pormenorizado el juego del silencio administrativo positivo ante la invalidez del acto, y ello justamente partiendo de la subsistencia, al menos formal, de los preceptos citados de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, el 23.2 y el 242.6.

Las sentencias se refieren inicialmente a que, según resulta del Diario de Sesiones de 8 de octubre de 1998, el silencio fue calificado en el debate parlamentario como una grosería, afirmándose igualmente que la modificación operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha representado una novedad trascendental al expresar que «en los casos de estimación por silencio administrativo, la

Resolución expresa, posterior a la producción del acto, sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo».

Dice así la sentencia en relación con dicho precepto que: «lo cierto es que la locución “de ser confirmatoria” no otorga a la Administración una facultad para resolver o no, porque ello vulneraría la obligación prevista en el artículo 42.1. En consecuencia, no puede interpretarse como “en caso de ser confirmatoria”, sino más bien como “en el sentido de ser confirmatoria”, es decir, eliminando la discrecionalidad de la Administración y obligándola a resolver conforme al sentido del silencio positivo».

En virtud de lo anterior, la sentencia mantiene su oposición a que no puedan adquirirse por silencio facultades en contra del ordenamiento para lo cual, indagando en la *voluntas legis*, vierte las siguientes consideraciones:

«PRIMERO.—Que la ineficacia del silencio *contra legem* es un principio general del Derecho Urbanístico arraigado en nuestra legislación y por tanto vigente, tal como ha defendido un sector de nuestra doctrina científica, pues con ello se olvida que el carácter informador, interpretativo e incluso normativo de un principio general del Derecho conforme al artículo 1, apartado 4.º del Código Civil, no puede llegar a aplicarse *contra legem*, por lo que no puede invocarse dicho principio general para burlar la letra y espíritu de la Ley 4/1999, de 13 de enero. 2.º Tampoco es invocable el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando indica que son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. De dicho precepto se extrae la siguiente conclusión: que los actos presuntos no son nulos de pleno derecho por contravenir el ordenamiento jurídico, sino que es preciso que carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición, por lo que dicho supuesto estaría regulando un supuesto semejante al de inexistencia que reconoció la doctrina. Por consiguiente, de dicho precepto se extrae la consecuencia de que sólo serán revisables de oficio, o no producirán efecto alguno por el motivo contemplado en este precepto, los actos presuntos que infrinjan el ordenamiento jurídico y que además carezcan de esos requisitos esenciales a los que se refiere dicho precepto, so pena de confundir un vicio de nulidad con otro de anulabilidad por mera infracción del ordenamiento jurídico... debe quedar claro, en todo caso, que dicho precepto no puede interpretarse en colisión con el artículo 43.4 antes citado, debiéndose admitir una interpretación coherente de ambos como la que ahora hemos defendido. 3.º La doctrina reiterada del Tribunal Supremo sobre dicha cuestión no es, por otro lado invocable, pues no ha tenido en cuenta ni ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de la reforma mencionada, al igual que la doctrina de esta Sala. 4.º El carácter singular y especial de una materia como es el urbanismo, pues de admitir este argumento con ello estaríamos olvidando el carácter básico que tiene dicho precepto, artículo 43.4, de modo que necesariamente ha de imponerse respecto de todo el procedimiento aplicable por cualquier Administración y materia ya que, de lo contrario, estaríamos convirtiendo la materia “procedimiento administrativo común”, ex artículo 149.1.18 de

la Constitución, en “procedimiento general” y por tanto desplazable por un precepto especial, lo que no ocurre en el caso de autos. En todo caso, dicho precepto ha desplazado el citado artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, por ser de redacción posterior al mismo».

«SEGUNDO.—...Por otro lado, la Sala desconoce qué contiene el urbanismo que no tengan otras materias para que las normas procedimentales puedan operar al margen de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues de admitir lo contrario podría llegar a dejarse sin contenido el espíritu de dicha ley a través de la regulación especial del silencio en cada procedimiento administrativo sectorial. Por el contrario, invocamos seis argumentos a favor de la consideración de que tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, que reformó de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Administración no puede oponerse en el ámbito del silencio positivo a que el particular pueda hacer valer ante la Administración dicho silencio positivo, sin perjuicio de la acción revisoria de oficio de la Administración: A) La Exposición de Motivos de la propia Ley 4/1999, cuando indica que “el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos por la Ley”. B) Los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y confianza legítima (art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), en virtud de los cuales la Administración no puede invocar extemporáneamente el hecho de que el silencio sea contrario a la Ley cuando lo ha podido hacer con anterioridad, ni con lesión de las legítimas expectativas de los particulares que han actuado confiados en que si la Administración no ha puesto obstáculos es porque lo pretendido es conforme con el ordenamiento jurídico. C) El criterio lógico interpretativo, que implica atender al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil), de modo que la Administración no puede gozar de la potestad de desconocer los efectos del silencio positivo cuando no resuelva y sin embargo cuando resuelve expresamente —deber ineludible— quede vinculado por los efectos del silencio. D) Los debates parlamentarios, reveladores de la voluntad del legislador, por cierto bastante consensuada, de poner límites a las potestades administrativas respecto del silencio positivo (sesiones de 17 de diciembre de 1998 y 8 de octubre de 1998, en la que se indica que la supresión de la certificación del acto presunto como obligatoria responde a la idea de que no se puede utilizar como mecanismo para revisar un acto favorable por el silencio). Y en este sentido debe recordarse el Dictamen del Consejo de Estado, de 22 de enero de 1998, al Anteproyecto de Ley que sigue la línea expuesta. E) El espíritu de la reforma de la Ley 4/99, interpretada ésta de forma sistemática, que ha convertido a la obligación de resolver de la Administración en una obligación sujeta a un plazo esencial, de modo que no puede invocarse la doctrina general del artículo 63.3 de la Ley 30/92 y su antecedente, la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958, en el

sentido de que “la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”, por lo que tal precepto no será de aplicación cuando dichas actuaciones se refieran a la resolución, so pena de constituir una antinomia con procedimiento de revisión de oficio de los actos anulables del viejo artículo 103, de modo que cuando la solicitud de una licencia urbanística suponga una infracción del ordenamiento jurídico (art. 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común), la Administración habrá de acudir a la declaración de lesividad, lo que es indicativo que la mera infracción del ordenamiento jurídico no constitutiva de nulidad de pleno derecho no puede ser desconocida por la Administración. F) El criterio de la doctrina científica mayoritaria que ha tratado esta cuestión. En virtud de lo expuesto esta Sala revisa su doctrina estableciendo la que a continuación se expone: transcurrido el plazo para resolver una solicitud de licencia, cuando el efecto del silencio sea positivo, la Administración competente, en caso de que no haya resuelto expresamente, no podrá invocar que la concesión de la licencia por silencio es contraria al ordenamiento jurídico sino acudiendo a los procedimientos de revisión establecidos en el artículo 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De lo expuesto se deduce que para que tenga validez esta doctrina es preciso que la solicitud de una licencia urbanística: *a)* Cuenten con la documentación legal o reglamentariamente exigida, no bastando, por ejemplo, un acto comunicado para obtener una licencia de obra mayor. Y ello en tanto en cuanto nos encontraríamos, de lo contrario, con un acto inexistente por falta de los requisitos esenciales. *b)* Que dicha solicitud haya sido formulada, cuando se exija proyecto, por el técnico competente, sin perjuicio de lo que luego indiquemos».

IV. CONCLUSIONES

La doctrina anterior, sin perjuicio de lo que pudiera manifestar el Tribunal Supremo, el cual en todo caso, y aunque no en el ámbito urbanístico, ha mantenido la misma doctrina sobre la producción del silencio y sus consecuencias (STS de 1 de abril de 2002), fortalece la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Es cierto, por lo tanto, que la posición final es coincidente, pero también lo es que la Dirección General no afrontó, no ya sólo la existencia de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que admitía la resolución tardía contraria al sentido del silencio, sino tampoco la previsión expresa de la Ley del Suelo de 1992.

La importancia por ello de la doctrina expuesta es notoria, sobre todo ante la inercia casi irresistible de la Administración y sus servicios técnicos de mantener una interpretación que necesariamente ha de entenderse superada. Superada también, por cierto, pese a la aparición, después de la reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 13 de enero de 1999, de diversas leyes autonómicas en materia de urbanismo que, sin título competencial para

ello, reproducen incluso literalmente los preceptos citados de la Ley del Suelo de 1992.

La invalidez del acto no puede ser, por lo tanto, el reducto final al que se acoja la Administración para, sin acudir a la revisión del acto, expulsar del mundo jurídico una decisión que, aunque producida por silencio, tiene a todos los efectos el mismo alcance que un acto expreso.

RESUMEN

SILENCIO ADMINISTRATIVO

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirma la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el régimen del silencio administrativo en relación con los actos administrativos de naturaleza urbanística. Así lo hace por entender que lo dispuesto en los artículos 23.2 y 246.2 de la Ley del Suelo de 1992 ha quedado superado por la regulación dispuesta en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según la reforma debida a la Ley 4/1999, de 13 de enero.

ABSTRACT

TACIT DISAPPROVAL BY THE ADMINISTRATION

The High Court of Justice of Madrid confirms the doctrine of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs concerning administrative silence in connection with administrative acts having to do with urban development. It has given to believe that the terms of articles 23.2 and 246.2 of the 1992 Land Act are crushed by the regulation set down in Act 30/1992 of 26 November, according to the reform due to Act 4/1999 of 13 January.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 4/2005. 10-10-2005. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23-11-2005, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos.

— Ley 18/2005. 30-9-2005. Deroga la Ley 23/1986, de 24-12-2005, por la que se establecen las bases del régimen jurídico de las Cámaras Agrarias.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 15-9-2005. Aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

— Real Decreto 1163/2005. 30-9-2005. Regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1121/2005. 26-9-2005. Crea el Registro de la Propiedad de Pájara, Las Palmas.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 939/2005. 29-7-2005. Aprueba el Reglamento General de Recaudación.

— Real Decreto 1122/2005. 26-9-2005. Modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30-7-2004, en relación con la cobertura del riesgo de crédito en entidades financieras, y el Real Decreto 1778/2004, de 30-7-2004, por el que se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea.

— Orden 2963/2005. 20-9-2005. Reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado.

— Orden 3061/2005. 3-10-2005. Establece las condiciones y el procedimiento para la presentación telemática por Internet de las declaraciones correspondientes al modelo 038 y el procedimiento para la presentación telemática por teleproceso de las declaraciones correspondientes al modelo 180, se regula el lugar, plazo y forma de presentación de la declaración-resumen anual correspondiente al modelo 392 y se modifican determinadas normas de presentación de los modelos de declaración 180, 193, 345, 347 y 349, y otras normas tributarias.

— Orden 3230/2005. 13-10-2005. Crea en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Delegación Central de Grandes Contribuyentes y la Subdirección General de Tecnologías de Análisis de la Información e Investigación del Fraude del Departamento de Informática Tributaria, y se modifica la Orden de 2-6-1994, por la que se desarrolla la estructura de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución 23-8-2005. Regula la presentación de determinados documentos electrónicos en el registro telemático general de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

— Resolución 19-10-2005. Extiende la colaboración social a la presentación por vía telemática del recurso de reposición y se aprueba el documento normalizado para acreditar la representación para su presentación por vía telemática en nombre de terceros.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Resolución 18-10-2005. Dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 13-10-2005, por el que se fija el tipo de interés efectivo anual inicial aplicable a los préstamos convenidos que se concedan en el

ámbito del programa 2005, del Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 1041/2005. 5-9-2005. Modifica los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; de recaudación de la Seguridad Social, y sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como el Real Decreto sobre el patrimonio de la Seguridad Social.

— Resolución 11-10-2005. Publica el calendario laboral para el año 2006.

— Corrección de Errores. Real Decreto 689/2005. 10-6-2005. Modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4-2-2000, y el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14-5-1998, para regular la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS de 29-4-2005. Declara la ilegalidad de la Disposición Transitoria cuarta del Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, anulándola.

— STS de 28-6-2005. Fija la siguiente doctrina legal: «la suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoriamente aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario».

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Orden de 3-10-2005. Establece las bases reguladoras de la concesión de subvenciones de la Consejería.

— Corrección de Errores. Resolución de 10-12-2004. Determina las fiestas locales en el ámbito territorial de Andalucía para el año 2005.

ARAGÓN

— Ley 7/2005. 4-10-2005. Horarios comerciales y apertura en festivos.

— Decreto 177/2005. 6-9-2005. Fija los procedimientos y criterios para la adjudicación de las viviendas protegidas de promoción privada promovidas por cooperativas u otras personas jurídicas cuya naturaleza determine que sus socios o partícipes resulten adjudicatarios.

— Decreto 188/2005. 26-9-2005. Aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores.

— Decreto 206/2005. 11-10-2005. Modifica el reglamento de condiciones técnicas mínimas para las viviendas protegibles en Aragón aprobado por Decreto 191/1998, de 17-11-1998, y se extiende su aplicación a todas las viviendas de protección pública en la Comunidad Autónoma de Aragón.

— Decreto-Ley 1/2005. 26-9-2005. Aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos.

ASTURIAS

— Decreto 92/2005. 2-9-2005. Aprueba el Reglamento en la materia de Vivienda de la Ley del Principado de Asturias 2/2004, de 29-10-2004, de Medidas Urgentes en Materia de Suelo y Vivienda.

CANARIAS

— Orden de 22-11-2005. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2006.

— Resolución de 22-11-2005. Modifica la Resolución de 28-2-2005. Dicta instrucciones para la notificación por comparecencia de los actos de la Administración Tributaria Canaria.

CASTILLA-LA MANCHA

- Decreto 118/05. 27-9-2005. Fija el calendario laboral para el año 2006.

CASTILLA-LEÓN

- Decreto 63/2005. 25-8-2005. Aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León.
- Decreto 66/2005. 22-9-2005. Desarrolla, en materia de órganos de gobierno y de dirección, el TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2005, de 21-7-2005.

MADRID

- Decreto 84/2005. 15-9-2005. Aprueba el Reglamento por el que se regula la reserva del 1 por 100 establecida en el artículo 50 de la Ley 10/1998, de 9-7-1998, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid.

NAVARRA

- Decreto Foral 126/2005. 10-10-2005. Establece el plazo de presentación a la Hacienda Tributaria de Navarra de determinados modelos de declaración informativa anual.
- Decreto Foral. Ley 1/2005. 3-10-2005. Modifica la Ley Foral 20/1992, de 30-12-2005, de Impuestos Especiales.

VALENCIA

- Ley 6/2005. 18-10-2005. Modifica la Ley 8/1997, de 9-12-1997, de Horarios Comerciales de la Comunidad Valenciana.
- Decreto 146/2005. 21-10-2005. Determina el calendario laboral de aplicación en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana para el año 2006.

II. Información de actividades

Aragón

El 2 de noviembre tuvo lugar la Conferencia Inaugural a cargo de don Fernando P. MÉNDEZ, de la I EDICIÓN DEL DIPLOMA DE ESPECIALIZACIÓN EN MERCADO INMOBILIARIO, patrocinado por el Colegio de Registradores y participando en el profesorado doña Belén MADRAZO MELÉNDEZ (Registradora de la Propiedad y Mercantil de Huesca) y don Miguel TEMPRA-DO AGUADO (Registrador de la Propiedad de Borja, Zaragoza).

Del 2 al 12 de noviembre, en la Universidad de Zaragoza, tuvieron lugar los X ENCUENTROS INTERNACIONALES SOBRE SISTEMAS DE LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN, IBERSID 2005.

Los días 3 y 4 de noviembre se celebraron las TERCERAS JORNADAS INSTITUCIONALES de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, y del Justicia de Aragón *CONSTITUCIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA*, participando doña Pilar PALAZÓN en la Mesa redonda: *Seguridad jurídica en el tráfico jurídico mercantil*.

El día 9 de noviembre tuvo lugar la JORNADA INAUGURAL DEL FORO EMPRESA, organizado por el Instituto Aragonés de Fomento. El mismo corrió a cargo de José Luis NUENO, Profesor de Dirección Comercial y Marketing del IESE, y con la participación de representantes de las empresas Easyjet y Google. El día 10 se entregaron los Premios Excelencia Empresarial otorgados a TNT, Especialidades Luminotécnicas y a Ayanet.

Los días 9 y 10 de noviembre tuvieron lugar las JORNADAS *EL FEDE-
RALISMO CANADIENSE Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL MODELO ESPA-
ÑOL*, organizadas, entre otros, por la Fundación Manuel Giménez Abad y las Cortes de Aragón. El día 9 contaron con la presencia del Ministro de Justicia.

El 16 de noviembre se celebró la JORNADA DE PUERTAS ABIERTAS en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El día 17 se inauguró el II CURSO INTERNACIONAL *DESARROLLO EMPRESARIAL Y GLOBALIZACIÓN*, organizado por la Universidad de Zaragoza.

El día 19 Albarracín (Teruel) acogió el VII ENCUENTRO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, organizado por el Instituto de Estudios Europeos, en colaboración con el Gobierno de Aragón, Ibercaja, Real Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País y Endesa. Contó con la participación de Miguel Ángel NAVARRO, Secretario General para la Unión Europea.

A lo largo del mes de noviembre tuvieron lugar en Zaragoza y Teruel los XV ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS, organizados por el Justicia de Aragón, Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Facultad

de Derecho de Zaragoza, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, Ilustre Colegio Notarial de Aragón, Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón e Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza.

Comisión de coordinación: Don Fernando GARCÍA VICENTE, del Justicia de Aragón; don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón; don Manuel ASENSIO PALLÁS, Abogado; don Adolfo CALATAYUD SIERRA, Decano del Colegio Notarial de Aragón; don Francisco CURIEL LORENTE, Registrador; don Saúl GAZO ORTIZ DE URBINA, Abogado; doña Carmen MAESTRO ZALDÍVAR, Procuradora; don Honorio ROMERO HERRERO, Notario; don Rafael SANTACRUZ BLANCO, Director General de Servicios Jurídicos DGA; don José Antonio SERRANO GARCÍA, Profesor Titular de Derecho Civil; don José Luis SORO DOMINGO, Abogado; don Ignacio MURILLO GARCÍA-ATANCE (Secretaría Técnica), Responsable de Departamento del Justicia de Aragón; don Francisco J. POLO MARCHADOR (Secretaría Técnica), Responsable de Departamento del Justicia de Aragón.

Ponencias:

- «La institución recíproca de herederos».
Ponente: Doña María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Profesora Titular de Derecho Civil.
Co-ponentes: Doña Pilar PALAZÓN, Registradora de la Propiedad, y don Javier SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ RIOBOO, Abogado.
- «Las voluntades anticipadas».
Ponente: Doña María Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil.
Co-ponentes: Don Tomás GARCÍA CANO, Notario, y don JOSÉ JAVIER OLIVÁN DEL CACHO, Magistrado.
- «El sistema legitimario en la Ley Aragonesa de Sucesiones».
Ponente: Don José Luis MOREU BALLONGA, Catedrático de Derecho Civil.
Co-ponentes: Don Juan José BRUN ARAGÜÉS, Abogado, y doña Isabel RUFAS DE BENITO, Notario.
- «El empadronamiento».
Ponente: Don Enrique CÁNCER LALANNE, Magistrado Emérito del TS.
Co-ponentes: Don Pascual AGÜELO NAVARRO, Abogado, y don Ricardo MONGAY ALCINA, Secretario de Administración Local.

El día 22 de noviembre tuvo lugar la 1.^a JORNADA DE UNIVERSIDADES RESPONSABLES, organizada por la Universidad de Zaragoza, promo-

vida por la Fundación Ecología y Desarrollo y financiada por el Gobierno de Aragón.

Los días 26 al 29 de noviembre tuvo lugar, en Zaragoza, el V CONGRESO IBEROAMERICANO DE ACADEMIAS JURÍDICAS, en el que participó este Decanato en la Presidencia del Comité de Honor.

El día 2 de diciembre tuvo lugar la JORNADA: *LA REFORMA DEL SENADO*, organizada por las Cortes de Aragón y la Fundación Manuel Giménez Abad y patrocinada por Ibercaja y la CAI.

El día 12, organizada por la Fundación Ecología y Desarrollo y el Gobierno de Aragón, y dentro del Programa «La empresa del mañana», tuvo lugar la CONFERENCIA *EN EL MERCADO POR EL CAMBIO: EL PAPEL DE LAS ONGs Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO AGENTES DE TRANSFERENCIA ECONÓMICA*. Contó con la presencia de John ELKINGTON, fundador de Think Tank, y la consultora Sustain Ability, de Eduardo BANDRÉS, Consejero de Economía del Gobierno de Aragón, y de Víctor VIÑUALES, Director de la Fundación, además de líderes del mundo empresarial, gubernamental y social.

Los días 14 y 15, organizadas por el Ayuntamiento de Zaragoza, se celebraron unas Jornadas en las que participaron técnicos y responsables políticos de toda España, en las que se expusieron los métodos ya aplicados en sus ciudades para fomentar la utilización de energías renovables y contribuir a diseñar un desarrollo sostenible. Contaron con la presencia de Arturo GONZALO AIZPIRI, Secretario General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático del Ministerio de Medio Ambiente, y de Javier RAMOS, Secretario General de la Vivienda. La conferencia de apertura corrió a cargo de Antonio ESTEVAN, consultor ambiental de la red Gea 21, que habló del «Impacto de la construcción y el transporte en el cambio climático». En otra de las ponencias se presentó el nuevo Código Técnico de la Edificación, impartida por Ángel Rafael PACHECO RUBIO, Director General de Arquitectura y Política de Vivienda del Ministerio de la Vivienda.

El día 20 de diciembre, el Consejo Económico y Social de Aragón presentó la obra «Un análisis empírico del precio de la vivienda en Aragón y su relación con la renta», elaborado por la Universidad de Zaragoza.

INFORMACIÓN
BIBLIOGRÁFICA

Antoni VAQUER (editor): *La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, 675 págs.

por el

DOCTOR ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

Profesor Titular de Derecho Civil

Universitat Rovira i Virgili

Desde 1982 la *Commission on European Contract Law* ha venido trabajando en la formación de unos Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL). En 1995 se publicó la Primera Parte de los PECL, dedicada al cumplimiento de las obligaciones, a su incumplimiento, y a los «remedios» frente a tal incumplimiento. En 1999 vio la luz la denominada Primera y Segunda Parte de los PECL, que constituía una revisión de la Primera Parte de los Principios, acompañada de unos nuevos capítulos, formando un total de nueve, referidos a las siguientes materias: Disposiciones generales (aplicación, deberes generales, definiciones), formación del contrato, poder de representación, validez, interpretación, contenido y efectos, pago o cumplimiento, incumplimiento y medios de tutela en general, y «remedios» específicos en caso de incumplimiento. La elaboración de la Tercera y última Parte de los Principios concluyó en 2002, con los capítulos 10 a 17, dedicados a la pluralidad de partes, cesión de créditos, cambio de deudor y cesión del contrato, compensación, prescripción, ilicitud del contrato, condiciones y capitalización de intereses, lo que supuso la culminación del trabajo llevado a cabo durante más de veinte años por la denominada Comisión Lando, enmarcado todo ello dentro de la pretensión del Parlamento Europeo de formar un Código Civil europeo.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo han sido realizados por un grupo de juristas —en general, académicos de reconocido prestigio— de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, bajo un proyecto auspiciado por la Comisión Europea y que ha contado con la ayuda de instituciones nacionales y comunitarias. Los Principios se han formulado en forma de artículos, que vienen acompañados de un detallado comentario y una serie de notas con concisas referencias de Derecho comparado. Desde un punto de vista formal, más que ante principios estamos ante reglas-modelo, que se asemejan a las normas de los Códigos Civiles tradicionales y a las reglas de algunas disposiciones europeas como, por ejemplo, la Directiva sobre cláusulas abusivas.

Dado que en Europa no existe un sistema jurídico común a todos los Estados, para elaborar los PECL la Comisión tuvo que atender a los diferentes sistemas existentes, así como a otras normas internacionales. Ahora bien, el objetivo de la Comisión Lando no ha sido el de analizar los diferentes sistemas

jurídicos vigentes en Europa y llegar a una solución de compromiso aceptable para todas las partes implicadas, sino que lo que ha pretendido es dar a cada problema la solución más funcional. Ello ha determinado que el sistema propuesto por los Principios difiera en algunos aspectos de las soluciones adoptadas por los distintos derechos nacionales.

La eficacia de los PECL suele compararse con la de los *Restatement* americanos. Se trata de normas no obligatorias, *soft law*, cuyas principales finalidades son las siguientes:

- Que, en la medida que permitan las normas imperativas nacionales, los Principios puedan ser utilizados por las partes como fuente reguladora de sus contratos, ya sea, por ejemplo, imponiendo la cláusula «El presente contrato queda sujeto a los Principios de Derecho Contractual Europeo», o incorporando al clausulado del contrato todos o parte de los Principios.
- Que suponga una fuente de ideas o un modelo para el legislador nacional a la hora de abordar la codificación (como ocurre en Estonia y otros países de la Europa del Este) o recodificación (en Alemania en materia de prescripción) de su Derecho, así como una fuente de inspiración o una herramienta útil para los tribunales y el resto de operadores jurídicos al interpretar tanto las leyes nacionales como las provisiones de los tratados internacionales.
- Que constituya la base para un futuro Código Europeo de los Contratos.
- Y, por último, que los estudiantes de Derecho puedan empezar a familiarizarse con un lenguaje y unos términos jurídicos comunes.

La Tercera Parte de los Principios, además de por su claridad y coherencia, llama la atención por una serie de reglas que contribuyen a aclarar puntos tradicionalmente oscuros o problemáticos, inciden en cuestiones de detalle, o difieren del régimen español vigente. Entre estas normas podemos citar, a título de ejemplo, las siguientes:

- La posibilidad de ceder un derecho de crédito futuro, o la cesión parcial de un crédito divisible (art. 11:101 y 11:103).
- La eficacia frente al deudor de una cesión de créditos prohibida en el contrato cuando el cesionario ignore de manera excusable la falta de conformidad del deudor (art. 11:301).
- La aplicación a la cesión del contrato del régimen previsto para la cesión de créditos y para el cambio de deudor (art. 12:201).
- La necesidad de notificación para ejercitar la compensación, y la eficacia de la misma a partir de tal notificación (art. 13:104 y 13:106).
- La reducción del plazo general de prescripción a tres años (art. 14:201), salvo que se trate de una pretensión establecida en virtud de sentencia, en cuyo caso es de diez años (art. 14:202).
- La ineficacia de un contrato si es contrario a los principios reconocidos como fundamentales en el Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 15:101).
- La producción de efectos a partir del momento en que la condición se cumple, en las obligaciones sujetas a condición suspensiva (art. 16:103).
- O, finalmente, la regla que establece que los intereses moratorios se añaden cada doce meses al capital pendiente de pago (art. 17:101).

Estas materias, entre otras, constituyen el objeto del libro que recensamos. Éste constituye el fruto de las aportaciones realizadas al III Congreso Internacional «La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo», que tuvo lugar en la Universidad de Lleida los días 7 y 8 de mayo de 2003. Se trata de un Congreso que se ha convertido en ya un clásico a nivel europeo, especialmente gracias al trabajo de los profesores Santiago ESPIAU y Antoni VAQUER, editor este último de la obra que comentamos.

El libro está formado por un total de 23 aportaciones de destacados juristas españoles y europeos. Basta citar los nombres de algunos de los autores —como, por ejemplo, los de Stefan LEIBLE, Hector L. MACQUEEN, Jan M. SMITS, Simon WHITTAKER, Eric CLIVE o Reinhard ZIMMERMANN (estos dos últimos editores del libro de la Tercera Parte de los PECL, publicado en 2003, que incluye las *black rules* y los comentarios de la Comisión de Derecho Contractual Europeo)—, para darnos cuenta que estamos ante los mejores especialistas europeos sobre la materia y, por tanto, ante obra de consulta obligada. Se analizan con detalle, y desde diversas perspectivas, la mayoría de instituciones que aparecen reguladas en la Tercera Parte de los Principios. Así, cinco trabajos versan sobre aspectos generales de los Principios, cinco más sobre diversos aspectos de la pluralidad de partes en la obligación, cuatro se refieren a la cesión de créditos, dos al cambio de deudor, tres a la compensación, otros tres a la prescripción y, finalmente, uno a la ilicitud del contrato. Junto a estudios centrados exclusivamente en los PECL, encontramos otros en los que tales Principios se ponen en relación y se analiza su compatibilidad con los derechos nacionales, especialmente el Derecho español.

En definitiva, estamos ante el más completo comentario que, tanto a nivel español como europeo, se ha realizado hasta ahora de la Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo, y por tanto ante un libro de imprescindible consulta, tanto para los estudiosos del Derecho de contratos como para los profesionales.

*(Trabajo recibido el 11-10-2005 y aceptado
para su publicación el 29-12-2005)*

PUY MUÑOZ, Francisco, *Teoría tópica del Derecho natural*, Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2004, 140 págs.

por

GUILLERMO HIERREZUELO CONDE
Doctor en Derecho. Universidad de Málaga

Autor del primer tratado de tópica general, ARISTÓTELES (384-322 a.C.), definió la tópica general como «un método que habilite al que lo use para razonar, partiendo de opiniones que sean generalmente admitidas, acerca de cualquier problema que se le proponga; y que le capacite, asimismo, cuando esté defendiendo un argumento, para evitar decir algo que pueda estorbárselo» (pág. 11). F. PUY, sin embargo, señala que hoy además de tópica general habría que distinguir una tópica jurídica, distinta de aquélla, y en la que debe estudiarse: el repertorio, el arte, el método y la teoría o doctrina (pág. 11). A continuación, PUY MUÑOZ define la tópica jurídica como «un método de articular una solución racional a los casos jurídicos consistente en el desarrollo

de una discusión del problema aceptando su peculiaridad, y en la búsqueda de una propuesta resolutoria consensuada a partir del entramado de postulados, directrices y evidencias no rechazadas por ninguno de los coimplicados en el caso, asumiendo la experiencia de lo experimentado en situaciones semejantes anteriormente ocurridas o imaginadas» (pág. 12). Las clases de tópicos básicos son: las expresiones, las proposiciones, los argumentos y las teorías (págs. 13-14).

PUY destaca que «las mejores nuevas definiciones del Derecho natural son las definiciones de los Derechos humanos», como las de Antonio TRUYOL SERRA, Vernon VAN DYKE o la de Imre SZABÓ (págs. 32-33). Para F. PUY los teóricos del Derecho tienen que descubrir una definición propia y personal del Derecho natural, y él la concibe como «el tópico retórico-jurídico con que los juristas defendemos los Derechos *humanos erga omnes* en última instancia» (pág. 36). Hans KELSEN (1881-1973) ha señalado los 16 grandes principios de Derecho natural, o de la justicia natural, o de la ley natural que ha producido la civilización occidental y que se han presentado como los principios de Derecho natural clásico, vigentes desde los orígenes hasta el siglo XIX. De ellos rechazó los catorce primeros y sólo aceptó, aunque con cierta renuencia, los dos últimos: dale a cada uno lo suyo; quiere para todos lo que para ti mismo; obra como si la máxima de tu acción debiera convertirse por tu voluntad en ley universal de la naturaleza; haz el bien y evita el mal; obra conforme a los precedentes; decide por el promedio; no dejes ningún crimen sin castigo; retribuye a cada cual según su trabajo; de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades; ama al que esté junto a ti como si él fueras tú; no mandes ni prohíbas más que lo imprescindible; no discrimines a nadie sin motivo; trata a todos por igual; considera los momentos y concordarás los derechos; cumple siempre los compromisos adquiridos (*pacta sunt servanda*); modifica las reglas si se modifican las circunstancias del caso (*rebus sic stantibus*) (pág. 44). Francisco PUY ha señalado que, «junto a ellos hay que poner los que podríamos llamar principios de Derecho natural moderno, que son los llamados principios generales del Derecho Civil, vigentes en España entre 1888 y 1978, y que, pese a recibir ese nombre por el hecho de haber sido reconocidos solemnemente en el Código Civil... tienen un carácter plenamente iusnaturalista en la mayor parte de los casos» (pág. 45). Con la Constitución Española de 1978, ya no se emplea la expresión «principios del Derecho natural», pero tampoco «principios generales del Derecho», sino que en su lugar se habla generalmente de «principios del Derecho». Hoy día hay que distinguir los «principios constitucionales» (principios de armonización; de capacidad administrativa; de convivencia democrática; de descentralización administrativa; de igualdad; de legalidad, etc.), presentes en la Constitución Española de 1978, y los «principios comunitarios» (principios de inviolabilidad de las fronteras; de integridad territorial de los Estados; de no intervención en los asuntos internos; de cooperación entre los Estados; de cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas según el Derecho internacional, etc.), constantes en el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992, que, al menos en un sentido lato, no cabe duda de que son principios de Derecho natural.

Un argumento es un razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega. Pero también destaca Francisco PUY que los argumentos iusnaturalistas son plurales, si bien podrían ser reducidos a dos clases fundamentales: aquellos en que se afirma o niega algo apoyándose en el Derecho natural, el

cual se da por sobreentendido en el sentido de que se acepta, al menos bajo algún aspecto o desde alguna perspectiva, que existe, que vale o que manda; y aquellos en que se afirma o niega algo del Derecho natural, el cual, por lo tanto, es puesto en discusión en cuanto a si existe, si vale o si manda (pág. 52). Es evidente, que el pensamiento jurídico no puede prescindir de la argumentación iusnaturalista, porque sería imposible argumentar o protestar las leyes inhumanas, crueles o degradantes. Pero el iusnaturalismo ha recibido duras críticas del positivismo, que se pueden resumir en las siguientes tesis: el Derecho natural no es una ciencia jurídica ni es un Derecho positivo, pero además no es nada natural, ya que carece de naturaleza (pág. 64). Por el contrario, los iusnaturalistas del siglo xx han defendido en todo momento la existencia, el valor y la normatividad del Derecho natural aduciendo tres argumentos: el Derecho natural es una ciencia jurídica fundamental; es un conjunto lógico de normas jurídicas auténticas y completas, que no son muchas, pero son las fundamentales; y es un conjunto lógico de Derechos humanos auténticos, que tampoco son muchos, pero que también son los fundamentales (págs. 64-69). F. PUY defiende la teoría iusnaturalista del Derecho, argumentando su existencia, su valor y su carácter normativo en base a tres tesis: el Derecho natural es también una teoría explícita; es una teoría también cuando simula no serlo, como ocurre a veces; y es una teoría de manifestación plural y polémica (pág. 88). PUY MUÑOZ entiende que «el sistema desnaturaliza al Derecho natural. Mejor es que se hagan cuantos menos sistemas de Derecho natural, y que los imprescindibles (los pedagógicos) se contengan en los límites cuantitativos y cualitativos de la teoría simple y corta» (pág. 111).

PUY MUÑOZ establece ocho formas de encomiar el Derecho natural en la retórica jurídica: el Derecho natural es el Derecho que emana de la sabiduría piadosa, divina o religiosa; es el Derecho que crea la sabiduría laica o la ciencia independientemente (de la fe); es el Derecho que resulta de la experiencia repetida de los operadores jurídicos; es el Derecho que hace progresar al Derecho; es el Derecho que exige la dignidad de la persona humana; es el Derecho que brota de la conciencia jurídica de los pueblos; es el Derecho que producen las fuerzas materiales económicas; es el Derecho que nace del sagrado hontanar de la moral individual o de la ética pública (pág. 116). De lo que no cabe duda, según sus palabras, es que el Derecho natural es un tópico retórico, si bien no toda la doctrina reconoce esta naturaleza. Es más, para él «es el primero y el mejor de todos los tópicos jurídicos» (págs. 118-119).

El tópico Derecho natural, en cualquiera de sus formas, como término o expresión, como definición o principio, como juicio o argumento, y como teoría o sistema, juega un papel significativo diferente según que se inserte en una u otra de las tres diferentes teorías o formas comunicativas que son: la ciencia, la retórica y la dialéctica (pág. 125). El Derecho natural ha discurrido por cualquiera de las tres vías.

Esta obra de Francisco PUY, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela y Numerario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, se ha elaborado en el seno del Convenio de colaboración suscrito entre la Universidad Santo Tomás de Chile y la Universidad de Santiago de Compostela. Es PUY uno de los grandes iusnaturalistas que, sin duda para bien, quedan en España.

*(Trabajo recibido el 14-06-2005 y aceptado
para su publicación el 29-12-2005)*

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 221 (Noviembre 2005)

«Obras municipales ordinarias y planeamiento urbanístico», por Ángel MENÉNDEZ REXACH, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OBRAS MUNICIPALES EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA DE OBRAS PÚBLICAS Y RÉGIMEN LOCAL.—III. RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LAS OBRAS MUNICIPALES ORDINARIAS: A) LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL. B) LEGISLACIÓN URBANÍSTICA. C) ADECUACIÓN AL PLANEAMIENTO.—IV. ARTICULACIÓN ENTRE PLAN Y PROYECTO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA: A) EL PLAN COMO INSTRUMENTO LEGITIMADOR. B) LÍMITES A LAS POSIBILIDADES DE ORDENACIÓN MEDIANTE PLAN ESPECIAL. C) ARTICULACIÓN ENTRE EL PLAN Y EL PROYECTO DE URBANIZACIÓN.—V. RECAPITULACIÓN.

«Apuntes de “jurisprudencia registral” (sobre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado con especial incidencia en materia urbanística)», por Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 49.

SUMARIO: 1. INSCRIPCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE EQUIDISTRIBUCIÓN Y EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DE SUS MODIFICACIONES: 1.1. DIFERENCIA ENTRE LA ALTERACIÓN DEL DESTINO URBANÍSTICO DE UN TERRENO Y SU PROPIEDAD: QUE UN TERRENO PIERDA EL CARÁCTER DE VIAL NO BASTA PARA INSCRIBIR LA PARTE PROPORCIONAL DEL MISMO A FAVOR DEL COLINDANTE: RDGRN DE 3-9-2004. 1.2. CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES DERIVADAS DE EXPROPIACIÓN FORZOSA A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN: ES TÍTULO SUFICIENTE LA SENTENCIA FIRME, AUNQUE NO FUERAN PARTE LOS EXPROPIADOS: RDGRN DE 7-9-2004. 1.3. INSUFICIENCIA DE LA RESOLUCIÓN PUBLICADA EN EL BOLETÍN OFICIAL DE LA PROVINCIA PARA INSCRIBIR UNA EXPROPIACIÓN: RDGRN DE 23-12-2004. 1.4. TRANSMISIÓN DE LAS FINCAS RESULTANTES DE LA COMPENSACIÓN: LA MODIFICACIÓN DE LAS INSCRIPCIONES INTERMEDIAS REQUIERE LA INTERVENCIÓN DE LOS QUE EN ELLAS APARECEN COMO TITULARES REGISTRALES: RDGRN DE 12-1-2005. 1.5. EXPROPIACIÓN URGENTE: ACTA PREVIA DE OCUPACIÓN Y EL JUSTIFICANTE DE LA ENTREGA AL EXPROPIADO DE LA PARTE DE JUSTIPRECIO EN QUE EXISTE CONFORMIDAD PARA PRACTICAR ANOTACIÓN PREVENTIVA A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN: DGRN DE 22-4-2005.—2. INSCRIPCIÓN DE LAS OBRAS NUEVAS Y SUS MODIFICACIONES: 2.1. SUPERFICIE CONSTRUIDA: BASTA LA EXISTENCIA DE DATOS PARA SU DETERMINACIÓN MEDIANTE UNA SIMPLE SUMA; NO ES NECESARIA LA FIRMA DEL SECRETARIO EN LA COMUNICACIÓN DE LA LICENCIA: RDGRN DE 14-2-2004.

2.2. CERTIFICACIÓN DEL TÉCNICO: ES INNECESARIO ACREDITAR SU COMPETENCIA: RDGRN DE 8-9-2004. 2.3. ACREDITACIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS: SUFICIENCIA DE LA RESOLUCIÓN DEL ALCALDE QUE LA OTORGA: RDGRN DE 6-10-2004. 2.4. INSUFICIENCIA DE LA CERTIFICACIÓN MUNICIPAL DE QUE EL SOLICITANTE ES PROPIETARIO DE UNA VIVIENDA NO SOMETIDA A EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA: RDGRN DE 17-2-2005. 2.5. NO ES OBSTÁCULO QUE LA ESCRITURA SE DENOMINE DE RECTIFICACIÓN Y NO DE OBRA NUEVA: RDGRN DE 18-2-2005. 2.6. CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: NO PUEDE PRESUMIRSE LA OBRA NUEVA SI LA CONFIGURACIÓN DEL EDIFICIO ES LA MISMA, AUNQUE SE HAYAN REALIZADO ALGUNAS MODIFICACIONES INTERIORES: RDGRN DE 19-2-2005. 2.7. NO SE PRECISA NUEVA LICENCIA PARA MODIFICACIONES DE LA OBRA NUEVA DESCRITAS EN EL PROYECTO APROBADO: RDGRN DE 21-3-2005. 2.8. ACREDITACIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS POR SILENCIO POSITIVO: NO OPERA CUANDO RESULTA PALMARIAMENTE QUE LA OBRA ES CONTRARIA AL PLANEAMIENTO: RDGRN DE 22-3-2005. 2.9. NECESIDAD DE LICENCIA Y CERTIFICACIÓN DE TÉCNICO PARA MODIFICAR EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL INCREMENTANDO EL NÚMERO DE PLANTAS: RDGRN DE 31-3-2005.—3. INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE PARCELACIÓN: 3.1. NO SE PRECISA LICENCIA PARA LA CONSTITUCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA» CON ASIGNACIÓN EXCLUSIVA DE ESPACIOS DETERMINADOS: RDGRN DE 10-12-2003. 3.2. LA DENEGACIÓN DE LICENCIA DE DIVISIÓN IMPIDE EL JUEGO DEL SILENCIO POSITIVO RESPECTO DE LA POSTERIOR SOLICITUD DE CERTIFICACIÓN DE INNECESARIEDAD DE DICHA LICENCIA: RRDGRN DE 12-1-2004 Y DE 10-2-2004. 3.3. LICENCIA DE SEGREGACIÓN PARA CONSTRUCCIONES PERMANENTES NO AGRARIAS: APLICACIÓN DE LA NORMATIVA URBANÍSTICA Y COMPETENCIA MUNICIPAL: RDGRN DE 22-3-2004. 3.4. NO SE PRECISA LICENCIA DE DIVISIÓN PARA DISTRIBUIR EL USO EXCLUSIVO DE DETERMINADOS ESPACIOS ENTRE LAS EDIFICACIONES SOMETIDAS A UN MISMO RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: RDGRN DE 14-6-2004. 3.5. OBTENCIÓN DE LICENCIA DE DIVISIÓN POR SILENCIO POSITIVO: EN GENERAL BASTA LA MANIFESTACIÓN DEL INTERESADO SOBRE LA AUSENCIA DE RESOLUCIÓN EXPRESA Y DE EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE ACTO PRESUNTO: RDGRN DE 17-6-2004. 3.6. LICENCIA DE SEGREGACIÓN EN SUELO RÚSTICO: SE NECESITA SI ES PARA CONSTRUCCIÓN NO AGRARIA, PERO SI EL AYUNTAMIENTO AFIRMA QUE EL INTERESADO DESISTIÓ DE SU SOLICITUD DE LICENCIA NO PUEDE OPERAR EL SILENCIO POSITIVO: RDGRN DE 23-6-2004. 3.7. PARCELACIONES EN SUELO RÚSTICO: NECESIDAD DE RESPETAR LA UNIDAD MÍNIMA DE CULTIVO. EXCEPCIONES: NO LO SON LAS SEGREGACIONES DE TERRENOS DESTINADOS A LA CONSTRUCCIÓN DE NAVE AGRÍCOLA: RDGRN DE 2-11-2004. 3.8. SEGREGACIÓN DE FINCA ANTERIOR A LA NORMA QUE IMPONE LA LICENCIA: IRRÉTROACTIVIDAD DE LA EXIGENCIA DE LICENCIA DE SEGREGACIÓN DE TERRENOS: RDGRN DE 19-11-2004. 3.9. NO SE PRECISA LICENCIA PARA CONFIGURAR UNA PARTE DE LA FINCA COMO OBJETO DE PROPIEDAD EXCLUSIVA SI ES ANEJO DE UN ELEMENTO INDEPENDIENTE BAJO EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL: RDGRN DE 28-1-2005; EN EL MISMO SENTIDO, RDGRN DE 28-2-2005. 3.10. NECESIDAD DE LICENCIA MUNICIPAL O CERTIFICACIÓN DE SER INNECESARIA PARA TRANSMISIÓN DE CUOTAS INDIVISAS SIN ASIGNACIÓN EXCLUSIVA DE ESPACIOS DETERMINADOS, CUANDO EL AYUNTAMIENTO HA REMITIDO RESOLUCIÓN ACORDANDO INCOACIÓN DE EXPEDIENTE DISCIPLINARIO ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO QUE FORMALIZA LA TRANSMISIÓN: RRDGRN DE 7, 8 Y 18-4-2005. 3.11. NECESIDAD DE LICENCIA O DECLARACIÓN DE INNECESARIEDAD PARA DIVISIONES REALIZADAS EN SUELO RÚSTICO CUANDO ASÍ LO EXIGE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: RDGRN DE 22-4-2005.—4. INSCRIPCIÓN DE CESIONES DE INMUEBLES DERIVADAS DE CONTRATOS Y DEMÁS CONVENIOS DE LA ADMINISTRACIÓN: 4.1. TRANSMISIÓN DE DOS FINCAS PATRIMONIALES A CAMBIO DE LA REALIZACIÓN DE UN GARAJE EN EL SUBSUELO DEL DOMINIO PÚBLICO MUNICIPAL: NECESIDAD DE LICITACIÓN

PÚBLICA: RDGRN DE 2-2-2004. 4.2. ESCRITURA DE COMPRAVENTA EXTEMPORÁNEA: SU OTORGAMIENTO IMPLICA RECONOCIMIENTO DE QUE SUBSISTE LA ADJUDICACIÓN: RDGRN DE 2-7-2004. 4.3. ENAJENACIÓN DIRECTA DE INMUEBLES PATRIMONIALES MUNICIPALES TRAS DECLARARSE DESIERTA LA SUBASTA: NO PUEDE INSCRIBIRSE AL NO EXISTIR NORMA QUE EXPRESAMENTE LA AUTORICE: RDGRN DE 3-1-2005. 4.4. AFECIÓN DE FINCAS SUBASTADAS A LA CONSTRUCCIÓN DE V.P.O.: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: RDGRN DE 31-3-2005.—5. INSCRIPCIÓN DE BIENES PÚBLICOS: 5.1. IMPOSIBILIDAD DE INMATRICULAR A NOMBRE DEL AYUNTAMIENTO TERRENOS SOBRLANTES DE LA VÍA PÚBLICA PREVIAMENTE INSCRITOS COMO EXCESO DE CABIDA DE LA FINCA DE UN TERCERO: RDGRN DE 5-10-2004. 5.2. INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL ESTADO POR ADQUISICIÓN *EX LEGE* DE BIENES INMUEBLES VACANTES CON INSCRIPCIÓN DE MÁS DE TREINTA AÑOS DE ANTIGÜEDAD: RDGRN DE 20-1-2005.—6. COMENTARIO CONJUNTO A LAS RRDGRN SOBRE INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE PARCELACIÓN PRESENTADAS EN ESTOS APUNTES: a) LA SITUACIÓN EN EL TRLS DE 1976: *La relativa independencia entre la división o segregación y su inscripción registral. El concepto de parcelación urbanística y su tratamiento jurídico*; b) EVOLUCIÓN POSTERIOR; c) EL DERECHO TRANSITORIO APLICABLE A LA EXIGENCIA DE LICENCIA DE PARCELACIÓN O DECLARACIÓN DE INNecesARIEDAD: LA RDGRN DE 19-11-2004; d) LA CONSTITUCIÓN DE COMPLEJO INMOBILIARIO CON DISTRIBUCIÓN DEL USO EXCLUSIVO DE DETERMINADOS ESPACIOS LIBRES ENTRE LOS EDIFICIOS QUE LO INTEGRAN: RRDGRN DE 10-12-2003 Y 14-6-2004; e) PROPIEDAD SEPARADA DE UNA PARTE DE LA FINCA SOMETIDA AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y CONFIGURADA COMO ANEJO INDEPENDIENTE: NO SE PRECISA LICENCIA DE SEGREGACIÓN SEGÚN LAS RRDGRN DE 28-1-2005 Y 28-2-2005; f) EXCEPCIONAL NECESIDAD DE LICENCIA DE DIVISIÓN O SEGREGACIÓN CUANDO SE TRATA DE TRANSMISIÓN DE CUOTAS INDIVISAS SIN ASIGNACIÓN EXCLUSIVA DE ESPACIOS DETERMINADOS: LAS RRDGRN DE 7, 8 Y 18-4-2005.

«Expropiaciones urbanísticas: las expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos», por Mónica DOMÍNGUEZ MARTÍN, pág. 115.

SUMARIO: 1. SUPUESTOS EXPROPIATORIOS EN LA LEGISLACIÓN DE SUELO.—2. PROCEDIMIENTO DE EXPROPIACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES URBANÍSTICOS VINCULADOS A LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO: A) DISTINCIÓN CON EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. B) CONDICIONES PARA QUE PROCEDA LA EXPROPIACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES URBANÍSTICOS: a) *Existencia de incumplimiento de los deberes urbanísticos: caducidad de la licencia urbanística*; b) *Declaración formal del incumplimiento definitiva en vía administrativa*.

Número 222 (Diciembre 2005)

«Los límites del Derecho al planeamiento parcial en el suelo urbanizable delimitado. La cuestión de las obras de conexión, concreción, refuerzo o ampliación de los sistemas generales y la nueva vía de impugnación de la inactividad de la administración», por Francesc LLISSET BORRELL, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESENTACIÓN DE UN CASO A EFECTOS DE ANÁLISIS DE UNA PROBLEMÁTICA GENERAL.—III. OBLI-

GACIONES DEL AYUNTAMIENTO EN RELACIÓN CON LA CONCRECIÓN DE LAS OBRAS DE CONEXIÓN, REFUERZO O AMPLIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL VIARIO.—IV. ¿EXISTE EN EL SUPUESTO PLANTEADO INACTIVIDAD MATERIAL DEL AYUNTAMIENTO?—V. CONCLUSIONES.

«Introducción a la gestión de las dotaciones públicas. Dotaciones públicas, redes públicas, sistemas generales y dotaciones locales: actualidad de la distinción», por Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, pág. 31.

SUMARIO: I. APROXIMACIÓN PROPEDÉUTICA: LAS «DOTACIONES PÚBLICAS» EN EL MARCO DEL URBANISMO Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, SU CONSIDERACIÓN COMO OBRAS PÚBLICAS.—II. ACOTAMIENTO CONCEPTUAL: DISTINTAS DENOMINACIONES CON UNA ESENCIA COMÚN.—III. ALGUNAS PAUTAS SOBRE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL QUE AFECTAN A LAS DOTACIONES PÚBLICAS.—IV. SOBRE LA OBTENCIÓN DE TERRENOS DESTINADOS A DOTACIONES PÚBLICAS, EN CONCRETO URBANÍSTICAS, TOMANDO COMO REFERENCIA LA LEGISLACIÓN GALLEGA DEL SUELO.—V. FIJACIÓN DE ESTÁNDARES URBANÍSTICOS Y DOTACIONES PÚBLICAS.

«La construcción de aparcamientos privados en el subsuelo de los espacios libres y viales locales: viabilidad jurídica», por Pablo SÁMANO BUENO, pág. 63.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL DERECHO DE PROPIEDAD.—II. LOS ESPACIOS DE CESIÓN OBLIGATORIA.—III. ALGUNAS CONSIDERACIONES REGISTRALES.—IV. LA REGULACIÓN DEL SUBSUELO EN EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.—V. EL DEBER DE OBTENER LICENCIA URBANÍSTICA.—VI. REFLEXIÓN FINAL.

«Del suelo no urbanizable al suelo rústico: evolución de la normativa urbanística estatal con referencia a la legislación del suelo de Cantabria», por Luis MARTÍN REBOLLO, pág. 97.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA OCUPACIÓN ILEGAL DEL SUELO RÚSTICO Y LA HISTORIA DE UN ARTÍCULO A CONTRACORRIENTE.—II. LAS RELACIONES CAMPO-CIUDAD COMO UNA DIALÉCTICA EXCLUYENTE.—III. EL SUELO NO URBANIZABLE EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DEL ESTADO: 1956-1992.—IV. LOS CAMBIOS OPERADOS POR LA LEY ESTATAL 6/1998 EN LA DEFINICIÓN Y POSICIÓN RELATIVA DEL SUELO NO URBANIZABLE. LA STC 164/2001 Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE EL SUELO RÚSTICO.—V. LA REGULACIÓN DEL SUELO RÚSTICO EN LA LEY 2/2001, DE ORDENACIÓN TERRITORIAL Y RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO DE CANTABRIA.—VI. UNA BREVE REFERENCIA A LA LEY 2/2004, POR LA QUE SE APRUEBA EL PLAN DE ORDENACIÓN DEL LITORAL.

«La evolución del Derecho Urbanístico en Castilla-La Mancha», por José M.^a ARISTÓTELES MAGÁN PERALES, pág. 145.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL URBANISMO Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN CASTILLA-LA MANCHA ANTES DE LA LOTAU (1978-1998): 1. LA FUGAZ FASE PREAUTONÓMICA. LA REFERENCIA ESTATUTARIA AL URBANISMO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA MANCHEGO Y SU (INFECUNDO) DESARROLLO LEGISLATIVO. 2. LA EVOLUCIÓN DEL URBANISMO MANCHEGO POSTESTATUTARIO ANTES DE LA STC 61/1997 (1983-1997). 3. LA PRIMERA REACCIÓN LEGISLATIVA DEL LEGISLADOR CASTELLANO-MANCHEGO A LA STC 61/1997: LA LEY 5/1997, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE SUELO Y ORDENACIÓN URBANA.—III. LA MAYORÍA DE EDAD URBANÍSTICA DE LA REGIÓN CASTELLANO-MANCHEGA. LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 2/1998, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA DE CASTILLA-LA MANCHA (LOTAU) Y SU EVOLUCIÓN HASTA EL DL 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE (TEXTO REFUNDIDO DE LA LOTAU): 1. LA PROMULGACIÓN DE LA LOTAU «Y SUS CIRCUNSTANCIAS». 2. LA GUERRA COMPETENCIAL SIGUE ABIERTA: LA IMPUGNACIÓN DE LA LOTAU98 POR EL GOBIERNO ESTATAL. 3. LA RESPUESTA AUTONÓMICA CASTELLANO-MANCHEGA A LA REFORMA ESTATAL DE 1998: DE LA LOTAU —REFORMADA POR LEY 1/2003, DE 17 DE ENERO— AL DECRETO LEGISLATIVO 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE DE 2004, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA. 4. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LOTAU04. 5. LA LOTAU04 COMO LEY GLOBAL: EL EJERCICIO CONJUNTO EN UN MISMO TEXTO DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE URBANISMO Y DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 6. LA POSICIÓN COMPETENCIAL DEL MUNICIPIO EN LA LOTAU98. 7. EL SISTEMA DE FUENTES EN DERECHO URBANÍSTICO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA. 8. EPÍLOGO INCONCLUSO Y DESESPERANZADOR DEL ERRANTE URBANISMO ESPAÑOL. EL CAMBIO DE LEGISLATURA DE 2004 Y LAS NULAS MEDIDAS URBANÍSTICAS ADOPTADAS EN EL BIENIO 2004-2005.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

ACTUALIDAD CIVIL

Número 1 (2005)

«Sobre si la moderación de la responsabilidad del artículo 1.103 del Código Civil es o no aplicable a la culpa extracontractual», por Manuel ALBALADEJO.

SUMARIO: I. LO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO.—II. MI OBJETIVO EN EL PRESENTE ESTUDIO.—III. LA DOCTRINA A FAVOR DE LA APLICABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.—IV. LA DOCTRINA CONTRARIA A LA APLICABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.—V. LA DOCTRINA QUE PLANTEA EL TEMA, PERO NO SE PRONUNCIA.—VI. LA JURISPRUDENCIA CONTRARIA A LA APLICABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.—VII. LA JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA APLICABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.—VIII. LA UTILIZACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA DEL 1.103 COMO CAJÓN DE SASTRE PARA REDUCIR POR CUALQUIER CAUSA LA INDEMNIZACIÓN. LO QUE ES MODERARLA Y LO QUE ES REBAJARLA.—IX. EN PARTICULAR EL CASO DE LA CONCURRENCIA DE CULPAS DEL AGENTE Y DEL PERJUDICADO, Y CÓMO EL USO DEL ARTÍCULO 1.103 EN ÉL DEMUESTRA QUE, COMO EN ÉL, EN OTROS CASOS, EL TS NO USA TAL ARTÍCULO

PARA MODERAR, AUNQUE LO DIGA, SINO PARA REDUCIR LA INDEMNIZACIÓN.—X. ADEMÁS DE OTRAS RAZONES EL VERDADERO PAPEL DE LA MODERACIÓN DEL ARTÍCULO 1.103 EXCLUYE DE POR SÍ SU APLICACIÓN A LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

«La rehabilitación del progenitor sancionado conforme al artículo 111 del Código Civil», por M.^a Jesús JIMÉNEZ LINARES.

SUMARIO: I. PERSONAS LEGITIMADAS PARA DEJAR SIN EFECTO LA EXCLUSIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 111 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. LA DETERMINACIÓN DEL REPRESENTANTE LEGAL.—III. CESE DE LA EXCLUSIÓN POR VOLUNTAD DEL HIJO.—IV. ¿CABE LA REHABILITACIÓN PARCIAL?

Número 2 (2005)

«Vicisitudes de la situación jurídica del menor extranjero en España y la institución adoptiva», por M.^a Aránzazu CALZADILLA MEDINA.

SUMARIO: I. EFICACIA EN ESPAÑA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS CON FINALIDAD ADOPTIVA.—II. SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR EXTRANJERO ADOPTADO POR LA COMPETENTE AUTORIDAD EXTRANJERA: 1. ANTES DE SABER SI LA ADOPCIÓN VA A SER RECONOCIDA POR NUESTRAS AUTORIDADES O NO: LA POSESIÓN DE ESTADO DE FILIACIÓN. 2. TRAS LA DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA ADOPCIÓN. 3. TRAS EL RECONOCIMIENTO DE LA ADOPCIÓN: EL COMPROMISO DE SEGUIMIENTO.—III. EL DESAMPARO DEL MENOR EXTRANJERO NO ADOPTADO CON LA ADOPCIÓN NO RECONOCIDA O PENDIENTE DE RECONOCIMIENTO.

«Panorama actual y antecedentes históricos sobre los derechos sucesorios abintestato del conviviente supérstite de una pareja de hecho», por Ana ALEMÁN MONTERREAL.

SUMARIO: I. LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—II. LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN DIVERSAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. LEGISLACIÓN DE CATALUÑA. 2. LEGISLACIÓN DE ARAGÓN. 3. LEGISLACIÓN DE NAVARRA. 4. LEGISLACIÓN DE VALENCIA Y MADRID. 5. LEGISLACIÓN DE BALEARES. 6. LEGISLACIÓN DE EXTREMADURA.—III. ANTECEDENTES JURÍDICOS EN LA SUCESIÓN INTESTADA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE: 1. DERECHO ROMANO. 2. FUEROS MUNICIPALES. 3. PARTIDAS.—IV. CONCLUSIÓN.

Número 3 (2005)

«Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo (LCC)», por Raúl ACEBES CORNEJO.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. TERMINOLOGÍA DE LA LCC.—II. VINCULACIÓN EN LA FASE DE PERFECCIÓN: 1. EL ARTÍCULO 14.1 LCC. 2. EL SISTEMA DE PERFECCIÓN CONTRACTUAL EN LA CONSUMER CREDIT ACT (CCA). 3. PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y PRÉSTAMO EN LA LCC. 4. EL SUPUESTO DEL PRÉSTAMO PACTADO EN PRIMER LUGAR. 5. VINCULACIÓN RESPECTO DE «CONTRATOS AUXILIARES» (ANCILLARY CONTRACTS), DISTINTOS DEL CONTRATO DE CONSUMO Y DEL PRÉSTAMO.—III. VINCULACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN: 1. LA LVPBM DE 1998: EXTINCIÓN DEL PRÉSTAMO POR DESISTIMIENTO DE LA COMPRAVENTA. 2. VINCULACIÓN EN LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO. 3. LAS SECCIONES 56 Y 75 CCA. 4. EL DECRETO-LEI 359/91 PORTUGUÉS. 5. EL REQUISITO DE LA «EXCLUSIVIDAD». 6. «INEFICACIA» DEL PRÉSTAMO DERIVADA DE «INEFICACIA» DEL CONTRATO DE CONSUMO (ART. 14.2 LCC). 7. «INEFICACIA» DEL CONTRATO DE CONSUMO DERIVADA DE «INEFICACIA» DEL PRÉSTAMO.—IV. LOS CONTRATOS VINCULADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA LCC: 1. LA REGLA *ACCESORIUM SEQUITUR PRINCIPALE*.

Número 4 (2005)

«El jurista español ante la compensación de créditos regulada en los Principios de Derecho Contractual Europeo», por M.^a Ángeles PARRA LUCÁN.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DE LA REGULACIÓN DE LOS PECL: 1. COMPENSACIÓN LEGAL. 2. COMPENSACIÓN CONVENCIONAL. 3. COMPENSACIÓN JUDICIAL. 4. LA COMPENSACIÓN EN LOS PRINCIPIOS: UN MÍNIMO.—III. MODO DE PRODUCIRSE LOS EFECTOS DE LA COMPENSACIÓN: 1. PECL: DECLARACIÓN DE VOLUNTAD IRRETRACTIVA. 2. DERECHO ESPAÑOL.—IV. «NATURALEZA SUSTANTIVA» DE LA COMPENSACIÓN.—V. REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN.

«El nuevo proceso en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos introducido por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre», por Esther GONZÁLEZ PILLADO.

SUMARIO: I. REGULACIÓN, NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.—II. COMPETENCIA: 1. COMPETENCIA OBJETIVA. 2. COMPETENCIA TERRITORIAL.—III. LEGITIMACIÓN: 1. PARTES. 2. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.—IV. PROCEDIMIENTO: 1. FASE DE ALEGACIONES.

Número 5 (2005)

«Chile estrena divorcio (1) (Ley de 17 mayo de 2004) (2)», por Gabriel GARCÍA CANTERO.

SUMARIO: I. BREVE HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL EN CHILE.—II. CONTENIDO DE LA NUEVA LEY DE MATRIMONIO CIVIL, NÚMERO 19.947.—III. EL NUEVO RÉGIMEN DEL MATRIMONIO CIVIL EN CHILE.—IV. PRINCIPIOS GENERALES SOBRE EL MATRIMONIO Y

LA FAMILIA.—V. CARACTERES DEL MATRIMONIO CIVIL.—VI. SISTEMA MATRIMONIAL.—VII. REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO.—VIII. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS.—IX. LA SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES.—X. LAS CAUSAS DE LA TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.—XI. EL DIVORCIO Y SUS CARACTERÍSTICAS INTRODUCIDOS *EX NOVO* EN EL DERECHO CHILENO: 1. *RATIO LEGIS*. 2. PRINCIPIOS QUE REGULAN EL MATRIMONIO EN LA LMC DE 2004. 3. SISTEMA DE DIVORCIO MIXTO (POR CULPA, POR ACUERDO MUTUO UNIDO A LA SEPARACIÓN POR MÁS DE UN AÑO, Y UNILATERAL UNIDO A LA SEPARACIÓN DE TRES AÑOS). 4. CARACTERES DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO. 5. EFECTOS DE LA SENTENCIA FIRME DE DIVORCIO. 6. CONCILIACIÓN OBLIGATORIA Y MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA A LOS CONFLICTOS CONYUGALES.—XII. COMPARACIÓN CON EL RÉGIMEN DEL DIVORCIO EN ESPAÑA.

«La disposición de la vivienda familiar en las situaciones de normalidad matrimonial. Problemática que plantea», por Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.—II. ESTUDIO DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 1.320 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. BREVE REFERENCIA A LA EMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Número 6 (2005)

«La firma de las personas jurídicas. Comentario al artículo 7 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica», por Francisco Javier GARCÍA MÁZ.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES DE LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA.—III. CERTIFICADOS ELECTRÓNICOS DE PERSONAS JURÍDICAS. LA FIRMA ELECTRÓNICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Número 7 (2005)

«Problemas jurídicos derivados de la nueva regulación en materia de donación y aplicación humana de tejidos (1)», por Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PROBLEMAS ACTUALES DE LA DONACIÓN Y APLICACIÓN HUMANA DE TEJIDOS.—III. TRATAMIENTO NORMATIVO: 1. EL CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA EN EL ÁMBITO DE LA EXTRACCIÓN Y TRASPLANTE DE TEJIDOS HUMANOS. 2. LA DIRECTIVA 2004/23/CE, DE 31 DE MARZO, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, RELATIVA AL ESTABLECIMIENTO DE NORMAS DE CALIDAD Y SEGURIDAD PARA LA DONACIÓN, LA OBTENCIÓN, LA EVALUACIÓN, EL PROCESAMIENTO, LA PRESERVACIÓN, EL ALMACENAMIENTO Y LA DISTRIBUCIÓN DE CÉLULAS Y TEJIDOS HUMANOS.

Número 8 (2005)

«Colaboración entre abogados», por Gloria ORTEGA REINOSO.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MERA COLABORACIÓN: 1. COLABORACIÓN SUBORDINADA. 2. COLABORACIÓN PARITARIA.—III. FRANQUICIAS.—IV. REDES.—V. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

Número 9 (2005)

«Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», por Blanca SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PARA LA CONCURRENCIA DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA: 1. SOLTERÍA DEL HIJO. 2. CONVIVENCIA DEL HIJO CON SUS PADRES O CON CUALQUIERA DE ELLOS. 3. IMPORTANCIA Y FINALIDAD DE LA REFORMA DE LOS REQUISITOS.—III. EXTENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA.—IV. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA.—V. CONCLUSIÓN.

«Consideraciones en torno a la Ley concursal 22/2004 (1)», por Sebastián ROCA ROQUER.

SUMARIO: I. EL CONCURSO DE HECHO Y EL CONCURSO DE DERECHO.—II. LOS ARTÍCULOS 61 Y 62 LC EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1.089, 1.124, 1.255 Y 1.261 DEL CÓDIGO CIVIL Y CONCORDANTES.—III. LOS DOS SUPUESTOS CONCRETOS ANALIZADOS.—IV. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ EN LA CONFIGURACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL ES UNA SITUACIÓN NO PREVISTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO.

Número 10 (2005)

«Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio», por Enrique José RAMOS CHAPARRO.

SUMARIO: I. FALSA PREMISA SOBRE LA LIBERTAD Y EL VÍNCULO CONYUGAL.—II. LA CONSTITUCIÓN SUPONE QUE HAY «CAUSAS LEGALES» DE SEPARACIÓN Y DISOLUCIÓN.—III. CONSECUENCIAS TEÓRICAS DEL DIVORCIO SIN CAUSA: 1. RESPECTO A LA TEORÍA CONTRACTUALISTA DEL MATRIMONIO. 2. RESPECTO A LA NATURALEZA DE LOS «DEBERES» CONYUGALES.—IV. FALSA PREMISA SOBRE LA IGUALDAD Y EL VÍNCULO.—V. LA CONSTITUCIÓN SÓLO CONTEMPLA EL AUTÉNTICO MATRIMONIO (DE HOMBRE Y MUJER).—VI. CONSECUENCIAS TEÓRICAS DEL LLAMADO «MATRIMONIO HOMOSEXUAL»: 1. RESPECTO AL CONCEPTO DE LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL. 2. RESPECTO A LAS SITUACIONES DEL ESTADO CIVIL CONYUGAL.

«La *consideration* del Derecho anglosajón y el sistema de negocio causal español», por Luis Javier GUTIÉRREZ JEREZ.

SUMARIO: I. CAUSA Y MOTIVOS. ESENCIALIDAD DE LA CAUSA EN EL NEGOCIO JURÍDICO.—II. LA *CONSIDERATION* COMO ELEMENTO CONTRACTUAL: 1. CLASES DE CONTRATOS EN EL DERECHO BRITÁNICO. 2. REQUISITOS DE LA *CONSIDERATION*.—III. LA *CONSIDERATION* Y LA CAUSA.

Número 11

«El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje», por Silvia DÍAZ ALABART.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS GENERALES DE LA RELACIÓN ENTRE EL ARBITRAJE DE CONSUMO Y LA LEY DE ARBITRAJE 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE: 1. LA LEY DE ARBITRAJE, UN NUEVO ENFOQUE PARA EL ARBITRAJE ORDINARIO Y SU INCIDENCIA GENÉRICA EN EL DE CONSUMO. 2. SUPLETORIEDAD DE LA LEY DE ARBITRAJE GENERAL RESPECTO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO. 3. EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO Y SI SE VE O NO AFECTADO POR LA LEY DE ARBITRAJE.—III. ALGUNOS DE LOS EXTREMOS CONCRETOS EN LOS QUE SERÍA DESEABLE ADECUAR EL ARBITRAJE DE CONSUMO A LA LEY DE ARBITRAJE: 1. PRÓRROGA DEL PLAZO PARA LAUDAR Y MOMENTO DE INICIO DEL CÓMPUTO. 2. CÓMPUTO DE PLAZOS. 3. ACTUACIÓN ARBITRAL DURANTE EL PROCEDIMIENTO. 4. LOS ÁRBITROS. 5. ACUERDO DE LAS PARTES ANTERIOR AL LAUDO. 6. EMISIÓN DEL LAUDO Y POSIBILIDAD DE EMITIR LAUDOS PARCIALES. 7. CORRECCIÓN, ACLARACIÓN Y COMPLEMENTO DEL LAUDO. 8. CONFIDENCIALIDAD. 9. RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS. 10. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO.

«La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», por Isabel PALOMINO DIEZ.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXAMEN DE LAS DISTINTAS POSTURAS DOCTRINALES.—III. NORMAS APLICABLES A LA TUTELA POR MINISTERIO DE LA LEY.—IV. CARACTERES PROPIOS DE LA TUTELA DEL ARTÍCULO 172.1 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. BIBLIOGRAFÍA.

Número 12 (2005)

«La fiducia sucesoria de disposición en los ordenamientos forales. Especial consideración al “testamento por comisario” gallego (1)», por Marta CARBALLO FIDALGO.

SUMARIO: I. EL ARBITRIO DE TERCERO EN LA ORDENACIÓN SUCESORIA: LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS DE DISPOSICIÓN EN LOS DERECHOS FORALES.—II. LA CATEGORÍA DEL HEREDERO-FIDUCIARIO. EL HEREDERO DISTRIBUIDOR MALLORQUÍN. LOS FIDEICOMI-

SOS DE ELECCIÓN CATALÁN Y NAVARRO: 1. ELEMENTOS SUBJETIVOS. 2. CONTENIDO DEL ENCARGO. 3. ELEMENTOS FORMALES: EL EJERCICIO DE LA FIDUCIA. 4. EL INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO.—III. EL FIDUCIARIO-ARBITRADOR EN LOS DERECHOS NAVARRO, ARAGONÉS, CATALÁN, VASCO Y BALEAR: 1. ELEMENTOS SUBJETIVOS. 2. CONTENIDO DEL ENCARGO. 3. ELEMENTOS FORMALES: CONSTITUCIÓN Y EJERCICIO DE LA FIDUCIA. 4. PLAZO DE EJERCICIO, SITUACIÓN INTERINA DE LA HERENCIA E INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO.—IV. EL TESTAMENTO POR COMISARIO GALLEGO: 1. SENTIDO HISTÓRICO DE LA INSTITUCIÓN. 2. RÉGIMEN VIGENTE.

«La competencia desleal desde la perspectiva de la protección del consumidor (breve estudio de los supuestos más habituales en la práctica comercial)», por M.^a del Lirio MARTÍN GARCÍA.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA VENTA A PÉRDIDA COMO ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL. REQUISITOS: 1. EL PRECIO. 2. LA INDUCCIÓN A ERROR AL CLIENTE. 3. EL DESCRÉDITO EMPRESARIAL. 4. LA ESTRATEGIA COMERCIAL TENDENTE A ELIMINAR AL COMPETIDOR DEL MERCADO. 5. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA LEY PARA LA ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA 7/1996.—III. LA COMPARACIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA: 1. DELIMITACIÓN DE LA FIGURA. 2. LICITUD DE LA COMPARACIÓN PUBLICITARIA. REQUISITOS.—IV. LA CONFUSIÓN ENTRE EMPRESAS Y PRODUCTOS: 1. ALCANCE DEL PROBLEMA. 2. ELEMENTOS QUE DETERMINAN LA CONFUSIÓN.—V. LOS ACTOS DE IMITACIÓN COMERCIAL: 1. EL PRINCIPIO DE LIBRE IMITABILIDAD. EXCEPCIONES.

Número 13 (2005)

«Viajes, vacaciones y circuitos combinados. Los remedios frente al incumplimiento —las «vacaciones frustradas»— y las facultades y derechos de los consumidores y usuarios», por Antonia NIETO ALONSO.

SUMARIO: I. EL PROPÓSITO DE UNA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LOS VIAJES COMBINADOS Y VACACIONES.—II. OVERBOOKING Y CONSIGUIENTE DENEGACIÓN DE EMBARQUE COMO SUPUESTO DE VERDADERO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.—III. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO O CANCELACIÓN DEL VIAJE.—IV. LOS DERECHOS DE DESISTIMIENTO Y DE CESIÓN DE LA RESERVA EJERCITADOS POR EL CONSUMIDOR COMO UNA MANIFESTACIÓN MÁS DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE VIAJES: 1. EL DESISTIMIENTO DE LOS SERVICIOS CONTRATADOS. 2. LA CESIÓN O TRANSFERENCIA DE LA RESERVA A UN TERCERO.—V. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO O DE LA MALA EJECUCIÓN DE LAS PRESTACIONES QUE CONSTITUYEN UN VIAJE COMBINADO.

Número 14 (2005)

«El derecho al honor (1): actualidad y crisis del concepto», por Soraya CALLEJO CAMÓN.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 18 DE LA CE. EVOLUCIÓN DEL DERECHO AL HONOR.—III. CONCEPTO Y CARACTERES: 1. CONCEPTO DOCTRINAL. 2. EL CONCEPTO DE HONOR EN LA JURISPRUDENCIA. 3. CARACTERES.—IV. TITULARES DEL DERECHO AL HONOR.—V. INFRACCIONES O INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN EL DERECHO AL HONOR.—VI. HONOR *VERSUS* LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN. CONFLICTO. CRITERIOS DE PONDERACIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

Número 15 (2005)

«La responsabilidad judicial civil (España)», por José ALMAGRO NOSETE.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES.—III. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COMO PODER JUDICIAL: 1. FUENTES NORMATIVAS. 2. LOS SUPUESTOS LEGALES INDEMNIZATORIOS: A) *El error judicial*. B) *El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*. C) *Prisión preventiva errónea*. D) *Reglas comunes a todos los supuestos*. 3. RECLAMACIÓN AL MINISTERIO DE JUSTICIA: E) *Plazo para la reclamación*. F) *Procedimiento administrativo*.—IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS: 1. FUENTES NORMATIVAS. 2. LOS SUPUESTOS LEGALES INDEMNIZATORIOS. 3. PROCEDIMIENTO: A) *Órganos jurisdiccionales competentes*. B) *Plazo para el ejercicio de la acción*. C) *Sustanciación procesal*. 4. ACCIÓN DE REPETICIÓN. 5. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE JUECES Y MAGISTRADOS: A) *Responsabilidad civil directa del Juez o Magistrado*. B) *Responsabilidad civil subsidiaria del Estado*.—V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

«A propósito de la reforma del Código Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos», por María Luisa VALLES AMORES.

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DE LA NUEVA NORMATIVA. ANÁLISIS CRÍTICO.—II. RÉGIMEN JURÍDICO.—III. EL LLAMADO DERECHO DE COMUNICACIÓN Y VISITA.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 257 (Julio-Septiembre 2005)

«El concurso de las sociedades personalistas», por Isabel RODRÍGUEZ DÍAZ, pág. 973.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO: A) INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 3.1 LC. B) SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO POR EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. C) EL ACUERDO DE LOS SOCIOS. D) SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO POR EL SOCIO PERSONALMENTE RESPONSABLE.—II. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS ÓRGANOS DE LA PERSONA JURÍDICA DEUDORA.—III. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: A) PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONFORME AL ARTÍCULO 144 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. B) CLASE DE RESPONSABILIDAD. C) LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD. D) ALCANCE DE LA RATIFICACIÓN DEL ACTO PERJUDICIAL PARA EL INTERÉS SOCIAL.—IV. EL EMBARGO DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: A) DECISIÓN JUDICIAL Y MOMENTO DEL EMBARGO. B) ADMINISTRADORES DESTINATARIOS DEL EMBARGO. C) PRESUPUESTOS DEL EMBARGO. D) CUANTÍA, SUSTITUCIÓN Y LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO.—V. LA RECLAMACIÓN DE LAS APORTACIONES SOCIALES DIFERIDAS Y DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS.—VI. LA ACCIÓN CONTRA LOS SOCIOS SUBSIDIARIAMENTE RESPONSABLES DE LAS DEUDAS SOCIALES: A) LEGITIMACIÓN ACTIVA. B) LEGITIMACIÓN PASIVA: 1. *La responsabilidad del socio colectivo*. 2. *La responsabilidad del socio comanditario*: 2.1. La responsabilidad de socio comanditario conforme al artículo 148.III del Código de Comercio. 2.2. La responsabilidad de socio comanditario conforme al artículo 147 del Código de Comercio. 2.3. La responsabilidad de socio comanditario en el desempeño de tareas administrativas. C) EL IMPORTE DE LA RECLAMACIÓN. D) MOMENTO DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. E) EL EMBARGO DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LOS SOCIOS SUBSIDIARIAMENTE RESPONSABLES.—VII. LA SENTENCIA DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y LA CONDENA AL PAGO DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES: A) PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. B) ADMINISTRADORES SUSCEPTIBLES DE SER CONDENADOS. C) IMPORTE DE LA CONDENA. D) CLASE DE RESPONSABILIDAD. E) FORMA DE OPERAR EL PAGO A LOS ACREEDORES. F) NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL Y SU COMPATIBILIDAD CON LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD.—VIII. EL REGRESO Y LA REAPERTURA DEL CONCURSO.—IX. COMENTARIO FINAL.

«Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y de método», por Elena F. PÉREZ CARRILLO, pág. 1037.

SUMARIO: 1. GOBIERNO CORPORATIVO EN EUROPA. PANORAMA GENERAL.—2. DERECHO COMUNITARIO DE SOCIEDADES HASTA FINALES DEL SIGLO XX: 2.1. SOCIEDADES MERCANTILES. BREVE REPOSO DE LAS CONCEPCIONES CLÁSICAS EN EUROPA. 2.2. LA PRIMERA ARMONIZACIÓN.—3. DERECHO DE SOCIEDADES EN LA EUROPA DEL SIGLO XXI: 3.1. ¿UN NUEVO CONCEPTO DE SOCIEDAD MERCANTIL EN EUROPA O VUELTA A LOS ORÍGENES? 3.2. LOS PLANES DE ACCIÓN Y LA NUEVA ESTRATEGIA DE ARMONIZACIÓN. 3.3. LA TRANSPARENCIA COMO BASE DE LA REFORMA: 3.3.1. *Transparencia operativa: información privilegiada y protección de los accionistas e inversores*. 3.3.2. *Transparencia contable y auditoría*. 3.3.3. *Gestión de conocimiento: Responsabilidad social y nuevas tecnologías en el Gobierno corporativo*.—4. REFLEXIÓN SOBRE EL FUTURO DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN EUROPA.

«La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica», por Carmen ESTEVAN DE QUESADA, pág. 1079.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL INGRESO DE LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE UNA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 1. LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DE LA LEY 16/1989. 2. EL ARTÍCULO 16.2 DE LA LEY 3/1991, DE COMPETENCIA DESLEAL. 3. LA TRAMITACIÓN LEGISLATIVA DE LA LEY 52/1999.—III. SUPUESTO DE HECHO DE AMBAS NORMAS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL REQUISITO DE «AFECTACIÓN SIGNIFICATIVA A LA COMPETENCIA» COMO ELEMENTO IMPLÍCITO EN EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 6.1.B) LDC. 3. EVALUACIÓN DEL REQUISITO DE «AFECTACIÓN SIGNIFICATIVA A LA COMPETENCIA»: 3.1. *Planteamiento*. 3.2. *Presunción iuris tantum de afectación a la competencia*.—IV. DOBLE ENJUICIAMIENTO: 1. REPROCHE ANTITRUST Y/O REPROCHE DE DESLEALTAD. 2. REPROCHE ANTITRUST EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 6.1.B) Y/O EN EL DEL ARTÍCULO 7 LDC.—V. CONCLUSIÓN.

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS

Número 129 (Julio-Septiembre 2005)

«Nacionalismo e inmigración en Francia: la République une et indivisible y el affaire du foulard», por Ramón MÁIZ, pág. 5.

SUMARIO: 1. EL MITO DE LA DICOTOMÍA NACIONALISMO CÍVICO/NACIONALISMO ÉTNICO.—2. LAS LECCIONES DE LA HISTORIA: EL CONCEPTO DE NACIÓN CULTURAL EN FRANCIA.—3. REPUBLICANISMO, NACIONALISMO E INMIGRACIÓN EN LA FRANCIA CONTEMPORÁNEA.—BIBLIOGRAFÍA.

«La larga marcha constitucional de la República Popular China. El período Mao Tsetung», por Andoni PÉREZ AYALA, pág. 39.

SUMARIO: I. PRECEDENTES CONSTITUCIONALES HASTA LA INSTAURACIÓN DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA: 1. LA RECEPCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN CHINA Y LAS PRIMERAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES. 2. LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL BAJO EL RÉGIMEN DEL KUO-MINTANG Y EN LAS ÁREAS BAJO LA INFLUENCIA DEL PARTIDO COMUNISTA.—II. LA REPÚBLICA POPULAR CHINA: EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1954: 1. EL PRELUDIO CONSTITUCIONAL: EL PROGRAMA COMÚN DE 1949. 2. LA PRIMERA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL: LA CONSTITUCIÓN DE 1954. EL MODELO DE REFERENCIA SOVIÉTICO Y LOS RASGOS DISTINTIVOS PROPIOS. LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA INSTITUCIONAL: CARACTERÍSTICAS GENERALES. 3. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y REPERCUSIONES CONSTITUCIONALES DE LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO POLÍTICO: DEL «GRAN SALTO ADELANTE» A LA REVOLUCIÓN CULTURAL.—III. EL PROCESO DE DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA. LA CONSTITUCIÓN DE 1975: 1. LA PROGRESIVA DISOCIACIÓN ENTRE EL DESARROLLO DEL PROCESO POLÍTICO Y EL MARCO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REVOLUCIÓN CULTURAL. 2. LA PLASMACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA

REPÚBLICA POPULAR CHINA: LA CONSTITUCIÓN DE 1975. RASGOS GENERALES DE LA RECONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL. 3. LA MUERTE DE MAO Y EL POSMAOÍSMO.—IV. EL PROCESO DE TRANSICIÓN EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978: 1. EL MARCO JURÍDICO-POLÍTICO DE LA TRANSICIÓN: LA CONSTITUCIÓN DE 1978. LA REORIENTACIÓN INSTITUCIONAL. 2. EL DESARROLLO DEL PROCESO DE TRANSICIÓN HACIA EL NUEVO MODELO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE 1982.

«La gestión de la diversidad cultural: el multiculturalismo en una sociedad plurinacional. El interculturalismo “québécoise” frente al multiculturalismo canadiense (1)», por Miren GORROTXATEGI AZURMENDI, pág. 89.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. MODELOS DE GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL.—II. LA POLÍTICA ETNOCULTURAL DE CANADÁ: EL MULTICULTURALISMO EN EL MARCO DEL BILINGÜISMO: 1. BILINGÜISMO SIMÉTRICO. RECONOCIMIENTO DE LOS DOS «PUEBLOS FUNDADORES». 2. AUSENCIA DE UNA CULTURA NACIONAL PREVALENTE Y LA NEGACIÓN DEL BICULTURALISMO. EL MULTICULTURALISMO Y SU EVOLUCIÓN.—III. LA ALTERNATIVA ETNOCULTURAL QUEBEQUESA. UNILINGÜISMO E INTERCULTURALISMO: 1. POLÍTICA LINGÜÍSTICA. EL UNILINGÜISMO, OBJETIVO POLÍTICO PRIORITARIO. 2. POLÍTICA DE INMIGRACIÓN. EL CONTROL DEL FLUJO MIGRATORIO FRANCOFONIZABLE. 3. ASUNCIÓN DE POLÍTICAS DE MULTICULTURALISMO. LAS COMUNIDADES CULTURALES DE QUEBEC.—IV. CONCLUSIÓN.

«En torno a la naturaleza jurídica de la libertad ideológica y religiosa en la Constitución Española», por José Ramón POLO SABAU, pág. 137.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO INICIAL: LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.—2. LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA Y SU FORMULACIÓN POSITIVA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO UN DERECHO DE LIBERTAD.—3. DELIMITACIÓN INDIRECTA, INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL Y DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA Y RELIGIOSA.

«Ingreso Básico Universal y Libertad Real. Algunos apuntes críticos (1)», por Cristian PÉREZ MUÑOZ, pág. 163.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: 1. ¿QUÉ ES UN INGRESO BÁSICO UNIVERSAL?—2. LIBERTAD REAL PARA TODOS: 2.1. VAN PARIJS: LAS INSTITUCIONES DE UNA «SOCIEDAD LIBRE». 2.2. NEUTRALIDAD LIBERAL, DIVERSIDAD NO DOMINADA, Y «LIBERTAD REAL».—3. ELECCIONES, PREFERENCIAS Y LIBERTAD REAL: 3.1. ARNESON Y LA RESPONSABILIDAD DEL SUJETO. 3.2. AMARTYA SEN Y «LA IGUALDAD DE CAPACIDADES». 3.3. CAPACIDAD, AUTONOMÍA Y «LIBERTAD REAL».—4. CONSIDERACIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO Número 158 (Enero-Junio 2005). Sin sumario

- «Abusos sexuales a menores realizados por clérigos: normas de los Obispos de los Estados Unidos de América (2002). Textos y comentario», por Federico R. AZNAR GIL y J. CHONG ÁGUILA, págs. 9-87.
- «Iglesia y Constitución: La posición de la Iglesia católica en las Constituciones españolas (1908-1978)», por Hugo SANTOS GIL, págs. 89-144.
- «Posición jurídica de la Iglesia católica en el orden internacional», por José Miguel VIEJO-XIMÉNEZ, págs. 145-182.
- «La enseñanza de la religión en las escuelas públicas españolas e italianas: la diferente interpretación jurisprudencial de situaciones semejantes», por Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, págs. 185-216.
- «Reflexiones acerca de la nueva instrucción *erga migrantes caritas christi*», por Francisca PÉREZ-MADRID, págs. 217-229.
- «Profili storico-giuridici del ruolo attivo dei fedeli laici nella chiesa», por Ciro TAMMARO, págs. 231-250.
- «Boletín de legislación canónica particular española, 2004», por Federico R. AZNAR GIL y Raúl ROMÁN SÁNCHEZ, págs. 251-275.

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS Años 2003-2004

- «Notas sobre las sustituciones de los artículos 80, 104 y 216 de la Ley de Sucesiones», por José Antonio SERRANO GARCÍA, pág. 11.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL PRECEDENTE Y LA AMPLIACIÓN DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.—III. LOS PRESUPUESTOS DE LA SUSTITUCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 80.3, 104.3 Y 216.2: 1. UNA INSTITUCIÓN RECÍPROCA QUE SURTA SUS EFECTOS PROPIOS: A) *Entre otorgantes de un pacto sucesorio*. B) *Entre otorgantes de un testamento mancomunado*. C) *A favor del cónyuge heredero legal*. 2. QUE NO HAYA ULTERIOR LLAMAMIENTO A TERCERO NI SEA DE APLICACIÓN EL APARTADO 2 DE LOS ARTÍCULOS 80 ó 104: A) *Inexistencia de terceros designados sustitutos*. B) *Inaplicación del apartado 2 de los artículos 80 ó 104*. C) *El Auto del Presidente del TSJ de Aragón, de 30 de julio de 2004*.—IV. LA POSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE Y LOS LLAMADOS A LA SUSTITUCIÓN.—V. REQUISITOS PARA LA EFICACIA DE LA SUSTITUCIÓN: 1. MUERTE DEL SOBREVIVIENTE SIN HABER DISPUESTO POR CUALQUIER TÍTULO DE TODOS LOS BIENES ADQUIRIDOS DEL PREMUERTO: A) *Apertura de la sucesión del sobreviviente y apertura de la sustitución*. B) *Determinación de los bienes objeto de la sustitución*. C) *Bienes troncales simples y troncales de abolorio*. 2. EXISTENCIA DE PARIENTES LLAMADOS, EN TAL MOMENTO, A LA SUCESIÓN LEGAL DEL

PREMUERTO QUE ACEPTEN LA SUSTITUCIÓN QUE SE LES DEFIERE: A) *Momento de la delación a los sustitutos*. B) *Determinación de los sustitutos por las reglas de la sucesión legal: no troncal y, en su caso, troncal por línea materna o paterna*. C) *Reserva de los derechos de los sustitutos y procedimiento para su declaración*.—VI. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE ESTA SUSTITUCIÓN.—VII. ALGUNAS CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO.

«La invalidez de las cautelas de opción compensatoria en la Ley Aragonesa de Sucesiones por causa de muerte», por ALFREDO SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, pág. 43 (sin sumario).

«Usufructo de fondos de inversión en la Ley Aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen económico matrimonial y viudedad», por María BIESA HERNÁNDEZ, pág. 59.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTOS BÁSICOS DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN: 1. NORMATIVA Y CONCEPTO DE FONDO DE INVERSIÓN. 2. ELEMENTOS DE UN FONDO DE INVERSIÓN: A) *Sociedad Gestora*. B) *Entidad depositaria*. C) *Partícipes*. D) *Participaciones*. 3. NATURALEZA JURÍDICA. 4. CLASIFICACIONES DE FONDOS.—III. SITUACIÓN GENERAL PREVIA A LA LEY ARAGONESA: 1. LOS FONDOS Y EL CÓDIGO CIVIL. 2. EL INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS DE 16-5-1996, Y LA LEY CATALANA 13/2000, DE 20 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE LOS DERECHOS DE USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN. 3. PANORAMA JURÍDICO ANTERIOR A LA REGULACIÓN ARAGONESA.—IV. FUENTES E INTERPRETACIÓN DEL USUFRUCTO DE FONDOS EN ARAGÓN: 1. LA LEY 2/2003, DE 12 DE FEBRERO, DE RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y VIUEDAD. SU CARÁCTER CIVIL. 2. ORDEN DE PRELACIÓN DE FUENTES.—V. EXAMEN DEL ARTÍCULO 118: 1. IDENTIFICACIÓN Y OBJETO. 2. FACULTAD DE REEMBOLSO. 3. DESACUERDO EN LA REINVERSIÓN. REMISIÓN AL USUFRUCTO DE DINERO DEL ARTÍCULO 117.—VI. REFLEXIONES PRÁCTICAS: 1. EL ÍNDICE DE ACTUALIZACIÓN. 2. COMISIONES. 3. CÓMPUTO DEL TIEMPO: A) *Reembolsos parciales*. B) *Cobro tras el reembolso total*. 4. EL COBRO DE LAS PLUSVALÍAS. 5. LA FIANZA. 6. FONDOS GARANTIZADOS.—VII. REPERCUSIONES FISCALES: 1. REGULACIÓN FISCAL. 2. EJEMPLO PRÁCTICO APLICADO AL ARTÍCULO 118: A) *Sistema de liquidación fiscal del usufructo de fondos*. B) *Disposición por el viudo de participaciones de fondos de inversión*.—VIII. CONSIDERACIONES FINALES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA Número 39 (Diciembre 2005)

«La coordinación comunitaria de los sistemas de seguridad social. Las prestaciones de desempleo y las prestaciones por enfermedad y maternidad, especialmente referidas al sistema español de Seguridad Social (segunda parte)», por Julián BLASCO SÁIZ, pág. 9.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA. COORDINACIÓN, ARMONIZACIÓN Y CONVERGENCIA: 1. COM-

PETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA. 2. ALCANCE Y PRINCIPIOS DE LA COORDINACIÓN COMUNITARIA: 2.1. *Alcance de la coordinación*. 2.2. *Principios de la coordinación comunitaria*.—CAPÍTULO I: PRESTACIONES POR DESEMPLEO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COORDINACIÓN COMUNITARIA: 2.1. *El artículo 208.5 de la Ley General de la Seguridad Social*. 2.2. *El artículo 215.1.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social*. 2.3. *El artículo 215.1.3 de la Ley General de la Seguridad Social*. 3. EXPORTACIÓN DE PRESTACIONES. 4. EXCEPCIONES A LA REGLA DEL ESTADO COMPETENTE.—CAPÍTULO II: PRESTACIONES POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD: 1. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DE PROTECCIÓN. 2. TRABAJADORES (ARTS. 19 AL 24 DEL REGLAMENTO 1408/71): 2.1. *Trabajadores fronterizos*. 2.2. *Estancia o traslado de residencia al Estado competente*. 2.3. *Estancia fuera del Estado competente o regreso o traslado de residencia fuera —y la necesidad de desplazarse «ex profeso»—*. 3. DESEMPLEADOS (ARTS. 25 Y 25 BIS DEL REGLAMENTO 1408/71). 4. TITULARES DE PENSIONES O RENTAS (ARTS. 27 A 34 DEL REGLAMENTO 1408/71): 4.1. *Solicitantes de pensiones o rentas*. 4.2. *Titulares de pensiones o rentas*.—CONCLUSIONES.

«Realidad y constitucionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador (primera parte)», por Miguel BELTRÁN DE FELIPE, pág. 57.

SUMARIO: 1. INTENCIONES.—2. LA REALIDAD PUNITIVA EN ESPAÑA: DISFUNCIONES Y PARADOJAS: 2.1. ALGUNOS EJEMPLOS. 2.2. LA SITUACIÓN DEL PODER SANCIONADOR EN ESPAÑA.—3. RESUMEN DE LO QUE SE HA DICHO SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y SOBRE EL *IUS PUNIENDI* ESTATAL.—4. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PENALES: 4.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (*LEX PRAEVA*, RESERVA DE LEY). 4.2. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD (*LEX CERTA*). 4.3. LA CULPABILIDAD. 4.4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. 4.5. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE CASTIGO (*NE BIS IN IDEM*). 4.6. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 4.7. UN PROBLEMA AÑADIDO: ¿QUÉ ES UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA?—5. FINAL.—BIBLIOGRAFÍA.

«El concepto de daño ambiental en la Directiva 2004/35/CEE», por Ignacio FELPEO SANTERO, pág. 107.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ARTÍCULO 3.3 DE LA DIRECTIVA.—3. PURE ECOLOGICAL DAMAGE.—4. MEDIO AMBIENTE PROTEGIDO.—5. DAÑO CONCRETO Y CUANTIFICABLE.—6. DAÑO SIGNIFICATIVO.—7. DAÑO REAL O POTENCIAL.—8. DAÑOS TRANSFRONTERIZOS.

«Consideraciones jurídicas de la normativa de licencias comerciales en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha», por Tomás IVORRA ARDITE, pág. 125.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA NECESIDAD DE OBTENER LICENCIA COMERCIAL PARA LA APERTURA DE GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES EN CASTILLA-LA MANCHA.—3. REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE LICENCIA COMERCIAL ESPECÍFICA.—4. EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL ESPE-

CÍFICA.—5. CADUCIDAD DE LA LICENCIA COMERCIAL.—6. «REVOCA-
CIÓN» DE LA LICENCIA COMERCIAL.—7. CONCLUSIONES.—8. BI-
BLIOGRAFÍA.

«Objeto y límites del arbitraje de consumo», por Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ,
pág. 173.

SUMARIO: I. OBJETO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.—II. DELIMITACIÓN
SUBJETIVA: A) CONFLICTO ENTRE CONSUMIDORES Y EMPRESARIOS. B) SUPUESTOS
DUDOSOS.—III. DELIMITACIÓN OBJETIVA: A) MATERIAS SUSCEPTIBLES DE AR-
BITRAJE: a) *Regla general*; b) *Excepciones (art. 2.2 RDAC)*. B) OTROS LÍMITE-
TES OBJETIVOS: a) *Límites establecidos en la oferta pública o en la aceptación
del empresario*; b) *Las controversias no contractuales*; c) *La reconversión*.
C) TIPOS DE RECLAMACIÓN: a) *Reclamaciones individuales*; b) *¿Acciones de ce-
sación por la vía del arbitraje de consumo?*; c) *¿Acciones de reparación de
daños colectivos o difusos por vía de arbitraje de consumo?*—IV. DELIMITA-
CIÓN TEMPORAL: A) EFICACIA TEMPORAL DE LA OFERTA PÚBLICA DE SOMETIMIEN-
TO A ARBITRAJE. B) DECLARACIÓN DE CONCURSO Y ARBITRAJE DE CONSUMO.

«La legitimación en la negociación colectiva (Análisis de las legislaciones la-
borales de México y España)», por Jesús RODRIGUEZ CEBEROS, pág. 193.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA NEGOCIACIÓN CO-
LECTIVA: 1.1. EL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO MEXICANO. 1.2. EL CONVENIO
COLECTIVO ESPAÑOL.—2. LA CONTRATACIÓN COLECTIVA EN MÉXICO.—
3. LA LEGITIMACIÓN EN LA CONTRATACIÓN COLECTIVA MEXICA-
NA.—4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA.—5. LA LEGITI-
MACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA.—6. CONCLU-
SIONES.—7. BIBLIOGRAFÍA.

«Aproximación al régimen jurídico vitivinícola español: algunos aspectos sig-
nificativos de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y del vino», por
Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, pág. ...

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. OBJETO DE LA LEY.—III. CONCEPTO
DE «VINO».—IV. MENCIONES ASOCIADAS A LOS MÉTODOS ESPECIAL-
LES DE ELABORACIÓN Y ENVEJECIMIENTO DE LOS VINOS.—V. AU-
TORIZACIONES DE PLANTACIÓN Y DE REPLANTACIÓN DE VIÑEDO:
1. LAS NUEVAS PLANTACIONES. 2. LAS REPLANTACIONES.—VI. TRANSFERENCIAS
DE AUTORIZACIONES DE REPLANTACIÓN: a) TRANSFERENCIAS DE AUTORI-
ZACIONES DE REPLANTACIÓN ENTRE PARTICULARES; b) RESERVAS DE PLANTACIÓN DE
VIÑEDO.—VII. LAS VARIEDADES DE VID.—VIII. EL ARRANQUE DE VI-
ÑEDOS.—IX. RIEGO DE LA VID.—X. AUMENTO ARTIFICIAL DE LA
GRADUACIÓN ALCOHÓLICA NATURAL.—XI. MEZCLA DE VINOS.—
XII. SISTEMA DE PROTECCIÓN DEL ORIGEN Y CALIDAD DE LOS VI-
NOS: 1. LOS VINOS DE MESA. 2. VINOS DE CALIDAD PRODUCIDOS EN REGIONES DETER-
MINADAS: a) *Vinos de calidad con indicación geográfica*; b) *Vinos con denomi-
nación de origen*; c) *Vinos con denominación de origen calificada*; d) *Vinos
de pago (paraje o sitio rural)*.—XIII. OTROS ASPECTOS DE LA LEY.

REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA Número 39 (Enero-Junio 2005)

«Navarra, provincia foral: las Leyes de 25 de octubre de 1839 y de 16 de agosto de 1841», por Francisco Javier ENÉRIZ OLAECHEA, pág. 9.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL ENTORNO HISTÓRICO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS RAÍCES DEL CAMBIO: EL LIBERALISMO Y EL NACIONALISMO. 3. NAVARRA EN EL ESTATUTO DE BAYONA. 4. LA JUNTA CENTRAL SUPREMA, LAS CORTES ESPAÑOLAS Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ. 5. LA RESTAURACIÓN DEL ANTIGUO RÉGIMEN Y EL INICIO DEL DESMANTELAMIENTO DEL RÉGIMEN FORAL. 6. LA PRIMERA GUERRA CARLISTA. EL CONVENIO DE VERGARA.—II. LA LEY DE 25 DE OCTUBRE DE 1839, DE CONFIRMACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS FUEROS DE LAS PROVINCIAS VASCONGADAS Y DE NAVARRA. EL REAL DECRETO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1839: 1. LA LEY DE 25 DE OCTUBRE DE 1839. 2. EL REAL DECRETO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1839.—III. LA LEY PACCIONADA DE 16 DE AGOSTO DE 1841. SU NATURALEZA JURÍDICA: 1. REDACCIÓN Y APROBACIÓN. 2. CONTENIDO. 3. EFECTOS. 4. NATURALEZA.—IV. LA LEY PACCIONADA Y LOS POSTERIORES RÉGIMENES POLÍTICOS: 1. LA DIPUTACIÓN FORAL Y SU EXTENSA LABOR NORMATIVA. 2. EL REFUERZO INSTITUCIONAL. LA CREACIÓN DEL CONSEJO ADMINISTRATIVO. 3. LOS CONVENIOS ECONÓMICOS. 4. LA SALVAGUARDA Y REGULACIÓN DEL RÉGIMEN MUNICIPAL Y LOCAL DE NAVARRA. 5. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NAVARRA. LA ELABORACIÓN DEL FUERO NUEVO.—NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación», por Ignacio GRANADO HJELMO, pág. 39.

SUMARIO: I. UNA CUESTIÓN DE CONFIANZA.—II. *SIT INITIUM DOCTRINAE CONSIDERATIO NOMINIS*.—III. *AUCTORITAS IUDICATIO-NIS ADVERSUS POTESTATEM IURISDICTIONIS*.—IV. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN MATERIA DE ARBITRAJE: 1. EN DERECHO ROMANO. 2. EN EL ANTIGUO RÉGIMEN. 3. TRAS LA REVOLUCIÓN FRANCESA.—V. EL PROBLEMA DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO, EL ARBITRAJE PRIVADO CON LA ADMINISTRACIÓN, LA ACTIVIDAD ARBITRAL DE LA ADMINISTRACIÓN, EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 107.2 LPAC Y LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA CONSISTENTE EN RESOLVER CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS MEDIANTE ÓRGANOS CUASI JURISDICCIONALES. 2. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL ARBITRAJE ESTRICTO EN DERECHO ADMINISTRATIVO. 3. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO.—VI. LOS ALTOS ÓRGANOS CONSULTIVOS Y EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO.—VII. CONCLUSIONES.

«La lotería nacional», por Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, pág. 57.

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—II. CONCEPTO.—III. NATURALEZA JURÍDICA.—IV. ELEMENTOS: 1. SUBJETIVO: 1.1. *La Administración pública y el juego*: 1.1.1. El juego en España: evolución social y legislativa.

1.1.2. Motivaciones básicas del juego y tipología de jugadores. 1.1.3. La competencia sobre el juego. 1.2. *La creación de entes instrumentales*: 1.2.1. El organismo nacional de loterías y apuestas del Estado (ONLAE) y su reconversión a entidad pública empresarial «Loterías y Apuestas del Estado» (LAE). 1.2.2. ¿La creación del ONLAE supuso invasión de competencias autonómicas?: doctrina jurisprudencial. 1.3. *Las rifas ilegales*: 1.3.1. El control administrativo sobre el juego. 1.3.2. Ejemplos de rifas ilegales: a) La rápida; b) El boleto sorpresa; c) Prodiecu; d) Supuestos varios. 2. OBJETIVO: LA LOTERÍA NACIONAL ES UN RECURSO ORDINARIO DEL PRESUPUESTO ESTATAL DE INGRESOS. 3. CONECTIVO: 3.1. *Monopolio fiscal*. 3.2. *Un monopolio que no puede ser gravado por las Comunidades Autónomas*.—V. ES NECESARIO DISCERNIR, DEFINIR Y ENTENDER QUÉ ES LA LOTERÍA, PARA COMPRENDER TAMBIÉN OTRAS MODALIDADES: 1. LOS INGRESOS DEL ESTADO, LA LOTERÍA PRO-CIEGOS Y SU CARÁCTER INSTRUMENTAL. 2. ESTA MATERIA NO SE ENCUADRA DENTRO DEL TÍTULO COMPETENCIAL DE ASISTENCIA SOCIAL. 3. EL MONOPOLIO FISCAL DE LA LOTERÍA INCLUYE TODOS LOS TIPOS DE LOTERÍAS.

«La nueva retórica y el nuevo lenguaje jurídico», por Marga GÓMEZ BORRÁS, pág. 97.

SUMARIO: I. RETÓRICA Y LENGUAJE JURÍDICO: 1. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN. 2. DATOS BÁSICOS SOBRE LA RETÓRICA CLÁSICA.—II. HERMENÉUTICA Y TEORÍA JURÍDICA.—III. LA NUEVA RETÓRICA Y LOS ACTOS JUDICIALES: 1. UNA VISIÓN DIACRÓNICA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO, SEGÚN CH. PERELMAN. 2. LÓGICA JURÍDICA Y LA NUEVA RETÓRICA. 3. LA NUEVA RETÓRICA Y LOS VALORES. 4. LA ARGUMENTACIÓN COMO BASE DE LA NUEVA RETÓRICA JURÍDICA.—IV. LA NUEVA RETÓRICA Y EL NUEVO LENGUAJE JURÍDICO: 1. LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES: EL ARTÍCULO 3 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. CONCEPTOS JURÍDICOS FRENTE A CONCEPTOS METAJURÍDICOS.—V. RECURSOS METAJURÍDICOS Y RECURSOS RETÓRICOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES: 1. ARBITRARIEDAD, RACIONALIDAD, RAZONABILIDAD. 2. MOTIVACIÓN. 3. APRECIACIÓN LIBRE CON ARREGLO A LA SANA CRÍTICA. 4. PROPORCIONALIDAD. 5. OTROS CONCEPTOS METAJURÍDICOS.—VI. RETÓRICA Y ACTIVIDAD INTERPRETATIVA. ALGUNOS EJEMPLOS.—VII. PALABRAS FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

«La desobediencia civil: concepto y tratamiento jurídico penal (A propósito del corte de carreteras para solicitar la gratuidad de la autopista A-15 y otros supuestos análogos)», por Leticia JERICÓ OJER, pág. 139.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL.—III. TOMA DE POSTURA.—IV. JUSTIFICACIÓN DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL: 1. SOLUCIONES PROPUESTAS EN EL ÁMBITO DEL TIPO DE INJUSTO. 2. SOLUCIONES EN EL ÁMBITO DE LA CULPABILIDAD. 3. PROPUESTAS EN EL ÁMBITO DE DETERMINACIÓN DE LA PENA.—V. OPINIÓN PERSONAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (2004)

«El estado de necesidad cabalga de nuevo», por Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, pág. 669.

SUMARIO: I. ¿NO ES SORPRENDENTE SU MANTENIMIENTO?: 1. EL TEXTO ADOPTADO EN PRIMERA LECTURA (1980). 2. LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1997, 2004). 3. EL PROYECTO DEFINITIVO DE LA COMISIÓN (2001).—II. CONFORMACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD: 1. EL ARTÍCULO 33 DEL PROYECTO EN PRIMERA LECTURA. 2. LA POSICIÓN DEL RELATOR CRAWFORD. 3. EL ARTÍCULO 25 DEFINITIVO. 4. LOS GOBIERNOS.—III. SU ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. EL ARTÍCULO 33 (1980). 2. LA POSICIÓN DEL RELATOR. 3. EL ARTÍCULO 25 DEFINITIVO (2001).—IV. CONCLUSIÓN, CON UNA APOSTILLA FINAL SOBRE UNA CUESTIÓN CONEXA PERO MÁS AMPLIA, LA INTERVENCIÓN ARMADA POR CAUSA DE HUMANIDAD.

«El derecho de la responsabilidad internacional del Estado ante la celebración de una conferencia codificadora», por Jaume FERRER LLORET, pág. 705.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUPREMACÍA DE LA ESTRUCTURA RELACIONAL: LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y LA APLICACIÓN DE CONTRAMEDIDAS EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS: 1. LA PROPUESTA APROBADA POR LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL EN 2001. 2. VALORACIÓN A LA LUZ DE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL.—III. EL FRACASO EN LA FORMACIÓN DE LA ESTRUCTURA COMUNITARIA: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VIOLACIÓN GRAVE DE NORMAS IMPERATIVAS: 1. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL MANTIENE UN RÉGIMEN AGRAVADO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. 2. LA INDETERMINACIÓN DE SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS. 3. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO Y ACCIÓN DEL CONSEJO DE SEGURIDAD.—IV. LA NECESARIA CONSOLIDACIÓN DE LA ESTRUCTURA INSTITUCIONAL: EL DESARROLLO PROGRESIVO DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: 1. EL DERECHO INTERNACIONAL COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO «CONSTITUCIONAL». 2. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y PARLAMENTARIO Número 15 (2003)

«El Derecho político y el lugar de lo jurídico en el conocimiento científico de la política», por Rodrigo FERNÁNDEZ CARVAJAL, pág. 43.

SUMARIO: I. POLÍTICA «JURIDIZADA» Y POLÍTICA «NO JURIDIZADA».—II. BREVE HISTORIA DEL TEMA. DE LA TRADICIÓN GRIEGA A LA

TRADICIÓN LIBERAL: 1. LA TRADICIÓN GRIEGA; SIMPLE DISTINCIÓN ENTRE «POLITEIA» Y «NOMOI». 2. LA TRADICIÓN ROMANA; TÍMIDA APARICIÓN DEL *IUS PUBLICUM* Y ACUÑACIÓN DE LA IDEA DE *PUBLICA POTESTAS*. 3. LA TRADICIÓN MEDIEVAL; LA IDEA DE LA *PUBLICA POTESTAS* SOFOCADA POR LA CONCEPCIÓN CONTRACTUALISTA DEL DERECHO. 4. LA TRADICIÓN ABSOLUTISTA Y JACOBINA; FRUCTIFICACIÓN DE LA IDEA DE LA *PUBLICA POTESTAS* A BENEFICIO DEL ESTADO. 5. LA TRADICIÓN LIBERAL; EL DERECHO PÚBLICO HACE HUECO A LA DIVISIÓN DE PODERES Y A LOS DERECHOS INDIVIDUALES.—III. LAS TRES TRADICIONES, LIBERAL, ABSOLUTISTA Y JACOBINA EN EL CRISOL ANGLOSAJÓN, ALEMÁN Y FRANCÉS.—IV. CONCLUSIÓN: EL DESEABLE LUGAR ACTUAL DE LAS RELACIONES ENTRE LA POLÍTICA «JURIDIZADA» Y «NO JURIDIZADA».

«Democracia inclusiva», por Ramón MAIZ SUÁREZ, pág. 61.

SUMARIO: I. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA.—II. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.—III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA.—IV. DEMOCRACIA INCLUSIVA.

«Apuntes para una interpretación constitucionalmente conforme de la prerrogativa de gracia», por Juan Luis REQUEJO PAGÉS, pág. 89.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE LA CLEMENCIA DEL REY JUSTO A LA IMPIEDAD DEL ESTADO SIN SOBERANO.—III. EL MITO DE LA LEY OMNISCIENTE Y LA FALIBILIDAD DEL ORDENAMIENTO. LA NECESIDAD DE LA EXCEPCIÓN.—IV. LA JURIDIFICACIÓN DE LA CLEMENCIA: LA PRERROGATIVA DE GRACIA.—V. LA EFICACIA LEGISLATIVA DEL PERDÓN. LA TITULARIDAD DE SU PRERROGATIVA.—VI. EL EJERCICIO DE LA GRACIA Y SU CONTROL. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

«La evolución del Estado autonómico. La posición de los Parlamentos autonómicos», por José TUDELA ARANDA, pág. 113.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UNA VISIÓN NECESARIAMENTE DINÁMICA DE LA CONSTITUCIÓN.—III. UN EXAMEN DEL SER ACTUAL DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER.—IV. LA POSICIÓN DE LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS EN EL DIBUJO DEL ESTADO.—V. UNA MIRADA OBLIGADA SOBRE EL FUTURO DEL ESTADO AUTONÓMICO.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 106 (Enero-Abril 2005)

«Derecho a la tutela efectiva», por Osear UGALDE MIRANDA, pág. 11.

«Limitaciones de los derechos fundamentales», por César HIÑES, pág. 33.

- «La acción cambiaria de regreso», por Carlos M. GÓMEZ RODAS, pág. 57.
- «Las sanciones aplicables a las personas menores de edad en la Ley de Responsabilidad del Menor de España y en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica», por Álvaro BURGOS MATA y José Manuel RÍOS CORBACHO, pág. 97.
- «Tratado de libre comercio: Derecho, economía e ideología», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 141.
- «Naturaleza jurídica del notario costarricense», por Gustavo Adolfo INFANTE MELÉNDEZ, pág. 175.
- «La axiomática interacción entre los acuerdos multilaterales medioambientales y las regulaciones del sistema de libre comercio», por Vanessa RETANA, pág. 197.

REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE

Número 1 (Enero-Junio 2005)

- «Derechos humanos y sistemas de protección en la obra de las cortes de Cádiz», por José BARRAGÁN BARRAGÁN, pág. 11.
- «La justicia constitucional federal», por José de Jesús COVARRUBIAS DUEÑAS, pág. 43.
- «El Derecho, ¿insuficiente ante la protección de la juventud y de la infancia en internet?», por Luz del Carmen MARTI DE GIDI, pág. 67.
- «Comentarios al proceso 109/2004 de controversia constitucional sobre el presupuesto de egresos para el año 2005», por Rubén Jaime FLORES MEDINA, pág. 81.
- «La presentación en los procesos electorales de Guadalajara, 1786-1824», por Luz María PÉREZ CASTELLANOS, pág. 109.
- «Consideraciones para perfeccionar el sistema de partidos como el mejor medio para la representación política en México», por Marcos Francisco DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, pág. 139.
- «El trabajo en la imaginación apocalíptica», por José Manuel LASTRA LASTRA, pág. 167.
- «Razón y religión en los tiempos nuevos», por Víctor M. RAMOS CORTEZ, pág. 195.
- «La protección jurídica del agua en México en el contexto de la reforma a la Ley de Aguas Nacionales», por Raquel GUTIÉRREZ NÁJERA, pág. 205.
- «El agua potable en las zonas metropolitanas: las diferentes dimensiones del problema», por Alicia LOEZA CORICHI, pág. 235.

«Justificación teórica sobre la necesidad de una Ley Forestal», por Ana Bertha CUEVAS TELLO, pág. 257.

«Pueblos indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos. Entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos», por Mikel BERRAONDO LÓPEZ, pág. 269.

REVUE DE DROIT UNIFORME Vol. X (2005)

«Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», por Félix ONANA ETOUNDI, pág. 683.

«Restitutio in Integrum: The Unwinding of Failed Contracts under the Principles of European Contract Law, the Unidroit Principles and the Avant-projet d'un Code Européen des Contrats», por Reinhard ZIMMERMANN, pág. 719.

«La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français», por Alexandre COURT DE FONTMICHEL, pág. 737.

«Ancillary Jurisdiction for Interim Measures of Protection in Support of Cross-Border Litigation», por Verónica RUIZ ABOU-NIGM, pág. 759.

«Rescuing the Rome Convention of 1952: Six Decades of Effort to Make a Workable Regime for Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties», por Michael JENNISON, pág. 785.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO Número 3 (2005)

«Necesidad social de la función notarial», por Hugo PÉREZ MONTERO, pág. 253.

«Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Comparado en torno al mobbing», por Agustín VIGURI PEREA, pág. 283.

«¿Necesita un tratamiento legal especial el software? Diferencias entre los distintos tipos de software. Leyes aplicables y jurisprudencia», por Yariel FLORES MILÁN, pág. 303.

«Contratos por Internet», por Delmaire C. BROCO MEDINA y Carmen O. CASTRO PAGAN, pág. 319.

«Derecho a la intimidad *versus* tecnología: ¿Será el derecho a la intimidad, en el campo laboral puertorriqueño, cosa del pasado con la llegada de los microchips?», por Lynette TRILLO RIVERA y Tania DELGADO CORCINO, pág. 331.

«Ironía judicial: El problema de las opiniones igualmente divididas en el Tribunal Supremo de Puerto Rico», por Ángel Luis OLIVERA, pág. 351.

«Actualización de jurisprudencia sobre EMTALA», por Santiago A. ITURREGUI DEL TORO, pág. 365.

«Impugnación de proyectos perjudiciales al medio ambiente ante la política pública del Estado y la escasez de recursos socioeconómicos», por Juan A. RAMOS RAMOS, pág. 383.