

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

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

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Celestino Pardo Núñez.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Javier Gómez Gálligo.

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

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

- «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», por ESTEVE BOSCH CAPDEVILA y ANA GIMÉNEZ COSTA 1757
- «Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España», por LUIS HERNANDO CEBRIÁ 1817
- «Del “Código Olivencia” a la aplicación de la Ley de Transparencia (Un balance provisional —y decepcionante— sobre la reforma del “gobierno corporativo” en las sociedades cotizadas españolas)», por ANDRÉS RECALDE CASTELLS 1861
- «Representación legal de hijos menores de edad en particiones hereditarias: problemática jurídica», por AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA 1905

DICTÁMENES Y NOTAS

- «Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles en general y del Registro de Condiciones Generales de la Contratación en particular», por JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO 1929
- «Garantías registrales del crédito tributario», por JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA 1935
- «Garantías de los derechos de los inmigrantes. Referencia especial a la familia y educación», por JESÚS LÓPEZ MEDEL 1967

DERECHO COMPARADO

- «Bloqueo registral. La reserva de prioridad registral de los derechos reales en el Perú: alcances y perspectivas», por LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA 1981

«La determinación del precio en la compraventa: del Derecho español al Derecho uniforme», por MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA	2003
--	------

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el <i>BOE</i> , por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ...	2033
--	------

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— Incapacitación. Curatela, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2061
--	------

1.2. Derecho de familia:

— Matrimonio canónico. Nulidad. Efectos civiles, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2071
---	------

1.3. Derechos reales:

— Propiedad horizontal. ¿Nulidad o anulabilidad de los acuerdos contrarios a la LPH o los Estatutos?, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2081
— Hipoteca unilateral. Requisitos: aceptación, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2087

1.4. Sucesiones:

— La sustitución fideicomisaria de residuo, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL	2093
---	------

1.5. Obligaciones y contratos:

— Acción decenal de propietario de vivienda contra promotora vendedora, constructora, arquitecto y arquitecto técnico, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2098
— Contrato de seguro. Ausencia de enriquecimiento injusto y de sobreseguero, por ISABEL MORATILLA GALÁN	2100

1.6. Responsabilidad civil:	
— Daños morales en el transporte aéreo, por LOURDES TEJEDOR MUÑOZ	2101
— Responsabilidad por productos defectuosos, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ	2110
2. DERECHO MERCANTIL, coordinado por M. ^a JOSÉ CASTELLANO RAMÍREZ.	
— El <i>lease-back</i> como instrumento de financiación, por JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA	2117

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	2127
--	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«¿Qué familia para el siglo XXI?», de G. GARCÍA CANTERO, por MARÍA LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS	2141
«El seguro de vida para caso de muerte: Cuestiones actuales de Derecho Civil», de CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE	2158

REVISTA DE REVISTAS	2163
----------------------------------	------

ESTUDIOS

Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO Y REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE UNA CLÁUSULA COMO ABUSIVA: LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO: 1. QUE SE TRATE DE UNA CLÁUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE, SIN QUE SEA PRECISO QUE SEA UNA CONDICIÓN GENERAL. 2. «*QUE EN CONTRA DE LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE CAUSEN, EN PERJUICIO DEL CONSUMIDOR, UN DESEQUILIBRIO IMPORTANTE DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES QUE SE DERIVEN DEL CONTRATO*»: 2.1. «*En contra de las exigencias de la buena fe*». 2.2. *El «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones que deriven del contrato.* 2.3. *Los elementos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.* 2.4. *La no incorporación al derecho español de la norma del artículo 4.2 de la Directiva. Deber de transparencia, control de precios y libre competencia.*—III. CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS: 1. LA RELACIÓN ENTRE LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. 2. LA JUSTIFICACIÓN DEL LISTADO.—IV. EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS: A) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR VINCULAR EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL PROFESIONAL. B) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR SUPONER LA PRIVACIÓN DE DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR. C) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE RECIPROCIDAD. D) CLÁUSULAS ABUSIVAS «SOBRE GARANTÍAS». E) OTRAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. F) REGLA ESPECIAL RELATIVA A VALORES Y OTROS PRODUCTOS FINANCIEROS.

I. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de eliminar las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Conforme a su artículo 10.1, los Estados miembros debían adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a tal Directiva, a más tardar el 31 de diciembre de 1994. España fue uno de los Estados que se retrasó en la transposición, dado que ésta no se llevó a cabo hasta la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

El sistema que ha seguido España para la transposición ha sido, cuando menos, peculiar. En España ya existía una regulación sobre cláusulas abusivas, en el artículo 10 de la Ley 20/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) (1). La transposición de la Directiva no se ha llevado a cabo en una ley nueva destinada específicamente a regular las cláusulas abusivas, sino que lo que se ha hecho ha sido incorporar la normativa de la Directiva sobre cláusulas abusivas dentro de la Disposición Adicional Primera de una Ley destinada a regular las condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, LCGC). Dicha Disposición Adicional está dedicada a modificar la LGDCU, Ley que en su artículo 10 ya contenía una regulación de las cláusulas abusivas. De esta manera, se ha creado un complicado régimen jurídico, con una pluralidad de normas que regulan la misma materia:

- El antiguo artículo 10 LGDCU, modificado con ligeros retoques por la Disposición Adicional Primera de la LCGC.
- El artículo 10.bis LGDCU, que es el que contiene la mayor parte de las normas de transposición de la Directiva.
- La Disposición Adicional Primera de la LGDCU, que enumera la lista de cláusulas abusivas, transponiendo el Anexo de la Directiva.

En España, antes de la transposición de la Directiva, el citado artículo 10 LGDCU condenaba las cláusulas abusivas, y contenía un listado de cláusulas consideradas nulas por atentar contra los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. Actualmente, este artículo 10, con ligeras modificaciones, convive con el nuevo artículo 10.bis, lo que origina algunos problemas a causa de la falta de coordinación de ambos preceptos. A pesar de que sea el artículo 10.bis el que más específicamente regule el concepto de cláusula abusiva, no puede desconocerse la existencia del artículo 10 LGDCU, que, en la medida de lo posible, deberá tratar de coordinarse con aquél.

En el presente trabajo pretendemos determinar las cláusulas que, conforme a la Ley española, se consideran abusivas, para lo cual se emplea una doble vía: por una parte, se ofrece una definición general de cláusula abusiva, de manera que tendrán esta consideración aquellas cláusulas que cumplan los requisitos establecidos por la Ley (concretamente, en el art. 10.bis LGDCU que, entre otros, transpone el art. 3 de la Directiva). Pero, además, existe una lista de cláusulas que se consideran «en todo caso» abusivas. Analizaremos, por tanto, en primer lugar, el concepto general de cláusula abusiva, centrado

(1) *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 1984.

en la idea de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y, posteriormente, la «lista negra» de cláusulas abusivas.

II. CONCEPTO Y REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE UNA CLÁUSULA COMO ABUSIVA: LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO

El artículo 10.1.c) LGDCU, antes de su modificación por la LCGC, exigía como requisitos para la licitud de un contrato de adhesión, «*la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones*», lo que excluía, entre otras cláusulas, «*las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios*». Como podemos apreciar, se trataba de una redacción extremadamente redundante, pero, en cualquier caso, apoyada en los principios de buena fe y de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Tras la modificación de la LGDCU a raíz de la transposición de la Directiva, el artículo 10.1.c) LGDCU sigue exigiendo, para la licitud de un contrato de adhesión, «*la buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*»; ahora bien, la definición de cláusula abusiva no se contiene en el artículo 10.1.c), sino en el nuevo artículo 10.bis, que, siguiendo la Directiva (2), establece que «*Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional de la presente Ley*» (3).

(2) El artículo 3.1 de la Directiva establece que «*Las cláusulas abusivas que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*».

(3) Este concepto también se recoge en el § 5 del Preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que aprovecha para establecer una distinción entre condición general y cláusula abusiva: «*Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares*

Por tanto, de los artículos 10.1.c) y 10.bis.1.1 LGDCU, se deduce que hacen falta los siguientes requisitos para que una cláusula sea considerada abusiva:

1. La no negociación individual.
2. Que vaya contra las exigencias de la buena fe.
3. Un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.
4. Que este desequilibrio se cause en perjuicio del consumidor, y no en perjuicio del predisponente.

Además, existen una serie de cláusulas, las enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU, que «en todo caso se considerarán abusivas». De la relación entre la cláusula general de equilibrio y el listado de cláusulas trataremos más adelante. A continuación vamos a analizar los requisitos que acabamos de enumerar para que una cláusula sea considerada abusiva.

1. QUE SE TRATE DE UNA CLÁUSULA NO NEGOCIADA INDIVIDUALMENTE, SIN QUE SEA PRECISO QUE SEA UNA CONDICIÓN GENERAL

El primer requisito que exige el artículo 10.bis.1 LGDCU para que una cláusula pueda tener la consideración de abusiva es que no haya sido negociada individualmente (4). Conviene precisar que no es necesario que tal cláusula sea una condición general. Así lo establece expresamente el Preámbulo § V.II.fin LCGC: *«[la cláusula abusiva]... puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares»*. Lo que importa no es que el contenido del contrato no sea fruto de la negociación entre ambas partes, sino que haya sido impuesto por una de ellas. Si bien la mayoría de cláusulas abusivas vendrán impuestas a través de condiciones generales, no quedan excluidos los supuestos de cláusulas elaboradas unilateralmente por el profesional para cada consumidor en particular.

Si la cláusula ha sido objeto de negociación, queda fuera del régimen de control del artículo 10.bis.1 LGDCU. A diferencia de la Directiva, la Ley española no aclara cuándo se entiende que una cláusula no se ha negociado

cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares». Asimismo, el Preámbulo § VIII.4 reproduce la definición de cláusula abusiva como *«la que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales»*.

(4) Requisito exigido asimismo por el artículo 3.1 de la Directiva.

individualmente. El artículo 3.2.I de la Directiva establece que «*Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*». Se trata de una cláusula respecto a la cual la única opción del consumidor es adherirse o no, sin que tenga posibilidad de influir en su contenido. Por tanto, más que ante una falta de negociación, estamos ante una negociación infructuosa para el consumidor, que no habrá podido influir en el contenido de la cláusula. El silencio de la LGDCU respecto a cuándo se entiende que ha habido negociación debería permitir una interpretación favorable para el consumidor, partiendo de la base que una negociación entre profesional y consumidor no es, por lo general, una negociación *inter partes*.

Sí ha recogido la Ley española otras dos normas de la Directiva:

1. La que establece que si una cláusula o una parte del contrato ha sido negociada individualmente, ello no impedirá que puedan ser declaradas abusivas otras cláusulas del contrato (art. 10.bis.1.II) (5).

2. La presunción de que, en la contratación entre profesional y consumidor, las cláusulas del contrato vienen predispuestas por el primero, de tal manera que si éste afirma que una cláusula ha sido negociada individualmente deberá correr con la carga de la prueba (art. 10.bis.1.III) (6).

El requisito de la no negociación individual —al igual que el resto de requisitos del art. 10.bis.1 LGDCU— no es exigible, a nuestro entender, a las cláusulas incluidas dentro de la lista de la Disposición Adicional Primera LGDCU; ésta es la solución más favorable para el consumidor, para el que la existencia de negociación no es, por lo general, una garantía de que el contrato no le resultará lesivo.

2. «*QUE EN CONTRA DE LAS EXIGENCIAS DE LA BUENA FE CAUSEN, EN PERJUICIO DEL CONSUMIDOR, UN DESEQUILIBRIO IMPORTANTE DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES QUE SE DERIVEN DEL CONTRATO*»

Además de la falta de negociación individual, para que una cláusula sea abusiva hace falta que «*en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*» (art. 10.bis.1 LCGC). De los conceptos que se utilizan en este precepto sólo uno es claro y no plantea

(5) Siguiendo el artículo 3.2.II de la Directiva.

(6) Conforme al artículo 3.2.III de la Directiva.

dudas: que el perjuicio lo debe sufrir el consumidor, que es quien se limita a adherirse a un contrato elaborado por el profesional y, por tanto, quien puede resultar perjudicado por el mismo. Más problemáticos son los otros dos requisitos a los que se hace referencia: el desequilibrio y la buena fe (7).

2.1. «En contra de las exigencias de la buena fe»

El precepto plantea el problema de si la exigencia de buena fe es un requisito autónomo, que deba apreciarse separadamente del desequilibrio, o si desequilibrio y mala fe van unidos, de manera que un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes irá siempre contra las exigencias de la buena fe. Al respecto, cabe hacer las siguientes afirmaciones:

1.^a El concepto de buena fe que utiliza tanto la Directiva como el artículo 10 de la Ley española es una buena fe objetiva; es decir, la buena fe no alude a la intención o a la conducta del profesional, sino a que el resultado del contrato sea conforme a las ideas de equidad y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

2.^a Por tanto, buena fe (objetiva) y equilibrio son dos elementos íntimamente relacionados y que generalmente irán unidos. La buena fe contractual exige un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y, en principio, todo desequilibrio sería contrario a las exigencias de la buena fe.

3.^a Es difícil encontrar casos en que haya mala fe objetiva sin que exista desequilibrio. Cierta sector de la doctrina considera que el desequilibrio es una consecuencia o manifestación de la mala fe objetiva, pero no la única, y apuntan como otros supuestos de la mala fe contractual los casos de falta de transparencia, o aquéllos en que se imponga al consumidor la adquisición de bienes complementarios o accesorios no solicitados. Ahora bien, lo cierto es que, a nuestro entender, el sentido que debe tener el concepto de desequilibrio en el artículo 10.bis.1 LGDCU comprende los

(7) PATI, «Comparative Law introduction», ponencia presentada en el Congreso *Standard contract terms in Europe: a basis for and a challenge to European contract Law*, Praga, 2005, (<http://www.secola.org>), señala que la exigencia de este doble requisito se debe a la creencia del Legislador comunitario de que el concepto de buena fe, como concepto jurídico indeterminado, puede ser más uniforme en toda Europa. No obstante, lo cierto es que detrás de esta aparente uniformidad terminológica se esconde una muy diferente interpretación judicial y aplicación práctica de tal principio en los diferentes Estados europeos, que a la postre nos conduce a una «desarmonización» de hecho. Además, los tribunales de muchos países prefieren reglas concretas a conceptos abstractos a la hora de juzgar la abusividad de una cláusula, de ahí que algunos legisladores nacionales, como por ejemplo el francés, no hayan incluido el principio de buena fe en la implementación nacional de la Directiva.

supuestos de falta de transparencia e imposición de bienes no solicitados, como veremos más adelante.

4.^a Y, paralelamente, también es difícil que exista un desequilibrio que no suponga mala fe objetiva. Se ha apuntado el caso en que exista desequilibrio, pero éste sea justificado, caso en que no habrá mala fe objetiva y por tanto la cláusula no podrá declararse abusiva. En este sentido, el § 5 del Preámbulo de la LCGC habla de un «*desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales*». El desequilibrio «leve» y/o «justificado» no va contra la mala fe objetiva (8).

5.^a La estrecha relación entre mala fe y desequilibrio se aprecia claramente en la Directiva, que en su artículo 3.1 habla de la cláusula abusiva como aquélla que «*pese —“contrary”— a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio...*». También es relevante el § 16 de su Preámbulo, que alude exclusivamente a la buena fe, sin ninguna referencia al desequilibrio, lo que pone de manifiesto la fungibilidad de ambos términos (9).

6.^a En cuanto a la Ley española, existen algunos preceptos que pueden dar lugar a confusión, dado que parecen dar a entender que se trata de requisitos diferentes. Es el caso del artículo 10.1.c) LGDCU —que señala como uno de los requisitos de los contratos de adhesión la «*buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*»—, y el § 8 del Preámbulo de la LCGC —que habla de una condición general abusiva «*cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*»— (10). Ahora bien, el precepto clave, el artículo 10 bis.1.I LGDCU, ya contiene una redacción similar a la de la Directiva —aquellas estipulaciones que «*en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante...*»—. Ya se ha dicho que ambos elementos —mala fe y desequilibrio— irán generalmente unidos; ahora bien, si excepcionalmente concurriera sólo uno de estos

(8) Véase el § 2.2.

(9) TROYANO, «Interpretation of the general standard of good faith and the list of unfair terms in Italian Law», ponencia presentada en el Congreso *Standard contract terms in Europe* cit., señala a este respecto la problemática que se ha desencadenado en Italia como consecuencia de la desafortunada traducción del artículo 3.1.º de la Directiva, en concreto del término «*contrary*», que se ha traducido por «*malgrato*» (a pesar de), lo que supone dar entrada sólo al concepto de buena fe subjetiva, si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana han considerado que se trata de un error de implementación terminológico y no de un cambio voluntario del significado de este concepto y, consecuentemente, interpretan, más allá de la literalidad del precepto, que el desequilibrio conlleva la admisión del concepto de buena fe objetiva.

(10) No obstante, este precepto se refiere a las condiciones generales entre profesionales.

dos elementos, conforme al artículo 10.bis.1.I LGDCU, la cláusula en cuestión no tendrá la consideración de abusiva (11).

2.2. *El «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones que deriven del contrato*

El elemento esencial al que hay que atender para ver si la cláusula es o no abusiva es si se produce, en perjuicio del consumidor, un «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones de las partes. Para apreciar si tiene lugar este desequilibrio no basta con comparar tales derechos y obligaciones, ya que, por una parte, éstos pueden ser de diferente tipo, de manera que no quepa comparación entre ellos, y, por otra, aunque una cláusula establezca los mismos derechos, puede ser abusiva si otorga al profesional un derecho que sin la cláusula correspondería ya por Ley al consumidor y no al profesional, como por ejemplo la facultad de desistimiento en la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turnos sobre un bien inmueble de uso turístico (art. 10.1 LDAT) (12).

En consecuencia, no se trata de comparar la cantidad de derechos que se atribuye a cada parte, sino que deben tenerse en cuenta los derechos y obligaciones que confieren las condiciones generales en comparación con los que les vienen otorgados por la Ley, es decir, se debe ver lo que cada parte tiene conforme a las cláusulas predisuestas, y lo que tendría sin dichas cláusulas, y a partir de aquí establecer la comparación.

No todo desequilibrio es considerado abusivo. Siguiendo a la Directiva, para que la cláusula sea abusiva el desequilibrio debe ser «importante», concepto jurídico indeterminado que deberá ser perfilado por los jueces. En este sentido, la SAP Burgos, de 6 de febrero de 1997 (AC 1997/233) consideró que no era suficientemente importante el desequilibrio consistente en imponer al consumidor el pago de un impuesto que por ley dispositiva correspondía al vendedor, dada su pequeña cuantía (la vivienda valía 75.000 €, y el impuesto satisfecho 400 €).

(11) En cambio, conforme al artículo 10.1.c) LGDCU, se exigen ambos requisitos —buena fe y equilibrio— para la validez de las cláusulas de los contratos de adhesión —«buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes»—. Existe, por tanto, una falta de coordinación entre ambos preceptos, debiendo prevalecer el artículo 10.bis.1.I, como precepto más específico que es y ajustado a la redacción de la Directiva, si bien la interpretación contraria podría asentarse en que se trata de la que más favorece al consumidor.

(12) MIGUEL GONZÁLEZ, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 948.

El desequilibrio ¿debe ser injustificado? Así lo exige expresamente el § 5 del Preámbulo de la LCGC —que habla de «*desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales*»—, pero no el articulado ni la Directiva. Como hemos señalado anteriormente, ello viene ligado con el requisito de la buena fe, al que sí alude el artículo 10.bis.1.I LGDCU (13). En cualquier caso, sería difícil encontrar una justificación que legitimase un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.

2.3. *Los elementos para apreciar el carácter abusivo de una cláusula*

El artículo 10.bis.1.IV LGDCU, reproduciendo casi literalmente el artículo 4.1 de la Directiva, señala los elementos que deberán tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula; tales elementos son los siguientes:

1. La naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato. Por ejemplo, si un bien se encuentra en un estado defectuoso, y se estipula un precio acorde con dicho estado, la imposición de una cláusula de renuncia de algún derecho del consumidor podría no considerarse abusiva, al venir exigida por la propia naturaleza del bien en cuestión (14).

2. La consideración de todas las circunstancias, entre las que se citan por la doctrina las siguientes:

- La situación de monopolio. Si bien para que una cláusula sea abusiva no es preciso que exista monopolio (15), ésta es una circunstancia importante a tener en cuenta (16). Y, aunque no nos encontremos ante una situación monopolística, la existencia de pactos entre empresas de un mismo sector para establecer las

(13) En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999, pág. 758.

(14) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 958, pone como ejemplo el caso resuelto por la SAP Burgos de 22 de marzo de 2000. Se trataba de la venta de un vehículo cuyo precio inicial era de 5.000 € si se entregaba en perfecto estado, pero las partes acordaron un precio de 3.500 € debido a la multitud de defectos que tenía. Por tanto, debido a estos defectos, la rebaja del precio fue de 1.500 €. La renuncia a la garantía tenía, en consecuencia, un precio, por lo que dicha sentencia admitió la licitud de tal renuncia. Pero, según MIQUEL GONZÁLEZ, no es únicamente el precio lo que justifica dicha licitud, sino la naturaleza del bien.

(15) Aunque algunas sentencias de las Audiencias Provinciales parecen dar a entender que la ausencia de monopolio impide calificar de abusivas a las cláusulas predispuestas.

(16) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 960.

mismas cláusulas debe ser una circunstancia relevante a la hora de apreciar el carácter abusivo (17).

- Si el servicio a contratar es obligatorio por Ley (por ejemplo, el mantenimiento de ascensores) (18).

3. «Las demás cláusulas del contrato», que pueden dar lugar tanto a la validez de una cláusula en sí misma abusiva, como a la consecuencia contraria, es decir, a la consideración como abusiva de una cláusula que por sí sola no lo sería. Efectivamente, una cláusula desfavorable se puede compensar con otra favorable —por ejemplo, podría considerarse válida una cláusula de exención de responsabilidad si a cambio se ofrece al consumidor un seguro—; e, inversamente, ciertas cláusulas predispuestas que por sí solas pueden ser válidas, son abusivas junto a otras —por ejemplo, una prórroga tácita debe considerarse inadmisibles, aunque el término para denunciar no esté excesivamente alejado de la fecha de terminación del contrato, si la prórroga es por un período demasiado amplio y hay cláusulas de variación del precio junto a cláusulas penales en casos de desistimiento— (19).

Ahora bien, en cualquier caso, el elemento sistemático no debe conducir a poner en una balanza, por un lado, el conjunto de cláusulas favorables al consumidor y, en otro las que favorecen al profesional, y a partir de ahí establecer la comparación, sino que cuando el artículo 10.bis.1.IV LGDCU habla de que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta «todas las demás cláusulas del contrato», hay que atender únicamente a aquellas que se encuentren en estrecha relación. No olvidemos que lo que se declara abusivo no es el contrato en su conjunto, sino una cláusula de este contrato. Por decirlo de una manera gráfica, y haciendo un paralelismo metafórico con el artículo 1.196 del Código Civil, para que la compensación sea posible es necesario que las cláusulas sean «de la misma especie». Y, por otra parte, ésta es la posición más conforme con el carácter de «lista negra» de las cláusulas de la Disposición Adicional Primera LGDCU, que enumera una serie de cláusulas que en sí mismas son abusivas, sin posibilidad de sanación.

4. Finalmente, el artículo 10.bis.1.IV.fin LGDCU establece que también se tendrán en cuenta «las demás cláusulas de otro (contrato) del que éste dependa», como por ejemplo, una compraventa y un préstamo, o una compra-

(17) Si bien señala MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 960, que todavía existen muchas sentencias de audiencias que afirman que, si el servicio se presta en régimen de libre competencia, a pesar de tales pactos entre las empresas, las cláusulas no tienen carácter abusivo.

(18) Así lo ha señalado la SAP de Asturias de 14 de marzo de 2000 (AC 2000/879): «La situación es, además, claramente abusiva porque la legislación vigente impone la obligatoriedad al concertar este tipo de contrato».

(19) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 963.

venta y el contrato de mantenimiento de la máquina vendida. Tal relación de dependencia es interpretada en sentido amplio, al considerar que es posible que el contrato abusivo sea el principal, o también que ambos contratos estén en el mismo plano (20). Y, por otra parte, no es preciso que los contratos tengan las mismas partes contratantes, sino que es posible que el vendedor remita al comprador al contrato que celebró con el productor (21).

2.4. *La no incorporación al derecho español de la norma del artículo 4.2 de la Directiva. Deber de transparencia, control de precios y libre competencia*

La Directiva, en su artículo 4.2, establece que «*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*». El precepto, por tanto, sólo impone al profesional un deber de transparencia; si éste se cumple, el profesional tiene la libertad de definir unilateralmente tanto el objeto como el precio. Si éstos son abusivos —por ejemplo, por imponer un precio excesivo, o un objeto no adecuado a las necesidades de los consumidores—, será el propio mercado el que los castigará y el producto no se venderá; por ello, el objeto y el precio deberán ajustarse a las exigencias del mercado (22).

Ahora bien, para que este sistema funcione, hacen falta dos requisitos. Uno ya viene aludido por el artículo 4.2 de la Directiva: la transparencia de las cláusulas, con la finalidad de que el consumidor pueda conseguir un conocimiento preciso de las diferentes ofertas que se le presentan en el mercado y seleccionar la que más le convenga. El segundo requisito, del que la Directiva parece olvidarse, es que efectivamente estemos ante un sistema de libre competencia. Si la situación es de monopolio, o cuasi monopolio, y por tanto desaparece la facultad de elección, es evidente que

(20) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pág. 763.

(21) MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 964.

(22) En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 110, afirma que «*el equilibrio objetivo de las prestaciones —la justicia del precio— es una cuestión metajurídica que viene determinada por la oferta y la demanda. Es la competencia y no el derecho la que garantiza el equilibrio del precio y la contraprestación, también en los contratos predispuestos, a pesar de la ausencia de negociación y del desigual poder económico de las partes, no estando justificada por la predisposición o por la desigualdad económica de las partes, una valoración de la justicia del precio y de su relación con la contraprestación al margen del mercado*».

el abuso puede existir, y por tanto debería poder existir un control sobre tales cláusulas.

La Ley española, a diferencia de lo que hacía el Proyecto de LCGC de 1997, no ha incorporado la norma del artículo 4.2 de la Directiva (23). A pesar de ello, la mayoría de la doctrina española considera que no es posible llevar a cabo un control de precios en los contratos no negociados con los consumidores, por los siguientes argumentos (24):

1. Un control del equilibrio entre precio y contraprestación es contrario a la Directiva. Se afirma que no es argumento alegar que la Directiva sea de mínimos, dado que los legisladores nacionales no pueden alterar sustancialmente el modelo comunitario.

2. Un control de precios resulta incompatible con el artículo 38 CE, que consagra un régimen de economía de mercado (25). Supondría introducir en el ordenamiento español el concepto de «justo precio» y de «lesión *ultradi-midium*».

(23) En el artículo 10.bis.1.5 LGDCU del Proyecto de 1997 se decía que: «*Tal apreciación (la del carácter abusivo de una cláusula) no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible*». Se trasponía, por tanto, el artículo 4.2 de la Directiva. La supresión de tal norma se produjo a instancias del Grupo Parlamentario IU (Enmienda núm. 71, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 78-6, de 23 de octubre de 1997), con la siguiente motivación: «*El objeto principal y el precio pueden ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30 por 100. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores y usuarios*». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, pág. 63, señala que tal aprobación parece que se produjo a raíz de un error parlamentario en la votación.

Tampoco se ha incorporado este artículo en la Ley francesa de implementación de la Directiva, al considerarse en el país vecino que la fijación del precio depende más de la libre competencia de mercado que de la negociación de las partes; véase al respecto VIGNERON, «*The implementation of the standard contract terms Directive in France*», ponencia presentada en el Congreso *Standard contract terms in Europe*, cit.

(24) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *ob. cit.*, pág. 63. En esta misma línea, ALFARO ÁGUILA-REAL, «*Protección de los consumidores y Derecho de los contratos*», *ADC*, 1994, págs. 305-323, y MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 990, quien señala que si bien la Directiva es de mínimos y, en consecuencia, cada Estado puede aumentar el grado de protección del consumidor, «*ello sólo puede hacerse dentro del respeto al Tratado*». En sentido contrario, DUQUE DOMÍNGUEZ, «*Las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*», en NIETO CAROL (Coord.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 485 y 486.

(25) En este mismo sentido se han manifestado la doctrina alemana y la portuguesa, que consideran que una previsión de este tipo iría en contra del régimen de economía de mercado consagrado en sus respectivas Constituciones; véase PINTO OLIVEIRA, «*Implementation and Interpretation of the Directive in Portugal*», y GUDULA DEIPENBROCK, «*The implementation of the Standard contract terms Directive in Germany*», ponencias presentadas en la citada Conferencia *Standard contract terms in Europe*.

En nuestra opinión, todo dependerá de si funciona o no el sistema de libre competencia. Si funciona, el propio mercado eliminará los precios abusivos y los objetos inapropiados. El panadero que únicamente quiera vender barras de pan de un kilogramo, rápidamente deberá desistir de tal pretensión si no quiere tener que cerrar su negocio en el caso en que sus competidores ofrezcan tamaños más adecuados a las pretensiones del consumidor. Ahora bien, si en una determinada zona todas las panaderías son regentadas por una misma cadena, sí podría tener carácter abusivo el objeto o el precio del contrato.

Hemos llegado a la conclusión, por tanto, que, salvo en situaciones de monopolio, un precio excesivo no determina el carácter abusivo de una cláusula. Ahora bien, si el precio fuese reducido, ¿sería ello una circunstancia relevante a la hora de excluir tal carácter abusivo? (26). Consideramos que si estamos ante una de las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera, el precio es irrelevante, de manera que si, por ejemplo, se imponen renunciaciones o se limitan los derechos del consumidor (cláusula núm. 14), tal cláusula será nula, aunque a cambio de tal renuncia se fije un precio muy reducido. Y si la cláusula no se encuentra dentro del listado de la Disposición Adicional Primera, y para apreciar la abusividad debemos acudir a la cláusula de equilibrio, un precio reducido tampoco podrá compensar el desequilibrio provocado, por ejemplo, por la privación al consumidor de derechos que por Ley le corresponden, dado que, a pesar de que, conforme al artículo 10.bis.1.IV LGDCU, el carácter abusivo se apreciará teniendo en cuenta «todas las demás cláusulas del contrato», el elemento sistemático debe referirse a cláusulas relativas al mismo aspecto del contrato.

(26) La doctrina española está dividida. MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 962, entiende que no influye: «El precio no debe operar como circunstancia justificadora de desequilibrio de derechos y obligaciones en condiciones generales o cláusulas predispuestas... No debe tenerse en cuenta el precio para justificar desequilibrios en los derechos y obligaciones que deriven de condiciones generales o cláusulas predispuestas, porque o no hay relación alguna entre el precio y ese desequilibrio o, si la hay, es como si se hubiera negociado la cláusula. En el primer caso la cláusula es abusiva sin que importe el precio; en el segundo la cláusula no es abusiva porque se ha negociado». En cambio, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pág. 764, señala que el precio será una de las «circunstancias concurrentes» que habrá de tenerse en cuenta a la hora de apreciar el carácter abusivo de la cláusula, y lo expresa con una ilustración bien clara: «Es evidente que, de acuerdo con la buena fe que respalda la sanción de las cláusulas abusivas, no pueden esperarse legítimamente los mismos derechos si se paga 10 o si se paga 1.000 por el mismo bien o servicio... En principio, ese consumidor ideal con capacidad negociadora y debidamente informado estará dispuesto a renunciar a algunos derechos o a asumir algunas obligaciones a cambio de un mejor precio...».

III. CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. LA RELACIÓN ENTRE LA CLÁUSULA DE EQUILIBRIO Y EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El Anexo 1 de la Directiva, en relación con su artículo 3.3, contiene una *«lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas»*. En el § 17 del Preámbulo se dice que *«a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o formulaciones restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas»*. Por tanto, a la vista de la Directiva, el Legislador español, a la hora de transponerla, tenía varias opciones:

1. Reproducir tal fórmula y lista.
2. Reproducir la fórmula y ampliar o reducir la lista de cláusulas que podían ser declaradas abusivas.
3. Prescindir del listado de cláusulas.
4. Alterar la fórmula, reduciendo, conservando o ampliando la lista de cláusulas.

De todas estas posibilidades, el Legislador español optó por la última de ellas: no sólo modificó —ampliando— el listado de cláusulas abusivas, sino que alteró el significado de tal listado: ya no estaremos ante un conjunto de cláusulas que «pueden» ser declaradas abusivas, sino que tales cláusulas «tendrán el carácter» de abusivas (27). El sistema utilizado por el Legislador español presenta las siguientes características:

1. Se amplía, como hemos dicho, con respecto a la Directiva, el número de cláusulas abusivas.
2. La novedad más importante con respecto a la Directiva es el distinto carácter que tiene el listado de cláusulas abusivas. En la Ley española no ocurre, como en la Directiva, que tales cláusulas «pueden ser declaradas abusivas», sino que tales cláusulas son siempre abusivas. Así se deduce tanto del artículo 10.bis.1 LGDCU —*«en todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional*

(27) En el § 10 del Preámbulo de la LCGC se hace una mala interpretación de la Directiva, al afirmarse que: *«En el artículo 10 bis y en la Disposición Adicional Primera de la misma Ley, que lo desarrolla, se han recogido las cláusulas declaradas nulas por la Directiva y además las que con arreglo a nuestro Derecho se han considerado claramente abusivas»*. La Directiva no declara nulas tales cláusulas —cosa que sí hace la Ley española— sino que, como hemos dicho, las rodea de una cierta sospecha.

de la presente Ley»—, como de la propia Disposición Adicional Primera —«tendrán el carácter de abusivas...»—. Por tanto, estas cláusulas serán abusivas hayan sido negociadas individualmente o no (28), y con independencia de que se produzca una situación de «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (29). Ciertamente es que en la mayoría de los casos las cláusulas de la Disposición Adicional Primera LGDCU producirán tal desequilibrio, pero si, por el motivo que sea —por ejemplo, por ponerlas en relación con otras cláusulas del contrato—, este desequilibrio no se produce, la cláusula será igualmente nula, siendo de aplicación el artículo 10.bis.2 LGDCU respecto a la facultad integradora del juez.

3. Señala el Preámbulo de la LCGC que, al igual que ocurre en la Directiva, el listado es enunciativo, no exhaustivo (30), lo que corrobora la propia Disposición Adicional Primera LGDCU cuando dice que «al menos» serán abusivas las cláusulas que en el mismo se relacionan. Ahora bien, esta afirmación, que como decimos guarda un paralelismo con la de la Directiva, requiere una matización. En la Directiva, el carácter «indicativo y no exhaustivo» del listado es correcto si se tiene en cuenta que se refiere a «cláusulas que pueden ser declaradas abusivas». Para ser abusivas deberán cumplir los requisitos del artículo 3.1 de la Directiva. El listado supone una serie de ejemplos a la regla general del artículo 3.1: hay una relación de conformidad entre listado y regla general. En cambio, la Ley española rompe con tal relación de conformidad. El listado ya no es una confirmación del artículo 10.bis.1 LGDCU, sino una excepción: estamos ante una serie de cláusulas que, cumplan o no cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1, serán abusivas. Ciertamente es que, por lo general, las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU cumplirán tales requisitos y, por tanto, ya se considerarán abusivas conforme a la cláusula general del artículo 10.bis.1 LGDCU; ahora bien, en caso que, por alguna circunstancia, no los cumplan, serán igualmente abusivas por encontrarse dentro del listado. Por ello, la lista de la Disposición Adicional Primera no es, en principio,

(28) En contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *ob. cit.*, pág. 769, quien entiende que es requisito esencial incluso de las cláusulas del listado, que no hayan sido negociadas individualmente. Si la cláusula se ha negociado individualmente, BERCOVITZ considera que, por definición, tal cláusula no es abusiva, y queda fuera del listado.

(29) Según señala MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 954, la noción de equilibrio únicamente influirá, respecto al listado de cláusulas, para descifrar una serie de conceptos indeterminados que aparecen en el listado (por ejemplo: «plazos excesivamente largos», «plazos insuficientemente determinados», «razones o motivos válidos», «motivos graves», «indemnización desproporcionadamente alta»).

(30) Dice el Preámbulo VIII-5 que se hace una «enumeración enunciativa» de las cláusulas abusivas, lo que aparece corroborado en la Disposición Adicional Primera, cuando dispone que tendrán el carácter de abusivas «al menos», las cláusulas señaladas.

susceptible de ampliación. En consecuencia, habrá dos tipos de cláusulas abusivas: las que se encuentran en el listado de la Disposición Adicional Primera, que serán abusivas en todo caso, es decir, aunque no cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1; y aquellas que, no hallándose en el listado de la Disposición Adicional Primera, cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1 LGDCU.

Cuestión distinta es si, por vía de analogía, pueden incluirse en la lista de la Disposición Adicional Primera, cláusulas no contempladas expresamente en la misma. Aunque no lo descartamos, consideramos que se debe ser prudente y admitir la analogía únicamente en casos en que la identidad de razón sea muy evidente, máxime si tenemos en cuenta que todavía existiría la posibilidad de declarar abusiva la cláusula en cuestión conforme a la regla general de equilibrio del artículo 10.bis.1 LGDCU.

4. La falta de relación de conformidad entre la cláusula de equilibrio y el listado de cláusulas abusivas puede motivar que una cláusula incluida en la lista sea declarada nula, a pesar de no vulnerar la cláusula de equilibrio. Ciertamente es que, como se ha dicho, las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU producirán generalmente un desequilibrio, y se considerarían abusivas aunque no estuviesen incluidas en la lista. Ahora bien, recordemos que el artículo 10.bis.1.IV LGDCU dice que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará, entre otras circunstancias, atendiendo a las demás cláusulas del contrato; estas otras cláusulas pueden «sanar» o compensar —con los límites antes señalados— el carácter abusivo de una cláusula. Pero si la cláusula se encuentra dentro de la «lista negra», esta «sanación» ya no es posible, con lo que podrá ocurrir que la tarea del Juez no sea apreciar la nulidad de una cláusula —al encontrarse en la «lista negra»—, sino restablecer el equilibrio roto por la nulidad de la cláusula abusiva incluida en el listado.

5. Por ello, en muchas ocasiones la labor del Juez no se simplificará, sino que se complicará. Si bien la nulidad de la cláusula le vendrá dada *ex lege*, por lo que no tendrá que valorar si se produce o no un desequilibrio, le quedará la más complicada tarea de «reequilibrar» el contrato. Sin olvidar que el listado de cláusulas contiene en muchos casos conceptos jurídicos indeterminados (31), en los que sí tendrá que entrar, además del arbitrio del Juez, el concepto de equilibrio.

(31) Por ejemplo, en el número 1, en el que se alude a un plazo «excesivamente largo», o «insuficientemente determinado», expresiones que requieren una valoración por parte del Juez.

2. LA JUSTIFICACIÓN DEL LISTADO

Conforme a lo que acabamos de señalar, el sistema de «lista negra» establecido por el Legislador español puede originar un conflicto con la cláusula general del artículo 10.bis.1 LGDCU, conflicto que se resuelve a favor de la «lista negra» —dado que por el hecho de que una determinada cláusula se encuentre en la «lista negra» ya tiene carácter abusivo, haya o no desequilibrio—. Ello nos lleva a buscar cuáles son los motivos que han llevado al Legislador español a apartarse del sistema de la Directiva. Podrían apuntarse varias razones:

1. Primera, que de esta manera se favorece la seguridad jurídica y la función interpretativa del Juez, dado que, aparentemente, es mucho más sencillo apreciar si una determinada cláusula forma o no parte de la «lista negra», que averiguar si se vulnera o no la cláusula general de equilibrio (32).

2. Y, en segundo lugar, tal listado tiene una función preventiva. Si existe una «lista negra» de cláusulas abusivas, y si el predisponente sabe que esta cláusula será nula, exista o no desequilibrio, difícilmente impondrá tal cláusula en el contrato (33).

En definitiva, la conclusión a la que llegamos es que el sistema de «lista negra» seguido por la Ley española puede dejar con muy poca aplicación la cláusula de equilibrio, dado que la mayoría de cláusulas que cumplan los requisitos del artículo 10.bis.1 LGDCU ya vendrán enumeradas en la Disposición Adicional Primera.

IV. EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

En la Disposición Adicional 1.^a LGDCU se contiene la relación de cláusulas abusivas, que expondremos siguiendo la sistemática de la Ley, la cual agrupa las cláusulas en función de distintos criterios.

(32) No obstante, como se ha dicho, la labor interpretativa del Juez será precisa en muchos casos ante la existencia de conceptos jurídicos indeterminados.

(33) Un control de los contratos con condiciones generales no se ha conseguido con el registro de condiciones generales, creado por el artículo 11 LCGC. La función del Registro es difundir los clausulados de condiciones generales para facilitar su impugnación mediante el ejercicio de las acciones colectivas y difundir las sentencias para su aplicación por los jueces, pero el Registro no constituye un mecanismo de control de la validez de tales condiciones. Véase al respecto DE SALAS MURILLO, «Aproximación al nuevo Registro de condiciones generales de la contratación», *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 41, págs. 2471-2488.

A) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR VINCULAR EL CONTRATO A LA VOLUNTAD DEL PROFESIONAL

El primer grupo de cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU son consideradas abusivas porque vinculan el contrato a la voluntad del profesional, lo que ya atenta contra el artículo 1.256 del Código Civil —que prohíbe dejar la validez y el cumplimiento de los contratos en manos de un solo de los contratantes—, y contra algunas de las previsiones establecidas en el Anexo 1 de la Directiva.

1. *Cláusulas abusivas por reservar al profesional un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual, o para satisfacer la prestación debida, o que prevean una prórroga obligatoria sin conceder al consumidor un plazo suficiente para oponerse*

En el número 1 de la Disposición Adicional Primera se hace referencia a tres tipos de cláusulas abusivas, de las que sólo la última de ellas está contemplada en el Anexo 1 de la Directiva:

- a) Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual. El precepto, que tiene su origen en el derecho alemán (34), presenta el problema de que en el Derecho español la oferta unilateral no tiene carácter vinculante, salvo que así lo establezca la ley o la voluntad expresa de su autor. Por tanto, la justificación de tal regla no debe encontrarse en la falta de reciprocidad que supondría que el consumidor se hallase unilateralmente vinculado a su oferta, sino en la situación de incertidumbre en que el consumidor se puede encontrar si el profesional no contesta, ni afirmativa ni negativamente, tal oferta (35). Para evitar tal incertidumbre, y posibilitar que, en caso que el profesional no acepte la oferta, el consumidor pueda dirigirse a otros profesionales, la Ley exige que el plazo no sea «excesivamente largo» o «insuficientemente determinado». Estamos, por tanto, ante conceptos jurídicos indeterminados, que deberán ser perfilados por doctrina y jurisprudencia conforme a las exigencias de la buena fe [arts. 1.258 del Código

(34) Concretamente, como ha puesto de manifiesto DURANY PICH, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 981, se trata de un precepto traducido literalmente del § 10.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación alemana.

(35) En este sentido, CÁMARA ÁGUILA, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 837.

Civil, 10.1.c) y 10.bis.1.I LGDCU], los usos y la ley (art. 1.258 del Código Civil), y que podrán ser diferentes en función del negocio de que se trate; un mismo plazo podrá ser «excesivamente largo» en un determinado negocio, pero adecuado en otro (36). Y un plazo será «insuficientemente determinado» cuando se encuentre en función de circunstancias que, directamente o indirectamente, dependan del profesional, y que el consumidor no pueda conocer *a priori*. No se trata de que el profesional se reserve un plazo excesivo, sino que el consumidor desconoce cuál será el plazo (por ejemplo, cuando se establezca en una cláusula que «el plazo empezará a correr a partir de la inspección realizada por los técnicos del profesional» sin que se fije ningún plazo para llevar a cabo dicha inspección, o «la empresa contestará en cuanto pueda», o «lo antes posible») (37).

- b) Son también abusivas las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para satisfacer la prestación debida. En este caso la incertidumbre ya no afecta a la perfección del contrato, sino al cumplimiento de la prestación por parte del profesional. El carácter abusivo no deriva de la falta de reciprocidad en el cumplimiento de la obligación (cláusula abusiva condenada por el núm. 15), sino del hecho que el consumidor no sólo no podrá exigir el cumplimiento del contrato de manera inmediata, sino que, o bien no se sabe cuándo se producirá el cumplimiento (por ejemplo, la realización de la operación «cuando el volumen de trabajo del profesional se lo permita»), o bien aquél tendrá lugar en un plazo demasiado largo. Al igual que en el caso anterior, estamos ante conceptos jurídicos indeterminados que deberán ir siendo precisados por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia.
- c) Y, por último, el número 1 declara abusivas las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo. Se transpone el Anexo 1.h) de la Directiva, que prevé que puedan ser declaradas abusivas aquellas cláusulas que tengan por efecto *«prorrogar automáticamente un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, cuando se ha fijado una fecha límite demasiado lejana para que el consumidor*

(36) Debe tratarse de un «plazo razonable»; la STS de 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8963) consideró que después de seis años de una oferta irrevocable para la adquisición de un inmueble, tal oferta podía ser revocada (DURANY PICH, *ob. cit.*, pág. 984).

(37) Véase CÁMARA ÁGUILA, *ob. cit.*, pág. 839.

exprese su voluntad de no prorrogarlo». No es posible fijar *a priori* un plazo general para todos los contratos, sino que la abusividad deberá apreciarse en cada caso atendiendo a circunstancias como la duración del contrato (por ejemplo, no es lo mismo establecer un plazo de 90 días para un contrato que ha durado cinco años, que para otro de un año), o la fijación de un plazo por la Ley.

2. *Cláusulas abusivas por conceder unilateralmente al profesional una facultad de interpretación, modificación o resolución del contrato*

En el número 2 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se enumeran una serie de cláusulas que se consideran abusivas porque dejan que el contrato, o alguno de sus aspectos, quede en manos del profesional:

- a) Es abusiva la reserva a favor del profesional de la facultad de interpretar unilateralmente el contrato. Se transpone el Anexo 1.m.fin de la Directiva, que prevé que puede ser declarada abusiva la cláusula que confiere al profesional *«el derecho exclusivo a interpretar una cualquiera de las cláusulas del contrato»*. El carácter abusivo de tal cláusula viene determinado por varias razones. Primeramente, porque supone introducir un grado de arbitrariedad en el contrato a favor del profesional, en contra del artículo 1.256 del Código Civil. Y, en segundo lugar, porque esta arbitrariedad se establece a favor de quien ha redactado el contrato, que es quien ha originado por tanto la duda interpretativa. Resultaría inadmisibles que quien hubiese causado tal duda sea el encargado de resolverla, dado que ello podría suponer la facultad de configurar a su antojo el contenido del contrato, contraviniendo las más elementales exigencias de transparencia. Se podría estar vulnerando el artículo 1.288 del Código Civil, que prohíbe que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato pueda beneficiar a quien ha causado la oscuridad (el profesional) (38).
- b) Es asimismo abusiva la cláusula que reserve al profesional la facultad de modificar unilateralmente el contrato, sin motivos válidos especificados en el mismo (39). La norma tiene su precedente directo en la

(38) Por otra parte, la doctrina no admite la posibilidad de que puedan existir unos *«válidos motivos especificados»* en el contrato que puedan justificar, a favor del profesional, la reserva de la facultad de interpretarlo, al entender que tal inciso se refiere exclusivamente a la facultad de modificación unilateral del contrato; véase FERRER RIBA, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 993, y ÁLVAREZ OLALLA, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 856.

(39) Y en los números 7 y 24 de la D. A. Primera se contienen cláusulas que suponen también una modificación unilateral del contrato por parte del profesional (concretamente, se produce un aumento de precio).

cláusula j) del Anexo de la Directiva (40), y su justificación es evidente: evitar que el consumidor quede vinculado a un contrato en el que las condiciones le resultarán, previsiblemente, más onerosas a consecuencia de la modificación impuesta por el profesional, contraviniendo el artículo 1.256 del Código Civil. Tenga o no carácter imperativo dicho precepto, lo que nos parece claro es que prohíbe la arbitrariedad impuesta por el profesional frente al consumidor (41). En cualquier caso, la Ley admite la validez de tal cláusula si existe un motivo lícito que la justifique. FERRER RIBA (42) exige para tal validez que se produzca un reajuste equilibrado del contrato, y que una renegociación bilateral sea imposible o demasiado costosa (43).

Como supuestos de cláusulas que pueden quedar afectadas por tal regla, la doctrina cita, entre otras, las siguientes (44):

- Las que facultan al profesional para entregar otro producto diferente, ya sea respecto a su naturaleza, sus características (45), calidad o cantidad, o persona que haya de realizar la obra o prestar el servicio. Se trata de un tipo de cláusulas muy habituales en ciertos contratos, como por ejemplo en el ámbito de la construcción —el contratista pretende reservarse la facultad de modificar el precio por la aparición de trabajos imprevistos— o en el turístico —cuando el organizador se vea obligado a modificar alguna característica del viaje combinado— (46).

(40) Que considera que pueden ser abusivas las cláusulas que autoricen «*al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo*». Asimismo, el Anexo 1.k) de la Directiva señala que pueden declararse abusivas las cláusulas que autoricen «*al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar*».

(41) Véase ÁLVAREZ OLALLA, *ob. cit.*, pág. 857 y sigs.

(42) *Ob. cit.*, pág. 1002.

(43) La jurisprudencia se ha referido en diversas ocasiones a este tipo de cláusulas. Entre ellas, la STS de 4 de diciembre de 1998 (RJ1998/8788) se refería a un supuesto en que la empresa constructora se había reservado la facultad de realizar modificaciones en el proyecto inicial del edificio, si se cumplían ciertos requisitos. La modificación que se realizó fue la de sustituir los radiadores por otros de inferior calidad. El TS consideró abusiva esta cláusula, señalando que no eran admisibles «*aquellas variaciones que no supongan, en puridad, más que una reducción de la calidad de los materiales*».

(44) FERRER RIBA, *ob. cit.*, págs. 995-1000.

(45) Se hace referencia implícita, por tanto, a la cláusula k) del Anexo 1 de la Directiva, que no ha sido objeto de transposición expresa.

(46) La Ley española de viajes combinados reconoce en sus artículos 8 y 10 la facultad de modificación unilateral del contrato, pero en este caso el consumidor podrá resolver el mismo y exigir la indemnización de daños y perjuicios si la modificación no fue debida a causas de fuerza mayor.

- Las cláusulas que permitan variar los elementos accidentales del contrato —plazos de ejecución de la prestación y de vencimiento de la obligación (provocando, por ejemplo, un vencimiento anticipado), periodicidad, condiciones—, el lugar o el modo de cumplimiento (por ejemplo, llevar a cabo un cumplimiento por plazos).

Ahora bien, siguiendo lo establecido en el Anexo 2.b) de la Directiva, en el apartado 2.º del número 2 de la Disposición Adicional Primera se admite la validez de ciertas cláusulas de modificación de algún elemento del contrato cuando éste se refiera a la prestación de servicios financieros. En primer lugar, son válidas las cláusulas en las que el prestador de servicios se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés, así como el importe de ciertos servicios financieros, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que exista una razón válida para ello, o que el interés o el importe de tales servicios se encuentre adaptado a un índice legal y se describa el modo de variación del tipo; que el profesional informe inmediatamente al consumidor de tal modificación; y que el consumidor, ante tal modificación, tenga el derecho de rescindir el contrato. Y, tratándose de un contrato de duración indeterminada, el prestador de servicios financieros podrá modificar unilateralmente el contrato si informa al consumidor con una antelación razonable, y éste tiene la facultad de resolver el contrato.

- c) En tercer lugar, también tiene carácter abusivo la reserva a favor del profesional de la facultad de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce esta misma facultad (47). Ahora bien, la incorporación de esta cláusula al ordenamiento español ha sido discutida, dado que la concesión de la facultad de resolución con carácter recíproco no excluye la idea de desigualdad, que tendrá lugar cuando la facultad de desistimiento ya venga reconocida por Ley al consumidor, o porque la utilidad sea mucho menor para el mismo. No debemos perder de vista que, en la contratación en masa, al profesional poco le importa que un consumidor resuelva un contrato, mientras que para éste sí podría resultar muy perjudicial la resolución impuesta por el profesional. Y, en este sentido, un sector de la doctrina ha considerado que en el mundo bancario el derecho de desistimiento conferido al banco no puede ser compensado por la concesión del mismo derecho al consumidor,

(47) Esta cláusula está recogida asimismo en el núm. 17.pr. Disp. Ad. 1.ª LGDCU, transponiendo la cláusula 1.f) del Anexo A de la Directiva.

debido a las distintas consecuencias que para uno y otro produce dicha extinción (48).

- d) Por último, la Disposición Adicional Primera 2.I.fin LGDCU establece la abusividad de la cláusula en virtud de la cual el profesional se reserve la facultad de resolver, en un plazo desproporcionadamente breve, o sin previa notificación con antelación razonable, un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo. Si el contrato es por tiempo indefinido, las partes tienen el derecho a desistir del mismo, a pesar de que no venga recogido expresamente en el contrato. Aunque no existe en el Derecho español ningún precepto de carácter general que recoja explícitamente este derecho de desistimiento, así lo entiende la doctrina (49), la jurisprudencia (50), y así lo establece algún precepto concreto como, por ejemplo, el artículo 1.705 del Código Civil respecto al contrato de sociedad civil. Ahora bien, es generalmente admitido por la doctrina que dicho derecho de desistimiento deberá ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe (arts. 7 y 1.258 del Código Civil). Por ello, resulta adecuado que el Anexo 1.g) de la Directiva establezca que el ejercicio de tal derecho se haga dando un preaviso en un plazo razonable, a no ser que existan unos «motivos graves» que justifiquen lo contrario.

En cuanto a la Ley española, en su particular transposición de la Directiva, ha hecho alguna matización. Por una parte, señala que los «motivos graves» se deben referir necesariamente a la alteración de las circunstancias que motivaron la celebración del contrato. En segundo lugar, considera que el incumplimiento del contrato legitima la facultad de resolución anticipada. Y, por último, habla de un «plazo desproporcionadamente breve» —otro concepto impreciso—, expresión con la que no hace referencia al preaviso, sino a un plazo mínimo que debe transcurrir desde la celebración del contrato hasta el desistimiento (51); es decir, todo contrato, aunque se haya celebrado por tiempo indefinido, debe tener un período mínimo de vigencia, de manera que sólo podrá ser rescindido por incumplimiento o por «motivos graves».

(48) MARTÍNEZ SANZ y JUAN Y MATEU, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1014.

(49) MARTÍNEZ SANZ y JUAN Y MATEU, *ob. cit.*, pág. 1019.

(50) Entre otras, la STS de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988/2224).

(51) En este sentido, MARTÍNEZ SANZ y JUAN Y MATEU, *ob. cit.*, pág. 1020.

Finalmente, debe señalarse que, conforme al último inciso de la Disposición Adicional Primera 2.II, y conforme al Anexo 2.a) de la Directiva, el prestador de servicios financieros podrá, en caso de «razón válida», rescindir unilateralmente sin previo aviso un contrato de prestación de servicios financieros de duración indefinida, con la condición de que informe inmediatamente de ello a los demás contratantes.

3. *Cláusulas abusivas por vincular de manera incondicionada al consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o por imponer al consumidor una indemnización desproporcionadamente alta en caso de incumplimiento de sus obligaciones*

En el número 3 de la Disposición Adicional Primera se agrupan dos cláusulas abusivas bien diferentes, dado que una parte del supuesto en que se haya producido un incumplimiento del profesional, y otra de que este incumplimiento sea del consumidor:

- a) En primer lugar, se considera abusiva la vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones. No existe ninguna cláusula con la misma redacción en el Anexo de la Directiva; si bien podría entenderse que tiene su origen en el Anexo 1.o) —que considera abusiva la cláusula que obligue al consumidor «a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas»—, lo cierto es que tal cláusula aparece transpuesta con más fidelidad en el número 15 de la Disposición Adicional Primera. La cláusula considerada abusiva niega al consumidor la facultad de rescindir el contrato en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del profesional, por lo que implica, además de negar la facultad de resolución por incumplimiento de la otra parte, que el consumidor sigue obligado a cumplir con su obligación. Se infringe con ello el artículo 1.124 del Código Civil, y también los artículos 4 y siguientes de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en los Bienes de Consumo, que, en caso de falta de conformidad del bien, concede al consumidor la facultad de resolución del contrato, si no se ha podido obtener la reparación o la sustitución del producto. En cualquier caso, se trata, como decimos, de una cláusula reiterativa, y por tanto innecesaria, que se contempla también en el número 15, así como en el número 12, y también de manera implícita en el número 9.

b) Y, reproduciendo casi de manera literal el Anexo 1.e) de la Directiva, también se considera abusiva la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones. Estamos ante la imposición de una cláusula penal de cuantía excesiva, y esta cuantía desproporcionada, y no la falta de reciprocidad, es lo que hace que tal cláusula se considere abusiva.

Tengamos presente que, de acuerdo con la teoría general del artículo 1152.1 del Código Civil, la cláusula penal tiene como misión evaluar por anticipado los daños y perjuicios que el incumplimiento puede producir a las partes. Ello podría dar lugar a la imposición al consumidor de una pena excesivamente alta, peligro que es dudoso evite el artículo 1.154 del Código Civil, dado que su tenor literal permite únicamente la modificación de la pena por el Juez en caso de cumplimiento parcial o defectuoso («*cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*»). Con la disposición del número 3, se evita para el consumidor el peligro que le supone la imposición por el profesional de penas abusivas en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Observemos que, nuevamente, se plantea el problema de la imprecisión del concepto utilizado para determinar la abusividad: «indemnización desproporcionadamente alta». La proporcionalidad deberá establecerse entre los daños y perjuicios sufridos por el profesional y la cuantía de la pena. Conforme a ello, señala QUICIOS MOLINA que la valoración de la proporción o desproporción no debe ser anticipada, sino que la abusividad o no de la cláusula deberá decidirse después del incumplimiento (52). Ahora bien, según nuestra opinión, ello no debe obstar a que puedan declararse abusivas aquellas penas que ya *a priori* se observe que resultan desmesuradas.

4. *Cláusulas abusivas por supeditar el cumplimiento de las prestaciones del profesional a una condición que dependa de su voluntad, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso en firme*

En el número 4 de la Disposición Adicional Primera se considera abusiva la cláusula en virtud de la cual, existiendo vinculación por parte del consumidor, el profesional sujeta el cumplimiento de su prestación a una condición que dependa de su voluntad, como por ejemplo cuando se establezca que: «El contrato sólo será válido si es posteriormente firmado por el profe-

(52) QUICIOS MOLINA, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 901.

sional» (53). El precepto se inspira en el Anexo 1.c) de la Directiva («prever un compromiso en firme del consumidor, mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad»), y no supone otra cosa que reiterar el carácter abusivo de aquellas cláusulas que supongan una vinculación unilateral del consumidor. Resulta obvio que la suerte de la obligación no puede depender de que el profesional quiera cumplir o no (arts. 1.115 y 1.256 del Código Civil); en cualquier caso, el precepto merece algunas consideraciones:

1.^a A diferencia de lo que ocurre en el artículo 1.115 del Código Civil —que en el caso de que el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor se declara no la nulidad de la condición, sino de la obligación—, la abusividad de la cláusula recogida en el número 4 determinará, por aplicación del artículo 10.bis.2 LGDCU, que tal condición se tendrá por no puesta (54).

2.^a Mientras en el artículo 1.115 del Código Civil la nulidad no depende de la falta de reciprocidad, sino del hecho de quedar al arbitrio de una de las partes, del número 4 parece desprenderse que si no hay tal «compromiso firme» por parte del consumidor, la cláusula no será abusiva. Ahora bien, como observa SEUBA TORREBLANCA (55), si el consumidor no está vinculado, y el profesional tampoco (de su voluntad depende el cumplimiento de la condición), en realidad no existe contrato.

3.^a Existen una serie de supuestos en los que la Ley reconoce un derecho de desistimiento al consumidor (por ejemplo, en el art. 10 LDAT). En estos casos, a pesar de que el compromiso del consumidor «no es firme», y aunque no están incluidos dentro del supuesto del número 4, tal condición no es admisible conforme a la regla general de equilibrio del artículo 10.bis.1 LGDCU.

En todo caso, afortunadamente son muy extraños los casos en los que se impone una condición que dependa únicamente de la voluntad del profesional y que pueda llevar a un incumplimiento absoluto de la obligación.

(53) Si bien realmente éste es un supuesto que encaja mejor en el número 1 de la Disposición Adicional Primera LGDCU.

(54) Véase al respecto BERCOVITZ ÁLVAREZ, *ob. cit.*, pág. 919 y sigs.

(55) *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1042.

5. *Cláusulas abusivas por consignar fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional*

En el número 5 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva la cláusula en virtud de la cual el profesional consigna en el contrato una fecha de entrega meramente indicativa y condicionada a su voluntad. El carácter abusivo de tal cláusula —que no viene recogida en el Anexo de la Directiva— es conforme con lo establecido en el artículo 1128.2 del Código Civil, según el cual si el plazo queda a voluntad del deudor, los tribunales deberán fijar su duración.

6. *Cláusulas abusivas por excluir o limitar la obligación del profesional de respetar los compromisos adquiridos por sus representantes, o por supeditar tales compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades*

El número 6 de la Disposición Adicional Primera LGDCU condena por abusiva la cláusula que permite al profesional excluir o limitar los compromisos adquiridos por sus representantes, o supeditarlos al cumplimiento de determinadas formalidades. Supone la transposición del Anexo 1.n) de la Directiva, que considera abusivo «*restringir la obligación del profesional de respetar los compromisos asumidos por sus mandatarios o supeditar sus compromisos al cumplimiento de formalidades particulares*». Por tanto, se contemplan dos tipos de cláusulas abusivas:

- a) La cláusula que excluya o limite la obligación del profesional de respetar los compromisos adquiridos por sus representantes, en la que existiría vinculación para una de las partes —el consumidor—, pero no para el profesional, lo que iría de nuevo contra el artículo 1.256 del Código Civil. El acuerdo alcanzado por el representante que actúa en nombre del representado vincula a éste, y admitir la posibilidad de excluir o limitar tal vinculación supondría dejar en sus manos la eficacia del contrato, lo que no permite el citado artículo 1.256 del Código Civil. Por tanto, tal cláusula será abusiva, y en consecuencia nula, con independencia de que el consumidor conozca o no esta exclusión o limitación (56).
- b) El segundo inciso no está redactado de una manera muy clara. La duda que plantea es si se refiere exclusivamente al caso en que los

(56) Véase, no obstante, ALFARO y CAMPINS, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1063.

acuerdos hayan sido alcanzados por el representante del profesional, o si alcanza todos los casos, es decir, tanto si los acuerdos los ha cerrado el representante como el propio profesional (57). En el fondo, el problema que subyace es el de si las partes pueden pactar una forma determinada cuando la Ley no la exige. Tal posibilidad, discutible en la contratación ordinaria al amparo de los artículos 1.278 y siguientes del Código Civil, no se permite en las cláusulas predisuestas por el profesional, con independencia de si el cumplimiento de dichas formalidades depende exclusivamente del profesional o no.

7. *Cláusulas abusivas por permitir al profesional la fijación o modificación del precio*

En el número 7 de la Disposición Adicional Primera se consideran abusivas las denominadas «cláusulas de reserva de precio», en cuya virtud el precio lo determinará el profesional en el momento de la entrega del bien o la prestación del servicio, y las «cláusulas de adaptación del precio», que permiten al profesional modificar unilateralmente el precio final. El precepto supone la transposición del Anexo 1.1) —que considera abusivo «*estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato*»— y 2.d) de la Directiva, que exceptiona «*las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio*». Su fundamento, según señala EGEA FERNÁNDEZ (58), no se encuentra ni en el control de los precios, ni en la exigencia de que éstos sean justos, sino en garantizar la posición de igualdad jurídica del consumidor como parte contractual, conforme a las exigencias de la buena fe.

- a) En las cláusulas de reserva de precio no existe un precio acordado, sino que éste se deja en manos del profesional, que lo determinará en el momento de cumplimiento de la prestación. Ello atenta contra el

(57) Esta última es la opinión de ALFARO y CAMPINS, *ob. cit.*, pág. 1064, quienes citan la STS de 27 de enero de 1995 (RJ 1995/173), en la que, a pesar de haberse pactado en un contrato de obra que para cualquier modificación por ampliación se precisaba un consentimiento por escrito, se admitió la validez del consentimiento prestado en forma verbal, y se condenó al dueño de la obra a pagar el precio correspondiente al aumento de la obra una vez acreditado dicho consentimiento.

(58) *Comentarios Menéndez-Díez Picazo, cit.*, pág. 1070.

artículo 1.449 del Código Civil, según el cual el señalamiento del precio no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. A la reserva de precio se equipara la fijación de un precio orientativo, con la indicación de que el precio definitivo vendrá determinado por la lista oficial de precios del profesional vigente en el momento de entrega de la prestación (59). Sí se admitiría, en cambio, la cláusula en la que se determinase el módulo para el cálculo del precio, y su importe exacto debiese quedar fijado por el número de unidades utilizadas (por ejemplo, en la reparación del coche o de la calefacción, que se estableciese el precio de cada hora trabajada, pero sin determinarse el número de horas que serán necesarias para la reparación; ello, sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor a la elaboración de un presupuesto).

Al ser el precio un elemento esencial del contrato, se plantea el problema de las consecuencias de su indeterminación. Una primera opción sería aplicar la teoría general del contrato, y entender que el contrato no se ha perfeccionado al faltar un elemento esencial, por lo que no existiría contrato. Pero si, por el contrario, se aplica la normativa del artículo 10.bis LGDCU, no será nulo el contrato, sino la cláusula, con lo cual existiría un contrato al que le faltaría el precio, lo que requeriría acudir a la integración del contrato conforme a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258 del Código Civil), por ejemplo acudiendo al precio de mercado del bien o servicio (60). Esta segunda posibilidad parece ser la que más favorece al consumidor, a quien le interesa mantener el contrato.

Una buena parte de las cláusulas declaradas abusivas por la causa que analizamos se encuentran en el ámbito bancario, y concretamente se refieren al tipo de interés aplicable en los descubiertos en cuenta corriente. La SAP de Valladolid, de 3 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/1983) declaró abusiva una cláusula predispuesta de un contrato de cuenta corriente en la que el tipo de interés quedaba al arbitrio de la entidad crediticia; la cláusula estipulaba que: «*En todo caso los descubiertos devengarán a favor de la Caja el interés que en cada momento tenga comunicado la Caja al Banco de España para los descubiertos en cuenta corriente...*» (61).

- b) En cuanto a las cláusulas de adaptación del precio, debe partirse de la base de que para una modificación del precio inicialmente pactado

(59) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1072. Véase también CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 968 y sigs.

(60) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1074.

(61) Véase el comentario del § F.

se precisa la conformidad de ambos contratantes, vía novación modificativa del contrato. Pero una modificación unilateral no es admisible, conforme al artículo 1.256 del Código Civil.

El precio comprende todo lo que el consumidor debe satisfacer como contraprestación, incluyendo tanto los impuestos como las cantidades que se deriven de eventuales prestaciones adicionales (62). Ahora bien, quedan fuera de esta cláusula los aumentos de precio que deriven de la solicitud del consumidor de aumento de la prestación.

Atendiendo a la regla que ahora comentamos, son nulas las cláusulas en las que se prevea la adaptación automática del precio conforme a acontecimientos venideros que dependan de la voluntad del profesional; sí se admiten, en cambio —como dice expresamente el apartado 2 del núm. 7—, si se trata de unos índices que impliquen una garantía de objetividad para el consumidor (por ejemplo, «índices legales», o «valores de mercado», aludidos por otra parte en el Código Civil español, art. 1.448).

La SAP de Madrid, de 7 de junio de 1994 (*RJ* 1994/1155) no consideró abusiva la cláusula contenida en un contrato de pasaje aéreo en que se preveía la validez del billete por un año a contar desde la fecha de emisión —la cláusula disponía que «*la tarifa está sujeta a modificación antes de iniciarse el viaje*»—, dado que tal precio no lo fijaba unilateralmente el transportista, sino que requería aprobación del Ministerio. Por ello, la doctrina entiende que son válidas las cláusulas de aumento de los precios si éstos están sometidos a autorización (63).

La regla general es, por tanto, la de la nulidad tanto de las cláusulas de reserva como de adaptación del precio, salvo que la adaptación se haga conforme a unos índices legales. Ahora bien, la Ley prevé dos casos en los que tal estipulación o aumento no son considerados abusivos: cuando existan «razones objetivas» para ello, y cuando el consumidor tenga el derecho de rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado:

1. El número 7 parece dar a entender que, si existen tales «razones objetivas», la cláusula no es considerada abusiva, lo que infringe la Directiva, al no estar contempladas dichas «razones objetivas» en su Anexo 1.1) como circunstancia que excluye el carácter abusivo de la determinación o aumento unilateral del precio por el profesional. La interpretación literal de tal norma

(62) Véase la Cláusula 24.

(63) EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1079.

es que si el aumento o posterior estipulación del precio se debe a circunstancias «objetivas», la cláusula es válida, aunque no se reconozca al comprador el derecho de desistir del contrato. En cualquier caso, para la validez de la cláusula, tales circunstancias no deberían señalarse de manera «abstracta» —es decir, hablando simplemente de «causas objetivas»—, sino que deberían individualizarse, dando a conocer al comprador qué circunstancias podrían condicionar la determinación del precio. Y, si se dan tales «razones objetivas», la literalidad de la norma no permite, como decimos, que el comprador pueda rescindir el contrato, rescisión que, por otra parte, no es una salvaguarda de los derechos del consumidor, ya que a él lo que le interesará seguramente será la celebración del contrato.

2. Si en el contrato se establece la facultad del profesional de aumentar el precio (64), en el número 7 se admite la validez de tal cláusula si se reconoce al consumidor la facultad de rescisión del contrato, pero únicamente si el precio final resulta «muy superior» —otro concepto jurídico indeterminado— al inicialmente estipulado (65). Por tanto, la interpretación literal del precepto llevaría a la conclusión de que, si el incremento no es importante, el consumidor está obligado a soportarlo, sin facultad de resolución, existan o no razones objetivas que justifiquen tal incremento.

No obstante, consideramos que tal interpretación literal es, en ambos casos, inaceptable, de manera que, haciendo una interpretación sistemática del precepto, se debe llegar a las siguientes conclusiones:

1.^a La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien sólo se permite si existen «razones objetivas» para ello, y se concede al consumidor el derecho de rescindir el contrato en el caso que no esté conforme con dicho precio.

2.^a El aumento del precio no es abusivo si se basa en razones objetivas y, en el caso en que el incremento sea considerable, si se reconoce al consumidor la facultad de rescisión del contrato (66).

(64) Aunque la dicción literal del precepto dé a entender que se refiere tanto a la estipulación del precio, como al aumento, consideramos que es aplicable únicamente a este último supuesto, dado que en el caso de estipulación del precio en el momento de la entrega del bien no cabe el supuesto de «precio final muy superior al inicialmente estipulado», ya que inicialmente nada se ha estipulado.

(65) Por tanto, no se atiende a la adecuación del precio final al valor de mercado, sino a la cuantía del aumento respecto al precio fijado inicialmente.

(66) En este sentido, entiende EGEA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 1081 y sigs., que no es suficiente con que el aumento del precio no sea arbitrario, es decir, que no dependa de la voluntad del profesional; señala que una interpretación según la Directiva impide que se puedan trasladar al consumidor, sin más, los riesgos derivados de cualquier cambio de circunstancias, y pone por ejemplo que, aunque en sentido amplio pudiera catalogarse como razón objetiva, debe considerarse nula la estipulación predispuesta por la que el

8. *Cláusulas abusivas por conceder al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta o no a lo estipulado en el contrato*

En el número 8 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas las cláusulas que conceden al profesional el derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta o no a lo estipulado en el contrato. Se transpone la primera parte del Anexo 1.m) de la Directiva —que considera abusivo «conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa entregada o el servicio prestado se ajusta a lo estipulado en el contrato»—. El precepto, basado de nuevo en el principio de la prohibición de arbitrariedad en los contratos recogido con carácter general en el artículo 1.256 del Código Civil, considera abusivo que sea el profesional quien decida si ha cumplido o no correctamente con su obligación. Esta cláusula permitiría al profesional cumplir de cualquier forma, al ser él el encargado de apreciar si la prestación realizada es o no correcta (67). Esta facultad, conforme a las reglas generales, debería corresponder a ambas partes, y en caso de discrepancia, debería resolver el Juez.

B) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR SUPONER LA PRIVACIÓN DE DERECHOS BÁSICOS DEL CONSUMIDOR

En los números 9 a 14 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se enumeran una serie de cláusulas consideradas abusivas por suponer la privación de derechos básicos del consumidor.

9. *Cláusulas abusivas por excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del profesional*

En el número 9 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva la cláusula que excluya o limite, de forma inadecuada, los derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento, total o parcial, o cumplimiento defectuoso por parte del profesional. Se transpone el Anexo 1.b).pr. de la Directiva, que habla de «excluir o limitar de forma inadecuada».

profesional se reserva la facultad de aumentar el precio si los costes de producción se encarecen como consecuencia de una huelga o cualquier otra circunstancia ajena a su voluntad, por considerar lícita esta cláusula si se otorgara al consumidor la facultad de resolver el contrato.

(67) A la atribución de tal facultad al profesional se confiera que se atribuya a un empleado suyo.

cuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional». Tales «derechos legales del consumidor» son el de elegir entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, si el acreedor incumple, total o parcialmente, su obligación (art. 1.124 del Código Civil), así como el de exigir la reparación o sustitución del producto y, si ello no es posible, la resolución del contrato o una rebaja en el precio, en caso de cumplimiento defectuoso (arts. 4 y sigs. de la Ley sobre Garantías de los Bienes de Consumo) (68). Como decimos, será abusiva la exclusión o limitación, «de forma inadecuada», de tales derechos. Esta última expresión —«de forma inadecuada»—, hace que tal cláusula no siempre tenga la consideración de abusiva, y su imprecisión introduce una vía de entrada a la cláusula de equilibrio, en el sentido que, en última instancia, serán las circunstancias del artículo 10.bis.I LGDCU las que determinarán el carácter abusivo.

10. *Cláusulas abusivas por excluir o limitar la responsabilidad del profesional*

En el número 10 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva *«la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste»*. Se contemplan, por tanto, dos tipos de cláusulas abusivas:

- a) Las cláusulas que limiten o excluyan la responsabilidad civil del profesional por los daños, muerte o lesiones causados por una acción u omisión del profesional. Se transpone —con alguna modificación— el Anexo 1.a) de la Directiva —que habla de *«excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños*

(68) Tras dicha Ley, es superfluo el inciso segundo del número 9, que no se encuentra en la Directiva, conforme al cual se consideran abusivas *«las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultaren insatisfactorias»*.

físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional»—. Cabe hacer, al respecto, las siguientes precisiones:

- 1.^a La Directiva se refiere a la responsabilidad «legal» del profesional, mientras que en la Ley española desaparece la referencia a la Ley; con ello se da entrada a la responsabilidad establecida por la jurisprudencia (69).
 - 2.^a Mientras la Directiva habla solamente de «muerte o daños físicos», la Ley española contempla los «daños» en general, por lo que quedan incluidos los daños morales y los daños patrimoniales causados a bienes del consumidor (por ejemplo, por la explosión de una estufa).
 - 3.^a La Ley española habla expresamente de responsabilidad del profesional «en el cumplimiento del contrato», por lo que estamos ante una responsabilidad contractual.
 - 4.^a El carácter abusivo no solo de las cláusulas que excluyan, sino también de las que limiten la responsabilidad, hace que no puedan excluirse los daños producidos por dolo, y tampoco los originados por culpa. El precepto no implica que siempre deba responderse de los daños —no se responderá si se actuó diligentemente—, sino que no podrá alterarse el régimen legal de responsabilidad establecido en el artículo 1.101 del Código Civil (70).
 - 5.^a El hecho de que los daños sean causados por una «acción u omisión» del profesional, hace que se excluyan los ocasionados por fuerza mayor o caso fortuito (71).
- b) El número 10 declara también abusiva la *«liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste»*. Se transpone el Anexo 1.p) de la Directiva que, en una redacción mucho más correcta, considera abusivo *«prever la posibilidad de cesión del contrato por parte del profesional, si puede engendrar merma de las garantías para el consumidor sin el consentimiento de éste»*. Y decimos que la redacción de la Directiva era mucho más correcta porque la Ley española parece partir del supuesto de que haya existido una cesión del contrato por parte del profesional a un tercero sin el

(69) MORALES MORENO, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1153.

(70) Véase QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1012 y sigs.

(71) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1016.

consentimiento del consumidor, lo que no es posible, al suponer la cesión del contrato una transmisión del crédito, pero también de la deuda, y requerir por tanto el necesario consentimiento de ambas partes.

Una interpretación no literal de este precepto, pero sí ajustada al tenor de la Directiva, llevaría a las siguientes conclusiones:

- 1.^a La cesión del contrato no la puede realizar el profesional unilateralmente, sino que requiere el consentimiento por parte del consumidor.
- 2.^a Se admite la validez de la cláusula que concede al profesional la posibilidad de cesión del contrato.
- 3.^a La Ley no permite, no obstante, que tal cesión libere de responsabilidad al profesional, de tal manera que se considera abusiva la cláusula que establezca tal liberación de responsabilidad sin necesidad de consentimiento, en su momento, por parte del consumidor, cuando ello suponga una merma de sus garantías, entendidas éstas como la posición económica del consumidor en cuanto al nivel de probabilidad de que el otro contratante pueda cumplir y cubra el riesgo de insatisfacción del interés del consumidor.
- 4.^a No se considera, por tanto, abusiva la cláusula que permite al profesional ceder el contrato a un tercero, sino la que establece, además, que una vez realizada tal cesión el profesional quedará exento de responsabilidad. Como afirma MORALES MORENO (72), el consentimiento no se refiere a la cesión del contrato, sino a la liberación de la responsabilidad del profesional.

11. *Cláusulas abusivas por privación al consumidor de las facultades de compensación de créditos, y de retención y consignación*

En el número 11 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que privan o restringen al consumidor «de las facultades de compensación de créditos, así como de las de retención o consignación». Con una redacción no muy afortunada, se hace referencia a tres tipos diferentes de cláusulas limitativas:

- a) Las que privan o restringen al consumidor de la facultad de compensación de créditos. Se transpone el Anexo 1.b).fin Directiva, según el cual son abusivas las cláusulas que excluyan o limiten, de manera

(72) *Ob. cit.*, pág. 1157.

inadecuada, *«la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último»*. En el Derecho Civil español, la compensación es una causa de extinción de las obligaciones, conforme al artículo 1.156 del Código Civil, y, según la mayoría de la doctrina, opera de manera automática (arts. 1.195 y 1.202). Ahora bien, tal efecto automático podría ser excluido en virtud de pacto entre las partes. Este pacto, que se admite en base al artículo 1.255 del Código Civil, es considerado abusivo en los contratos celebrados con consumidores, a los que no se les puede «privar» o «restringir» tal derecho. Mientras la «privación» significa excluir totalmente la posibilidad de compensar las deudas recíprocas entre profesional y consumidor, la «restricción» significa poner obstáculos para que la compensación se produzca, como por ejemplo exigir requisitos no previstos legalmente, o excluirla en supuestos permitidos.

- b) En segundo lugar, son abusivas las cláusulas que priven al consumidor de la facultad de «retención», cláusula que no está prevista en el Anexo 1 de la Directiva. El derecho de retención es la facultad que se concede al acreedor para conservar en su poder una cosa hasta que se le pague un crédito, y tiene una difícil aplicación en la contratación con consumidores. QUICIOS MOLINA pone como ejemplo el caso en que en un contrato de *leasing* o en una compraventa de bienes muebles a plazos el arrendatario o comprador tiene que devolver la cosa; si tuviese el derecho de retención en virtud de los gastos realizados de buena fe en la cosa, se considera abusiva la cláusula que imponga la renuncia anticipada a tal facultad de retención (73).
- c) Y, por último, son abusivas las cláusulas que priven o restrinjan al consumidor de la facultad de consignación contemplada en los artículos 1.176 a 1.181 del Código Civil, cláusula que tampoco estaba prevista en la Directiva.

12. *Cláusulas abusivas por limitar o excluir, de forma inadecuada, la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional*

En el número 12 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que limitan o excluyen, de forma inadecuada, la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional. Ahora bien, la mención de tal cláusula —que no recoge la Direc-

(73) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1035.

tiva—, es innecesaria, ya que se encuentra incluida implícitamente en el número 9 —«exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional».

El artículo 1.124 del Código Civil concede, en las obligaciones recíprocas, la facultad de resolver la obligación en caso de incumplimiento de una de las partes. Discutido en el ámbito de la contratación civil el grado de autonomía de la voluntad de las partes sobre tal facultad de resolución de origen legal, en la esfera de la contratación con consumidores se establece el carácter abusivo de la cláusula predispuesta que, «de forma inadecuada», limite o excluya la facultad del consumidor de resolver el contrato en caso de incumplimiento por parte del profesional. Por «exclusión» debe entenderse la privación al consumidor de la facultad de resolución (74), mientras que la «limitación» supone la restricción de tal facultad, que podría consistir en establecer, por ejemplo, que únicamente el incumplimiento total, pero no el incumplimiento parcial ni el cumplimiento defectuoso, puedan dar lugar a la resolución. En cuanto a la expresión «de forma inadecuada», que ya hemos visto aparecer en la cláusula del número 9 de la Disposición Adicional Primera LGDCU, permite dar entrada, como en el comentario a tal cláusula ya se expuso, a la cláusula de equilibrio, en el sentido que, en última instancia, serán las circunstancias del artículo 10.bis.I las que determinarán si la cláusula tiene o no carácter abusivo.

13. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor la renuncia a la entrega del documento acreditativo de la operación*

En el número 13 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece la abusividad de las cláusulas que impongan al consumidor «*renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación*», entendiendo por tal, además de la copia del contrato celebrado, el recibo de haberse producido la entrega o el pago. Se trata de una cláusula que no consta en el Anexo de la Directiva —y que tampoco aparecía en la lista de cláusulas abusivas del antiguo art. 10.1.c) LGDCU—, y que sorprende porque el artículo 10.1.b) de la propia LGDCU —modificado también precisamente por la Ley 7/1998— establece que uno de los requisitos que deberán cumplir las cláusulas no negociadas individualmente aplicadas a la oferta o promoción de productos o servicios es la «*entrega, salvo una renuncia expresa, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación*». Por tanto, mientras el artículo 10.1.b) LGDCU admite la renuncia a la entrega del documento acre-

(74) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1043.

ditativo de la operación, el número 13 de la Disposición Adicional Primera considera abusiva, y por tanto nula, la cláusula que imponga al consumidor la renuncia a tal documento acreditativo de la operación.

¿Existe alguna manera de conciliar ambos preceptos? QUICIOS MOLINA propone interpretar la norma entendiendo que dicha entrega es un requisito que debe cumplir el profesional que contrata con cláusulas no negociadas individualmente, requisito que no puede ser excluido en ninguna de dichas cláusulas, pero sí en otra distinta que haya sido objeto de negociación individual (75).

14. *Cláusulas abusivas por imponer renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor*

En el número 14 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que impongan renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor. Se trata de una cláusula que tampoco aparece relacionada en el Anexo 1 de la Directiva, y que tiene un carácter general, en el sentido que encuentra diversas manifestaciones en las cláusulas precedentes (en la cláusula del núm. 13, sin ir más lejos). La doctrina considera que tales derechos son los que se conceden por Ley —no sólo imperativa (en este caso ya son irrenunciables de por sí) sino también dispositiva— a los consumidores, precisamente por su condición de consumidores (76).

C) CLÁUSULAS ABUSIVAS POR FALTA DE RECIPROCIDAD

El apartado tercero de la Disposición Adicional Primera LGDCU —que incluye los núms. 15 a 17— reproduce los apartados o), d) y f), respectivamente, del Anexo de la Directiva 93/13/CEE. Se enumeran una serie de cláusulas que constituyen una dispensa de la obligación de cumplir el contrato para el predisponente, que suele ser la parte contractual fuerte, sin que exista reciprocidad para el consumidor, reciprocidad entendida en el sentido que recogen los artículos 1.120 y 1.195 del Código Civil —es decir, como conexión entre las distintas obligaciones o partes de una relación obligatoria—, y los artículos 1.458 y 1.578 del Código Civil —como facultad, derecho o prohibición que corresponde a ambas partes por igual— (77).

(75) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1053.

(76) QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pág. 1059 y sigs.

(77) BALLESTEROS DE LOS RÍOS, en *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 1067.

15. *Cláusulas abusivas por suponer la imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos*

En el número 15 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas que impongan «*obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos*». Estamos ante una cláusula relacionada con la primera parte de la cláusula del número 3, ya que en ésta también se priva al consumidor de la facultad de resolver el contrato ante el incumplimiento del predisponente, y con la cláusula del número 12, en el que se considera abusiva «*la limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional*» (78). Ahora bien, mientras la cláusula 15.^a se corresponde con el apartado o) de la Directiva, según hemos indicado, las cláusulas 3.^a y 12.^a se han introducido *ex novo* por el Legislador español (79).

Se trata de una cláusula abusiva porque su objeto es derogar unilateralmente las obligaciones que, de acuerdo con el régimen general del Código civil español, debe asumir el profesional frente a los consumidores. En este sentido, la cláusula 15.^a va contra varios preceptos o reglas generales del derecho civil:

1. Se opone al artículo 1.124 del Código Civil, que en caso de incumplimiento por una de las partes de un contrato bilateral concede a la otra el derecho a optar entre la resolución del contrato o reclamar el cumplimiento de la obligación del otro contratante.

2. Al faltar en una de las partes la voluntad de vincularse, va también contra los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil, que declaran nulos los pactos que dejen el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes.

3. La cláusula 15.^a implica un desequilibrio en cuanto al régimen de responsabilidad del profesional (80), al ser sólo éste quien puede resolver el contrato por incumplimiento del consumidor y no al contrario.

(78) REGLERO CAMPOS, «Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología», en *Actualidad Civil*, núm. 3, mayo de 1999, pág. 27, considera que la cláusula 15.^a es una manifestación del principio contenido en la cláusula 12.^a

(79) ALFARO ÁGUILA-REAL, «El proyecto de ley sobre condiciones generales de contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, 1997, pág. 864, señala que muchas de las cláusulas del artículo 10.bis son repetitivas.

(80) En este sentido y en relación con el Anexo de la Directiva, se pronuncian PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas*, Ed. Marcial Pons, Madrid,

4. Y, por último, la cláusula 15.^a sería abusiva porque priva al consumidor de la facultad de oponer la excepción de incumplimiento contractual —*exceptio non adimpleti contractus*—, otra de las figuras que existen en derecho positivo para la protección del contratante perjudicado, basada en el principio de interdependencia o reciprocidad de las obligaciones derivadas de la relación sinalagmática (81).

16. *Cláusulas abusivas por implicar la retención de cantidades abonadas por el consumidor en caso de renuncia*

En el número 16 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se dispone el carácter abusivo de aquellas cláusulas que establezcan que, en caso de renuncia del consumidor, el profesional se quedará con las cantidades abonadas por aquél, sin que se prevea una indemnización equivalente en caso que sea el profesional quien renuncie. En esta cláusula se transpone, con una redacción más completa, el apartado 1 de la letra d) del anexo de la Directiva (82), y su fundamento se encuentra en el enriquecimiento injustificado que supone para el predisponente, al permitir que éste se quede con las cantidades abonadas por el consumidor sin imponerle una obligación restitutoria. La falta de reciprocidad de tal cláusula es evidente, dado que el agravamiento del régimen de responsabilidad del consumidor no se ve compensado con otro régimen igualmente severo para el profesional.

La terminología utilizada por el Legislador español —que habla de «retención» por el profesional de las cantidades abonadas por el consumidor en caso de «renuncia» de éste— no parece que sea la más adecuada, ya que ni el término «retención» alude al llamado derecho de retención, ni es correcto en buena técnica jurídica hablar de «renuncia» para aludir a la voluntad de dejar sin efecto el contrato (83).

Posiblemente, la cláusula 16.^a esté pensando en las arras penitenciales, a las que el Código Civil se refiere, en sede de compraventa, en el artícu-

1998, pág. 98, y Vincenzo ROPPO, «La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati fra imprese e consumatori», *Revista di Diritto Civile*, 1994, págs. 287-290.

(81) En nuestro Código Civil esta excepción no se consagra con carácter general, pero se puede deducir del párrafo final del artículo 1.100.

(82) Si se comparan las redacciones española, francesa, inglesa e italiana de la Directiva, se pone de manifiesto la discrepancia terminológica respecto a uno de los presupuestos de aplicación de la cláusula. Mientras en el texto francés e inglés de la Directiva se alude a la renuncia a la ejecución del contrato, en la versión italiana se habla indistintamente de renuncia y desistimiento. Las traducciones oficiales de la Directiva 93/13/CEE pueden consultarse en: <http://europa.eu.int/citizensrights>.

(83) PARA MARTÍN, en ARROYO MARTÍNEZ y MIQUEL RODRÍGUEZ (Coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 392 y sigs.

lo 1.454, si bien consideramos que su aplicación también puede extenderse a la denominada cláusula facultativa o de arrepentimiento, en virtud de la cual el deudor tiene la facultad de liberarse de la obligación abonando la pena, de manera que sería abusiva la cláusula que estableciera la facultad de liberarse el consumidor pagando una cantidad determinada sin contemplar una indemnización equivalente para la liberación del profesional (84).

Como sabemos, la sanción prevista para las cláusulas abusivas es su nulidad (art. 10.bis.2 LGDCU). Sin embargo, dado que tal nulidad se produce por la falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, de la puesta en relación del artículo 1.454 del Código Civil —que establece el régimen dispositivo de las arras penitenciales— con el artículo 10.bis.2.º LCGC —sobre la integración de la parte del contrato afectada—, y teniendo en cuenta las facultades del Juez al respecto, se podría entender que el consumidor tiene la facultad de reclamar por duplicado la cantidad entregada al predisponente en caso de incumplimiento de éste (85).

17. *Cláusulas abusivas por conceder al profesional la facultad de rescisión unilateral del contrato*

En el número 17 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se dispone la abusividad de aquellas cláusulas que concedan una «autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato». La cláusula transpone, con una mayor claridad en la redacción, el apartado f) del Anexo 1 de la Directiva, y consta de dos apartados diferentes. En el primero recoge una cláusula que origina desequilibrio en cuanto a la disponibilidad del vínculo, ya que deja al arbitrio del profesional la subsistencia de la relación contractual, quedando sin embargo el consumidor obligado sin posibilidad alguna de rescindirlo. El segundo inciso se refiere a una cláusula que implica desequilibrio en cuanto al régimen de responsabilidad del profesional, puesto que obstaculiza las posibilidades de reacción del consumidor, eliminando las garantías legales de las que éste puede disponer frente a un incumplimiento contractual (86):

(84) Lo normal es que junto con el abono de la cantidad estipulada como pena, se deje sin efecto la relación contractual y, en tal caso, la única diferencia relevante con las arras penitenciales se referiría a la falta de entrega previa de la cantidad.

(85) CAFFARENA LAPORTA, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., págs. 1189-1190.

(86) PAGADOR LÓPEZ, *ob.cit.*, págs. 89-90.

- a) En cuanto al primer apartado, debe ponerse de manifiesto que no es correcto hablar de «rescindir el contrato discrecionalmente», sino que la expresión más correcta sería la de «desistimiento *ad nutum*» o «sin justa causa», dado que el concepto de rescisión, en buena técnica jurídica, debe aludir exclusivamente a los supuestos enumerados en los artículos 1.290 y siguientes. La rescisión es siempre de ejercicio judicial, requiere la existencia de un perjuicio y provoca la ineficacia del contrato con efectos retroactivos, mientras que el desistimiento es extrajudicial, de libre ejercicio al no requerir la existencia de causa alguna y provoca la extinción del contrato con efectos únicamente para el futuro. En conclusión, la cláusula 17.^a hace referencia a un desistimiento sin justa causa.

La concesión a una de las partes de la facultad de desistimiento no es en sí misma una cláusula abusiva y por consiguiente nula, sino que lo que la convierte en abusiva es que sólo sea otorgada a una de las partes, el predisponente, lo que generaría una situación de desequilibrio contractual. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en nuestra Legislación, de acuerdo con las Directivas comunitarias, sí se admiten, en algunas ocasiones, las cláusulas que concedan unilateralmente al consumidor la facultad de desligarse del contrato, con el fin de conferirle una mayor protección (87), fundamentándose en la situación de desequilibrio en la que se encuentra inicialmente el consumidor como parte contratante. En cambio, la Ley no admite de ningún modo que sea el empresario quien se reserve dicha facultad, y la cláusula que lo estableciera sería, en consecuencia, nula sin paliativo alguno.

En cualquier caso, como decíamos, no será abusiva aquella cláusula que otorgue esta facultad a ambas partes, si no se altera el equilibrio contractual, alteración o desequilibrio que sí se producirá en dos supuestos:

1. Si la atribución de dicha facultad a favor del consumidor es puramente formal y se utiliza con el único fin de eludir la nulidad de la cláusula por abusiva (88).

(87) Esta medida específica de protección es muy usual en la legislación especial, como por ejemplo en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes Combinados; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta de Bienes Muebles a Plazos, y Ley 42/1998, de 15 de diciembre, de Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles de uso Turístico.

(88) Este caso es el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1986 (*RJ* 1986/2823), comentada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, págs. 3657-3663.

2. Si dicha facultad de desistimiento ya es concedida al consumidor por la Ley.

- b) Respecto al carácter abusivo de la cláusula que permite al profesional quedarse con las cantidades abonadas por el consumidor cuando sea el propio profesional quien rescinda el contrato, ello es tan obvio que no merece prácticamente ningún comentario. El precepto se refiere a los contratos en los que media un lapso de tiempo entre la celebración del negocio y la ejecución del mismo (89), y mientras el consumidor ya ha satisfecho su prestación —total o parcialmente—, el profesional no ha cumplido la suya. Está claro que se produciría un enriquecimiento injusto en el caso que el profesional rescindiese el contrato y se quedase con las cantidades abonadas por el consumidor en concepto de pagos anticipados por prestaciones aún no efectuadas.

D. CLÁUSULAS ABUSIVAS «SOBRE GARANTÍAS»

Bajo el título de cláusulas abusivas «sobre garantías», se recogen en los números 18 y 19 de la Disposición Adicional Primera LGDCU dos cláusulas abusivas de las cuales sólo una se refiere en realidad a las garantías para el cumplimiento de la obligación.

18. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor una garantía desproporcionada al riesgo asumido*

En el número 18 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas que supongan «*la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*». Se trata de una cláusula que no aparecía recogida, ni siquiera con una redacción aproximada, dentro del Anexo 1 de la Directiva, sino que ha sido introducida *ex novo* por el Legislador español para reforzar la protección al consumidor.

El precepto habla de garantías «desproporcionadas» al riesgo asumido; nuevamente nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que requerirá la actividad interpretativa del Juez.

La desproporción habrá que calificarla en función del grado de riesgo asumido por el profesional. No se puede determinar, con antelación, el punto

(89) Es decir, en los contratos de ejecución diferida, pero no tiene sentido la restitución en los contratos de tracto sucesivo, en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas por ambos contratantes, porque no va a haber enriquecimiento injusto.

exacto a partir del cual la exigencia de una garantía pasa a convertirse en desproporcionada. No obstante, hay ciertas variables que nos pueden servir de ayuda en ese juicio valorativo, tales como el precio al que el profesional otorga el crédito al consumidor o la tasación del bien que constituye el objeto de garantía. De este modo, podría decirse que cuanto menor sea el riesgo asumido por el profesional merced a estas variables, mayores probabilidades habrá de que la garantía impuesta merezca la consideración de desproporcionada (90).

Por otra parte, en el inciso segundo de la cláusula 18 se establece la presunción de que «*no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*». El precepto plantea varios problemas:

1. El alcance de la expresión «entidades financieras»; entendemos que se refiere, con carácter general, a todas las entidades susceptibles de realizar operaciones consistentes en la celebración de un contrato de financiación o de garantía, con independencia de que se trate de establecimientos financieros de crédito o de entidades de crédito (91).

2. Cuál es dicha «normativa específica». Podemos afirmar que ésta tiene su punto de referencia en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, que por lo que a las relaciones entre las entidades de crédito y la clientela se refiere contiene algunas disposiciones importantes, muchas de las cuales, posteriormente, han sido desarrolladas por una importante y extensa normativa, que se enmarca en la labor de supervisión administrativa, dentro por tanto de las relaciones que dichas Entidades tienen con el Banco de España y el Ministerio de Economía y Hacienda. Por lo tanto, no creemos ortodoxo que esa normativa pueda ser contemplada por un régimen jurídico privado, como es el de la LGDCU, y mucho menos que pueda llegar a generar consecuencias dentro de una relación *inter partes* (92).

3. La valoración de si la garantía en cuestión ha sido impuesta por una Entidad Financiera dentro del marco de actuación delimitado por su normativa específica.

(90) Algunos supuestos que plantean ciertas dudas sobre su posible desproporción y, en consecuencia, su posibilidad de ser tildadas como abusivas, son la imposición de garantías reales y personales de forma cumulativa, la obligada suscripción de un seguro, las cláusulas de cuenta única o la firma de un pagaré en blanco.

(91) El concepto más cercano al de Entidades Financieras es el de Entidades de Financiación, dentro del género global de Entidades de Crédito, de acuerdo con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

(92) AURIOLAS MARTÍN, «La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones», *La Ley*, 1991-III, págs. 896-897.

Por tanto, son muchos, quizá demasiados, los elementos valorativos para ser una cláusula que se halla inserta en una «lista negra» de cláusulas abusivas (93). Y, por otra parte, examinando el contenido de dicha normativa específica, es difícil llegar a la conclusión de que el consumidor vaya a quedar resguardado de la imposición de garantías desproporcionadas por el simple hecho de que la entidad haya actuado conforme a tal normativa, ni tan siquiera presuntivamente. Por ello, consideramos que tiene escaso sentido introducir la presunción de que, cuando una Entidad Financiera actúa ajustándose a su específica normativa sectorial, la imposición de garantías al consumidor no será desproporcionada. Llegado el caso, ello obligaría a los consumidores a desplegar una más que ardua actividad probatoria, lo que obviamente favorece a las Entidades Financieras, y no casa con lo que dispone la cláusula 19.^a ni, en general, con la finalidad de esta Ley, que no es otra que la protección del consumidor.

19. *Cláusulas abusivas por imponer la carga de la prueba al consumidor*

En el número 19 de la Disposición Adicional Primera se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas que impongan al consumidor la carga de la prueba en aquellos casos que debería corresponder a la otra parte contratante. El precepto supone la transposición del Anexo 1.q.fin de la Directiva, y tiene como antecedente, en la legislación española, el antiguo artículo 10.1.º, c) 8.º LGDCU.

Es curiosa la ubicación de esta cláusula bajo el epígrafe D: «*Sobre Garantías*», cuando no se descubre ningún punto de unión con el resto de las cláusulas del epígrafe ni con el tema bajo el que se agrupan. Posiblemente hubiera sido más razonable incluir todas aquellas cláusulas referentes a cuestiones procesales en general en un mismo epígrafe, como ocurre en la Directiva (94).

A diferencia de lo que sucede con otras cláusulas de la Disposición Adicional Primera LGDCU, cuyo carácter abusivo puede suscitar dudas, toda la doctrina se muestra de acuerdo sobre el carácter abusivo de una cláusula que invierta la carga de la prueba en contra del consumidor (95). No obstante, llama la atención que el legislador español no haya incorporado el inciso del apartado q) del Anexo 1 de la Directiva, que hace referencia a «...*limitar*

(93) SÁNCHEZ ARISTI, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 1111.

(94) Apartado q) del Anexo 1 de la Directiva 93/13, relativo a la supresión u ocultación del ejercicio por parte del consumidor de acciones y recursos judiciales.

(95) PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*, págs. 90-91.

indebidamente los medios de prueba a favor del consumidor...», cuando esta limitación puede determinar un abuso tanto o más peligroso que el invertir en contra del consumidor la carga de la prueba. Esta falta de trasposición no se ajusta a la legalidad, ya que la Directiva 93/13 es de mínimos, esto es, susceptible de ampliación pero no de reducción por el legislador nacional (96). Pese a ello, no deja de ser cierto que algunas de las cláusulas enumeradas en la Disposición Adicional Primera LGDCU están conectadas con la idea de limitar al consumidor los medios de prueba, o al menos con la de facilitar al profesional los suyos, como la cláusula 8.^a o la 20.^a (97).

La distribución de la carga de la prueba se recoge, en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (98). En principio, las reglas sobre la carga de la prueba deben considerarse normas procesales y, en consecuencia, normas de *ius cogens*, esto es, no susceptibles de disposición por las partes, al estar dirigidas al Tribunal como reglas de juicio con las que resolver aquellos casos en los que la actividad probatoria desplegada por las partes arroje resultados inciertos (99). Así las cosas, cuando se habla de inversión convencional de la carga de la prueba, en la cláusula 19.^a, lo que realmente ocurre es que las partes varían el supuesto de hecho de la norma —art. 217 LEC—, lo que, naturalmente, sólo será posible en el caso de normas de Derecho positivo, alterando la igualdad procesal entre las partes y produciendo un desequilibrio en la protección del consumidor.

Finalmente, debemos precisar que, al amparo del carácter abusivo de estas cláusulas, no sólo podrán impugnarse aquéllas que impongan directamente la carga de la prueba al consumidor, sino que también serán nulas por abusivas las que exoneren al empresario de la prueba de los hechos que ordinariamente le correspondería probar, aun sin imponer al consumidor la contraprueba de los mismos (100).

E) OTRAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

En los números 20 a 29 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se contiene una relación de «otras» cláusulas que se consideran abusivas.

(96) PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 83.

(97) SÁNCHEZ ARISTI, *ob. cit.*, pág. 1127.

(98) Dicho artículo recoge, con mayor precisión, lo que sobre reparto de la carga de la prueba establecía el hoy derogado artículo 1.214 del Código Civil.

(99) CORTES DOMÍNGUEZ, *Comentarios Bercovitz*, cit., pág. 319.

(100) MINGO BASAÍL y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios Menéndez-Díez Picazo*, cit., pág. 1224.

20. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor una declaración de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, o por suponer la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*

En el número 20 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de aquellas cláusulas predispuestas en las que se impongan al consumidor «*declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no haya tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*» (101). Únicamente la segunda de tales cláusulas encuentra su precedente en la Directiva, concretamente en el apartado i) del Anexo 1, que proscribe aquellas cláusulas que tuvieran por objeto «*hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*»:

- a) El carácter abusivo de la primera cláusula es evidente, al imponer al consumidor la confesión sobre unos hechos que, en realidad, no se han producido. El precepto, redactado de una manera muy genérica, debe interpretarse, para conferir una mayor protección al consumidor, en sentido amplio, de manera que cabe entender que incluye cualquier declaración que realice el consumidor en la que reconozca haber tenido lugar un hecho ventajoso para el profesional que, en realidad, era meramente ficticio.
- b) Con la norma del segundo inciso se persigue que el consumidor haya tenido ocasión de conocer todo el clausulado del contrato. Obsérvese que no se exige el conocimiento efectivo, sino que, antes de la celebración del contrato, se haya tenido la posibilidad de conocerlo. En este caso no se precisa ninguna declaración falsa por el consumidor, sino que «no se haya tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato». En la mayoría de los casos estaremos ante cláusulas que no están ubicadas en el cuerpo del contrato celebrado por el consumidor. Ahora bien, una cláusula del tipo

(101) La doctrina enmarca tales cláusulas dentro de las denominadas «reglas de control de contenido» —en contraposición a las «reglas de control de inclusión»—, esto es, son reglas que no tratan de garantizar si el clausulado predispuesto fue conocido y comprendido por el adherente, sino de enjuiciar o calificar su contenido una vez que se ha incorporado a un contrato particular, aunque la lectura del inciso parezca situarnos en el ámbito del control de inclusión, por la referencia a la «*aceptación de cláusulas que no se ha tenido oportunidad de conocer*».

«...el abajo firmante conoce y acepta el contenido de las condiciones generales que figuran al dorso...», aunque en principio parece que no sea abusiva, sí lo será si, a pesar de encontrarse en el contrato, el adherente no ha tenido posibilidad efectiva de conocer tales condiciones antes de firmar el contrato.

21. *Cláusulas abusivas por trasladar al consumidor las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables*

En el número 21 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece la abusividad de las cláusulas que transmitan al consumidor «*las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables*». Se trata de una cláusula que no procede del catálogo recogido en el Anexo 1 de la Directiva, pero que no constituye una novedad en nuestro ordenamiento, ya que el anterior artículo 10.1.c).7.º LGDCU ya recogía una previsión de características similares. Guarda relación con la cláusula del número 10, conforme a la cual son abusivas aquellas cláusulas por las que el profesional pretenda excluir o limitar su responsabilidad contractual por los daños que por una acción u omisión cause al consumidor; y, por su parte, en el supuesto de la cláusula 21.^a lo que pretende el profesional también es excluir su responsabilidad, al repercutir las consecuencias económicas que de sus errores se deriven al consumidor. Podría decirse, por tanto, que el contenido de la cláusula 21.^a no es sino una concreción de la cláusula genérica de limitación o exclusión de responsabilidad por parte del profesional (102).

El «error administrativo o de gestión» a que se refiere la cláusula número 21 puede derivar de las actuaciones desplegadas por el profesional con la finalidad de cumplir los compromisos contractuales adquiridos con el consumidor, pero también puede surgir de la actuación desplegada por un tercero, como por ejemplo cuando una entidad bancaria lleve a cabo la gestión o administración del pago.

Para que la cláusula resulte abusiva, el error no debe ser imputable al consumidor. Pero, ¿significa ello que deba ser imputable al profesional, o, dicho de otra manera, es también abusiva la cláusula que traslade al consumidor las consecuencias de errores que no sean imputables al profesional ni a sus dependientes, por haber actuado éstos con la debida diligencia? En

(102) SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 109, respecto de la relación en la que quedaban colocadas ambas cláusulas cuando formaban parte del antiguo catálogo de la LGDCU.

nuestra opinión, si no existe culpa del consumidor, es abusiva toda cláusula que le impute las consecuencias económicas derivadas de errores administrativos o de gestión, exista o no culpa del profesional. Más dudoso es, a nuestro entender, el caso en que exista negligencia del consumidor, y también del profesional. En este supuesto debe partirse de la base que a profesional y consumidor no se les puede exigir el mismo grado de diligencia; mientras al consumidor tan sólo se le puede exigir una diligencia estándar, el profesional esta obligado a desplegar una diligencia superior, de acuerdo con lo que exige la naturaleza de su obligación y sus propias circunstancias personales (art. 1.104 del Código Civil). Pero, si efectivamente se produce tal concurrencia de culpas, entendemos que éstas se compensan.

22. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa correspondan al profesional*

En el número 22 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor el pago de una serie de gastos de documentación y tramitación que, por ley imperativa, corresponden al profesional, citándose concretamente, en la primera venta de vivienda, los gastos originados por la declaración de obra nueva, constitución del régimen de propiedad horizontal, o hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación. Se trata de una cláusula que no estaba en el Anexo 1 de la Directiva, y que tiene su precedente en el originario artículo 10.1.c.11) de la LGDCU 1984, y en el artículo 10.2.d) del Real Decreto 515/1989 sobre Protección de Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Su fundamento se encuentra, más que en evitar un aumento en el precio en la compraventa, en conseguir que el adquirente tenga un conocimiento completo de la operación; se pretende que haya transparencia en cuanto al precio de la vivienda, y que el consumidor no quede desagradablemente sorprendido cuando el precio inicialmente estipulado se vea aumentado por la imposición de unos gastos que, por Ley, corresponde satisfacer al vendedor.

El precepto sorprende porque, apartándose de un precedente —el art. 10.2.d) del Real Decreto 515/1989—, restringe el ámbito de aplicación de la cláusula a los gastos que corresponde satisfacer al vendedor «por ley imperativa», cuando en virtud del artículo 6.3 del Código Civil ya son nulos los pactos que sean contrarios a una ley imperativa. Por el contrario, conforme a la redacción del número 22, no serían abusivas las cláusulas que impongan al consumidor gastos que por Ley dispositiva correspondan al vendedor, como los gastos de otorgamiento de escritura (art. 1.455 del Código Civil), o el

impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (art. 107 de la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales). Ante ello, aunque algún autor como CABANILLAS SÁNCHEZ haya propuesto que, si el contrato no es negociado, las normas de carácter dispositivo que imponen el pago de un determinado gasto al vendedor tienen carácter imperativo (103), entendemos que no es posible forzar tanto la letra de la Ley, y que resulta lícita la imposición de tales gastos al consumidor siempre que se respete el deber de transparencia, máxime si tenemos en cuenta que, por otra parte, tal cláusula de imputación de gastos podría ser atacable conforme a la norma general de equilibrio del artículo 10.bis.1.

23. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados*

En el número 23 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que imponen al consumidor la adquisición de un bien o la prestación de un servicio no solicitado. Se trata de una cláusula que tampoco está contemplada en el Anexo 1 de la Directiva, y cuyo precedente se encuentra en el núm. 12 de la lista del anterior artículo 10.1.c) de la LGDCU de 1984. El precepto sorprende porque, a diferencia de la cláusula contemplada en el número 24, no alude expresamente a que la imposición del bien o servicio complementario o accesorio suponga para el consumidor un aumento de precio, con lo que parece dar a entender que podrá existir abusividad aunque tal bien o servicio sea gratuito, lo que no parece tener mucho sentido. Esta contradicción podría intentar salvarse considerando que tal gratuidad sería sólo aparente, dado que al fijar el precio ya se habría tenido en cuenta la prestación adicional y aumentado el precio. Ahora bien, en este caso, si el precio es excesivo, el funcionamiento del mercado ya debería corregir tal situación, por lo que el carácter abusivo y la consiguiente nulidad de tal cláusula sólo debería tener lugar en situaciones en que no existiese libre competencia.

En nuestra opinión, una correcta interpretación del precepto debe llevarnos a las siguientes conclusiones:

1.^a Si, a pesar de la prestación adicional, realmente no ha existido incremento de precio —lo que se podría demostrar, por ejemplo, si el producto o servicio, sin la prestación accesoria, se vendía anteriormente por el mismo precio—, la cláusula en cuestión no tiene necesariamente por que ser abusiva.

(103) *Comentarios Menéndez-Díez Picazo, cit., pág. 1282.*

2.^a Si el precio ha aumentado, la cláusula solamente debería ser abusiva si no existe libre competencia en el mercado y la cláusula supone un abuso en la posición monopolística del profesional, o si la cláusula no ha sido redactada con la debida claridad. En definitiva, unos requisitos análogos a los que deben exigirse respecto a la cláusula contemplada en el número 24, como a continuación se verá.

24. *Cláusulas abusivas por suponer un incremento de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación*

En el número 24 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se consideran abusivas aquellas cláusulas que suponen un incremento de precio por imponer al consumidor, sin posibilidad de rechazo, alguna «prestación adicional». Tampoco es una cláusula contemplada en el Anexo 1 de la Directiva, y su precedente se encuentra en el número 5 de la lista del anterior artículo 10.1.c) de la LGDCU de 1984. Se trata de una cláusula que engloba supuestos muy heterogéneos. Y si bien la existencia de una «prestación adicional» no ofrece dudas cuando se ofrecen «servicios accesorios» (por ejemplo, cuando la venta del bien vaya unida a la necesaria realización del servicio de mantenimiento con el vendedor), en los otros casos enumerados en el precepto ya no está tan claro que exista tal prestación «adicional». Efectivamente, cuando el número 24 habla de «financiaciones, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones», no está aludiendo propiamente a «prestaciones adicionales», como sí serían los «servicios accesorios», sino a los supuestos en que se impone la obligatoria financiación de la operación por parte del vendedor, al aplazamiento del pago con coste adicional para el consumidor, al aumento del precio a consecuencia de una prestación adicional, o al incumplimiento por parte del consumidor.

Conforme al número 24, tales «financiaciones», «aplazamientos», «recargos», «indemnizaciones» o «penalizaciones» solamente serán lícitas si se cumplen los siguientes requisitos:

1.º Que correspondan a prestaciones adicionales, debiéndose entender tal expresión en el sentido más amplio posible para dar cabida a los casos de incumplimiento por parte del consumidor.

2.º Que tal prestación adicional sea susceptible de ser aceptada o rechazada con independencia de la prestación principal.

3.º Que la cláusula esté redactada con la debida claridad y precisión.

La norma del número 24 ha sido criticada, por varias razones. Primeramente, por ir contra la libertad comercial y de empresa, en el sentido que éstas no tendrán una plena libertad para configurar sus ofertas comerciales de la forma que estimen más adecuada. Y, en segundo lugar, por la dificultad de determinar cuándo una prestación es accesoria a otra de principal, especialmente en aquellos contratos, como por ejemplo el de viajes combinados, que se caracterizan por contemplar una pluralidad de prestaciones.

Como decíamos anteriormente, el carácter abusivo de la cláusula debería venir determinado por dos factores: la transparencia y la situación de libre competencia en el mercado. Existirá abusividad si las cláusulas suponen un aumento del precio a consecuencia de la inclusión en el contrato de una prestación adicional inesperada (por ejemplo, se dice que el viaje vale mil, pero se incluye en el clausulado la realización de ciertas excursiones obligatorias que hacen aumentar el precio en un 30 por 100). Pero si no estamos ante una situación monopolística, y la oferta se presenta de una manera transparente, incluyendo varios elementos que pueden ser aceptados o rechazados como un todo, ello no tiene por qué ser abusivo. La protección al consumidor se consigue simplemente permitiéndole rechazar una prestación adicional no solicitada que suponga un aumento en el precio no advertido en el momento de la celebración del contrato.

25. *Cláusulas abusivas por la negativa del profesional al cumplimiento de las obligaciones propias del productor o suministrador*

El número 25 de la Disposición Adicional Primera LGDCU considera abusivas las cláusulas que establezcan «*la negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación*». Se trata de una cláusula no prevista en el Anexo 1 de la Directiva, pero que no es una novedad en nuestro ordenamiento, ya que la redacción anterior de la LGDCU recogía en el inciso 9.º del apartado c) del artículo 10.1.ª, el contenido que hoy queda reproducido en la cláusula que ahora comentamos (104).

El carácter abusivo de una cláusula de este tipo se fundamenta en que reenvía automáticamente al consumidor a procedimientos de reclamación, si quiere

(104) Debe señalarse, no obstante, que la no inclusión de esta cláusula en el Anexo de la Directiva puede ser debido a que no se trata de una cláusula abusiva en sí misma, sino que recoge un supuesto de incumplimiento contractual por parte del profesional que deberá ser denunciado y, en su caso, sancionado por los tribunales de justicia con arreglo a las leyes y procedimientos comunes. Ésta fue la justificación que dio el Grupo parlamentario catalán cuando abogó por su supresión en la tramitación parlamentaria de la LCGC.

ver satisfecho su interés como acreedor. Al consumidor se le exige reclamar previamente el reconocimiento de su derecho derivado del contrato, si pretende que el profesional cumpla las obligaciones y prestaciones que le incumben como parte de la relación contractual, lo que le provoca un perjuicio desproporcionado o no equitativo, contrario a las exigencias de la buena fe. Es más, una estipulación de este tipo, por la que uno de los contratantes se niega de antemano a cumplir las obligaciones que le corresponden, compeliendo a la otra parte a reclamar, entraña una manifiesta incongruencia, por cuanto denota una voluntad opuesta al consentimiento generador del contrato (105).

La cláusula en cuestión no supone una exclusión directa, pero sí indirecta, de la responsabilidad del profesional, dado que la necesidad de reclamar previamente por la vía judicial o administrativa tiene una clara función disuasoria (106).

26. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor arbitrajes distintos del de consumo*

El número 26 de la Disposición Adicional Primera LGDCU considera abusivas las cláusulas que establezcan «*la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*». Se transpone el Anexo 1.q) de la Directiva, que establece la abusividad del sometimiento a «*jurisdicciones arbitrales no cubiertas por Disposiciones jurídicas*», fórmula que era, al menos en España, ciertamente extraña, y que fue objeto de importantes críticas por parte de la doctrina (107). La transposición ha aclarado en gran medida el supuesto de hecho del Anexo 1.q), y ha mejorado, a nuestro entender, la protección establecida en la Directiva, al proscribir la cláusula de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, «*salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico*».

Cada vez es más frecuente que las grandes empresas, para evitar acciones judiciales, incluyan convenios arbitrales entre las condiciones generales que configuran el clausulado de los contratos de adhesión. No obstante, al no

(105) GÓMEZ CALERO, *Los derechos de los consumidores y usuarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 1994, págs. 89-99.

(106) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 209, afirma claramente la función disuasoria de la cláusula al señalar que la satisfacción de la obligación «*requiere salvar previamente tales obstáculos que el esfuerzo tiempo y dinero necesarios para ellos no merecen la pena*».

(107) Véase CASAS VALLES, *Comentarios Bercovitz*, cit., págs. 715-716.

estar cerrado y predeterminado, de forma absoluta, el tipo de arbitraje de consumo, en ocasiones éste se diseña a gusto de las empresas y sectores más potentes, lo que puede entrañar graves riesgos para el consumidor. Cláusulas de este tipo son las que prohíbe el número 26, conforme al cual únicamente se permite al profesional imponer el sometimiento a dos tipos de arbitrajes: el arbitraje de consumo, y los arbitrajes institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico (108).

27. *Cláusulas abusivas por imponer al consumidor la sumisión a un determinado juez o tribunal, o la renuncia a su derecho a elegir el fedatario público que deba autorizar el acto*

El número 27 de la Disposición Adicional Primera LGDCU considera abusivas las cláusulas que prevean «*pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o a aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato*». Se contemplan, por tanto, dos tipos de cláusulas distintas, pero que tienen en común la imposición de renunciaciones al consumidor, en el primer caso a su propio fuero, y en el segundo a su derecho a la elección del fedatario público que deba formalizar el contrato:

- a) La cláusula de renuncia al foro propio tiene su precedente en el Anexo I.q) de la Directiva, que establece la abusividad de las cláusulas que tengan por objeto «*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor*» (109). El Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7954), ya se pronunció sobre la necesidad de trasponer este

(108) Respecto a estos últimos, existe una discordancia entre el artículo 10.4.º y la DA1.ª 26 de la LGDCU, pues el primero insiste en limitar el arbitraje en las CGC al de consumo, mientras que la segunda abre la vía a otro posible tipo de arbitrajes, si bien dentro de ciertos límites. Consecuentemente, para eliminar la citada discordancia debería haberse modificado, al menos, el segundo párrafo del artículo 10.4.º LGDCU. En esta línea se enmarca la nueva Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles en su artículo 2.2.

(109) PAGADOR LÓPEZ, *ob. cit.*, págs. 90-91, reconduce estas cláusulas al grupo de cláusulas de desequilibrio y, en concreto, al tipo de cláusulas que implican un desequilibrio en cuanto al régimen de responsabilidad del profesional, obstaculizando las posibilidades de reacción por parte del consumidor mediante la eliminación de garantías y remedios legales de los que el consumidor puede normalmente disponer frente a un incumplimiento contractual.

inciso q) de la Directiva, y afirmó la posibilidad de aplicarla directamente en tanto dicha transposición no se llevase a cabo por el Legislador español (110). Por tanto, si bien desde un punto de vista legislativo esta cláusula es una novedad, no lo es tanto desde la óptica jurisprudencial (111).

La cláusula 14.^a de la Disposición Adicional Primera LGDCU ya prevé el carácter abusivo de las cláusulas que impongan renunciaciones o limiten los derechos del consumidor; por tanto, la regla del número 27 no es sino una concreción de tal previsión general. Conforme a la misma, sólo serán válidas las cláusulas de sumisión al Juez o Tribunal que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación, o al del sitio donde se halle el bien inmueble, mientras que las cláusulas de sumisión a un Tribunal distinto serán abusivas. Este carácter abusivo deriva, por un lado, del hecho de que la renuncia del consumidor a su propio fuero resulta lesiva para sus intereses, puesto que le obliga a ejercer su derecho de defenderse judicialmente en condiciones tales que hacen de ese derecho una carga, produciéndose un efecto disuasorio. Por contra, el predisponente, a pesar de desarrollar su actividad en una diversidad de poblaciones, impone el pacto de sumisión a los tribunales del lugar que le es más conveniente, lo que supone para él un ahorro económico considerable y le garantiza un mejor control sobre todos los procesos en que sea parte. Además, por vía de la sumisión no sólo se pone en peligro el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que también se viola el principio de igualdad de partes en el proceso, al quedar el predisponente como parte procesal privilegiada (112). En conclusión, la abusividad de este tipo de pactos deriva de las innega-

(110) Respecto al efecto directo horizontal del artículo 3.3 de la Directiva 93/13 mientras todavía no había sido objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, véase el comentario de BLANCO PÉREZ-RUBIO, «La posible eficacia directa horizontal de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 20 de noviembre de 1996)», en *Estudios sobre consumo*, núm. 14, 1997, págs. 27-47.

(111) Además de la abundante jurisprudencia anterior a la transposición de la Directiva 93/13, cabe señalar respecto al momento posterior a la citada transposición, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1994 (*RJ* 1994/6518), 12 de julio y 14 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/5580 y *RJ* 1996/6715), 27 de abril de 1998 (*RJ* 1999/2933), 19 de abril de 1999 (*RJ* 1999/2587), 17 de mayo de 1999 (*RJ* 1999/3475) y 14 de abril de 2000 (*RJ* 2000/3228).

(112) ROBLES ACERA, «Problemática que presenta la sumisión expresa en el orden jurisdiccional civil», *La Ley*, vol. III, 1991, pág. 992, señala que otra de las ventajas que logra el predisponente es evitarse, en un elevado porcentaje de ocasiones, que los consumidores se opongan a la demanda presentada, puesto que les resultará menos costoso plegarse al pago que si obtuvieran una resolución desestimatoria de la demanda.

bles ventajas que obtiene el predisponente, frente a los perjuicios que soporta el consumidor (113).

- b) La cláusula de renuncia o transacción a la elección de fedatario competente no tiene un precedente directo ni en el Anexo 1 de la Directiva, ni en la antigua LGDCU; sin embargo se ha venido defendiendo su abusividad y, en consecuencia, su ineficacia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, aunque sólo existía refrendo legal para ello cuando venía dispuesta por una Entidad de crédito (114). Se trata de un pacto habitual en el ámbito de la contratación inmobiliaria y en la bancaria, especialmente en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud del cual se pretende excluir el derecho del adquirente a la elección de fedatario establecido en diversos cuerpos legales, como por ejemplo el artículo 142.3.º del Reglamento Notarial, que dispone que en los contratos traslativos la elección del notario autorizante de la escritura pública en la que se formaliza la transmisión realizada corresponde al adquirente (115), o en el artículo 5.4.c) del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas (116).

El carácter abusivo de la renuncia o transacción sobre este derecho se debe a la relevancia que la intervención del notario tiene, al ser una de sus obligaciones informar y asesorar a las partes, en el mismo acto del otorgamiento de la escritura pública, sobre el significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, puedan ser de difícil comprensión para el consumidor (art. 147 del Reglamento Notarial). Será el consumidor, como parte débil, el que más necesitado estará del asesoramiento e información que el notario le pueda proporcionar, por lo que imponerle, en una cláusula predis-

(113) Merece la pena hacer una breve referencia al primer criterio legal de atribución de competencia territorial, y es que no es extraño que uno de los fueros especiales establecidos sea el domicilio del consumidor; de esta manera se considera nula la renuncia al propio fuero y se evitan los perjuicios que provoca para el consumidor el tener que litigar fuera del mismo. A estos efectos se entiende por domicilio del consumidor el lugar de su residencia habitual, de acuerdo con el artículo 40 del Código Civil.

(114) De acuerdo con el artículo 10.1.c.4.º LGDCU.

(115) Dicho párrafo tercero dispone: «...en las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por quien se dedique a ello habitualmente o bajo condiciones generales de contratación, el derecho de elección del Notario corresponderá al adquirente, quien, sin embargo, no podrá imponer Notario que, por su competencia territorial, carezca de conexión razonable con algunos elementos personales o reales del negocio».

(116) A este respecto se pueden consultar las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de junio de 1997 (AC 1997/1355), y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de noviembre de 1995 (AC 1995/2166).

puesta, dicha renuncia o transacción, es una práctica que debe tildarse de abusiva.

28. *Cláusulas abusivas por someter el contrato a un derecho extranjero*

En el número 28 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se considera abusiva la cláusula que establezca la «*sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza*». Se trata de una cláusula que no se encuentra en el Anexo 1 de la Directiva, sino que la incorpora *ex novo* el Legislador español con la finalidad de elevar el nivel de protección del consumidor, y que debe complementarse y conciliarse con el artículo 10.bis.3 LGDCU que, transponiendo el artículo 6.2 de la Directiva, establece que «*Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales*». Estamos ante dos preceptos que deben ser interpretados conjuntamente, de manera que mientras el artículo 10.bis.3 LGDCU asegura la aplicación de la normativa comunitaria de protección de los consumidores, sea cual fuere la ley aplicable al contrato (117), la regla del número 28 no se refiere a la normativa de protección del consumidor —protección ya conferida por el art. 10.bis.3 LGDCU—, sino a la teoría general del contrato, y pretende evitar que pueda imponerse al contrato un régimen jurídico que resulte imprevisible o extraño para el consumidor. Sentada esta premisa, las críticas a tal precepto podrían venir por otras razones. En primer lugar, porque la elección de los puntos de conexión no parece la más adecuada, al no existir coordinación con respecto a los previstos en el Convenio de Roma. Y también porque, en ocasiones, su aplicación puede conducir a un resultado perjudicial para el consumidor. Piénsese, por ejemplo, en el caso que las partes pactan la aplicación al contrato del Derecho de un país que no es ninguno de los previstos en el número 28. La aplicación literal de este precepto implicaría considerar abusiva, y por tanto nula, tal cláusula, a pesar de que la aplicación de tal normativa pueda resultar más beneficiosa para el consumidor porque el nivel protección del Derecho de este tercer país es superior al *standard*. Tal consecuencia es inadmisibles, y debe intentar paliar-

(117) El Convenio de Roma parte del principio de autonomía conflictual (art. 3.1), pero garantiza al consumidor, como mínimo, el nivel de protección establecido por la Ley del lugar de su residencia habitual (art. 5.2).

se mediante una interpretación correctora del precepto, entendiendo que los dos puntos de conexión que contempla y que considera válidos (el lugar en el que el consumidor emita su declaración negocial, o donde el profesional desarrolle su actividad de promoción) se refieren únicamente a la Ley que regirá la teoría general aplicable a tal contrato, pero no al régimen especial de protección del consumidor.

29. *Cláusulas abusivas por imponer tipos de interés superiores a los legales en los descubiertos en cuenta corriente*

En el número 29 de la Disposición Adicional Primera LGDCU se establece el carácter abusivo de la «*imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se establecen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo*». Se trata de una cláusula que no aparece relacionada en el Anexo 1 de la Directiva, y que se remite a la Ley de Crédito al Consumo, que en su artículo 19.4 establece que el tipo aplicable a los descubiertos no podrá dar lugar a una Tasa Anual Equivalente (TAE) que exceda 2,5 veces el interés legal del dinero (118). Por tanto, si se imponen condiciones de crédito que fijen intereses superiores a los establecidos en la citada norma, se entendería que ello comporta en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, al suponer un precio del dinero superior al del mercado.

La doctrina considera que la limitación establecida en la cláusula que comentamos se circunscribe exclusivamente a los descubiertos tácitos en cuentas corrientes de crédito, y no a los pactados, dado que sólo en aquella clase de operaciones el consumidor puede desconocer la TAE —al no incorporarse a la relación jurídica que une a cliente con Entidad sino a través de la fijación unilateral por parte de ésta en un tablón de anuncios— cuando realiza la operación (119). Ahora bien, si el consumidor conoce tal coste porque le ha sido comunicado el tipo aplicable, pero aún así decide celebrar la operación, la limitación no debería operar, salvo que se entienda que toda operación de crédito al consumo debe respetar ese límite, cosa que implicaría

(118) Antes de la entrada en vigor de la Ley de crédito al consumo, los altos tipos de interés aplicados a los descubiertos, así como las comisiones cobradas por las Entidades, excedían con mucho de lo que podía considerarse como un justo equilibrio de las prestaciones. Todo ello obligó a los poderes públicos a dar una respuesta a la demanda social existente, imponiendo unos límites a esas situaciones, lo que inspiró el artículo 19.4.º al que se remite la cláusula que comentamos.

(119) MUÑOZ CERVERA, «La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, septiembre de 1995, núm. 17, pág. 213.

establecer un sistema de interés tasado en este tipo de créditos, lo que parece exceder del propósito de la Ley de Crédito al Consumo.

Si se sobrepasa el límite legal, la cláusula contemplada en el número 29 será nula de pleno derecho. Ahora bien, no creemos que dicha nulidad deba traer consigo la imposibilidad de cobrar interés alguno al consumidor, sino que estimamos más adecuado que el Juez, al amparo de lo que establece el artículo 10.bis.2 LCGC, utilice sus facultades moderadoras y limite el tipo de interés al máximo legal (120).

F) REGLA ESPECIAL RELATIVA A VALORES Y OTROS PRODUCTOS FINANCIEROS

En su parte final, la Disposición Adicional Primera LGDCU establece que *«Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y la resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de los bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio este vinculado a una cotización, índice bursátil, o a un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas»*. Este precepto constituye la transposición al Derecho interno español de los límites previstos en el Anexo 2 de la Directiva respecto de las cláusulas g), j) y l) del Anexo 1, que establece una serie de excepciones cuando las cláusulas se refieran a ciertos productos financieros.

El ámbito de aplicación de esta norma se delimita por la clase de modificación de que se trata, y por el objeto sobre el que recae:

- a) Las cláusulas abusivas por suponer una modificación o resolución unilateral del contrato (núm. 2), o un incremento del precio (núm. 7), no tendrán aplicación en los contratos relativos a valores y otros productos financieros en los que el profesional no tenga la potestad de fijar el precio. La justificación es la falta de control por parte del profesional sobre la eventualidad y el grado de una modificación, con lo que se impide que éste pueda actuar a su antojo. La excepción que introduce la LGDCU es comprensible respecto de las modificaciones de precio, pues la cotización del índice aplicable elimina la aleatoriedad que supondría su fijación unilateral por el profesional. Pero, conforme a la regulación de la LGDCU —y frente al silencio en este punto de la Directiva—, no sólo quedan excluidas

(120) Como ocurrió en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Lleida, de 20 de mayo de 1999 (AC 1999/843), y de León, de 15 de abril de 1998 (AC 1998/748).

este tipo de cláusulas relativas al precio, sino que también entra dentro de su ámbito de aplicación cualquier modificación unilateral llevada a cabo por el profesional, de manera que existe el peligro de que la exclusión alcance a la modificación de cláusulas que nada tengan que ver con el precio del contrato. Hubiera sido deseable que la LGDCU vinculase expresamente la exclusión de cláusulas sobre modificación unilateral o resolución anticipada a la condición de que se tratase de una situación obligada como consecuencia, directa o indirectamente, de la variación sustancial del precio o cotización del objeto del contrato (121).

Debe señalarse que el hecho de que la Entidad aplique un precio distinto en un momento determinado, no constituye necesariamente una modificación unilateral del contrato, si en el mismo se estipularon las bases o la referencia a ese aumento, ya que el artículo 1.448 del Código Civil lo permite.

- b) Y los contratos a los que la norma es aplicable se delimitan también en función de su objeto, es decir, en función del tipo de productos o servicios que se contratan, que tienen como característica común que el precio viene fijado por indicadores o medios externos. Se citan concretamente los contratos relativos a «valores, con independencia de su forma de presentación, instrumentos financieros y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle», y los contratos de «compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas».

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili

ANA GIMÉNEZ COSTA
Profesora Colaboradora de Derecho Civil
Universitat Rovira i Virgili

(121) BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Comentarios Bercovitz*, cit., págs. 1315-1316.

Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España (*)

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES: OPCIÓN LEGISLATIVA Y LÍMITES DE REGULACIÓN.—II. LA TÉCNICA DE REGULACIÓN. LA APARICIÓN DE SOCIEDADES HÍBRIDAS COMUNITARIO-NACIONALES.—III. CONFORMACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA EN EL SISTEMA DE FUENTES: EL CASO ESPAÑOL: A) CONSIDERACIONES GENERALES: LEY APLICABLE A LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA. B) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE REMISIÓN COMUNITARIA. C) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE CARÁCTER NACIONAL: 1. *La incidencia de las normas nacionales de desarrollo en la conformación estatutaria de la sociedad europea.* 2. *La incidencia de las normas nacionales de aplicación a las sociedades anónimas en la conformación estatutaria de la sociedad europea.* 3. *El ámbito de configuración estatutaria admitido por el Reglamento en relación con las normas nacionales aplicables.*—IV. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: A) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO ADMITIDO POR EL REGLAMENTO. B) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO RESULTANTE DE LA LEY NACIONAL APLICABLE: 1. *Cláusulas obligatorias y condicionalmente obligatorias.* 2. *Cláusulas facultativas.* C) FUTUROS DESARROLLOS ESTATUTARIOS DE LA SE. EL CAMBIO DEL SISTEMA.

(*) Trabajo realizado en el marco del Programa de I+D «Continuidad e innovación en el Derecho de sociedades de la Unión Europea», SEJ2004-07400/JURI, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, dirigido por el Profesor Doctor don JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO.

I. CONSIDERACIONES GENERALES: OPCIÓN LEGISLATIVA Y LÍMITES DE REGULACIÓN

La entrada en vigor del Reglamento (CE) número 2157/2001, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), el día 8 de octubre de 2004 abre nuevas perspectivas para las empresas transnacionales de dimensión europea. Esta figura societaria es, a fecha de hoy, la máxima expresión, tras décadas de arduas negociaciones políticas, del grado de armonización del Derecho societario alcanzado dentro de la Unión Europea. Con la institucionalización de la llamada *Societas Europaea* («SE») se realiza el principio de igualdad de los sujetos en el desarrollo de su actividad económica en el mercado interior de la Unión. El recurso a esta figura jurídica por los operadores económicos permite, de una parte, eliminar los obstáculos nacionales existentes respecto de los intercambios comerciales, y, por otra, mejorar la situación económica y social general (Considerando primero del Reglamento) (1).

La creación legal de esta figura societaria de carácter transcomunitario parte de la necesidad de reestructurar aquellas empresas que, con actividad económica a través de filiales, sucursales u otras formas de representación en distintos países comunitarios, deseen su integración bajo el amparo jurídico de una única sociedad, con reconocimiento dentro de toda la Unión Europea. Tal opción, dentro de los mecanismos de organización que el Derecho ofrece al empresario, le permite, siempre y cuando su actividad satisfaga necesidades económicas en distintos países de la Unión y dentro de determinados límites (cfr. art. 2 RESAE), reestructurar, de forma derivativa, su organización empresarial en una sola figura societaria (2). Y para ello, la sociedad europea se presenta como una opción legislativa que reconoce, por primera vez, las operaciones de fusión

(1) Para una aproximación a la formación histórica de este Reglamento, ESTEBAN VELASCO («El compromiso de Niza: Por fin, la Sociedad Europea», en *RdS*, Ed. Aranzadi, t. 1, 2001, pág. 141 y sigs., pág. 143-4); GARCIMARTÍN ALFÉREZ («El reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pág. 7 y sigs., pág. 9 a 11), y BLANQUET («La société européenne n'est plus un mythe», en *Revue de Droit International et de Droit Compare*, vol. 78, núm. 2, 2001, pág. 139 y sigs.).

En este contexto, MIOLA («Lo statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dall'armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti», en *Rivista delle Società*, vol. 48, núm. 2-3, 2003, pág. 322 y sigs., pág. 323) acusa a la reducción actuada sobre la materia del Reglamento de haber llevado a la disciplina de la sociedad europea a un amasijo incompleto y desordenado de normas.

(2) Vid. art. 43 del Tratado en relación con las nociones de filial, sucursal y establecimiento secundario.

ESTEBAN VELASCO (*ob. cit.*, pág. 143) alude a vías complejas o indirectas, tales como la multiplicación de sociedades creadas de acuerdo con las leyes de los diversos Estados miembros, creación de «holdings», intercambio de participaciones y tomas de control, entre otras.

y de concentración transfronteriza de empresas, de titularidad común o diferenciada, que operen en distintos Estados miembros, independientemente de la forma utilizada (filial, sucursal), si bien con limitaciones en la forma societaria escogida (S. A., S. L.) (vid. Considerando segundo RESAE) (3).

El Reglamento comunitario, mediante la admisión, junto a las sociedades de carácter nacional, de sociedades con empresas cuya actividad trascienda a varios mercados nacionales en la Comunidad, sujeta estas últimas a una normativa específica, cuya aplicación resulte directa en todos los Estados miembros (vid. Considerando sexto RESAE). Se ofrece a los operadores económicos, por esta vía normativa, un mecanismo de concentración empresarial y reestructuración societaria a través del cual aquellos puedan desarrollar una gestión común. De este modo, se supera, a su vez, las limitaciones de unas legislaciones nacionales que, por su territorialidad, no pueden atender a estas necesidades sociales de dimensión comunitaria (4).

Tanto la pretensión originaria de regulación como la orientación legislativa finalmente adoptada parten del principio de unidad de empresa en el plano jurídico allá donde exista una unidad económica. Sin embargo, esta aspiración encuentra limitaciones en la sistematización del Derecho nacional de los distintos países miembros. Tal disgregación del Derecho de la empresa en diversas disciplinas jurídicas es reconocida en el Reglamento mediante la exclusión, en su materia regulada, de la relativa al Derecho fiscal, al Derecho de la competencia, al Derecho de propiedad intelectual y al Derecho concursal. Respecto de estas disciplinas jurídicas, en la regulación de la sociedad europea, han de regir las disposiciones del Derecho de los Estados miembros, y las dictadas desde el Derecho comunitario en estas materias (vid. Considerando vigésimo RESAE) (5).

(3) SEQUEIRA MARTÍN («La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 79 (678), 2003, pág. 2169 y sigs., pág. 2180-1) indica que, como reconoce el artículo 17 RESAE, sólo en la fusión por constitución de una SE se puede en puridad hablar de constitución de nueva sociedad, mientras que la fusión por absorción es una modificación estructural de una sociedad ya existente.

(4) JORIS («EU awaits the birth of the European Company», en *International Financial Law Review*, vol. 20, núm. 7, 2001, pág. 15 y sigs., pág. 16, y en «Will the European Company work?», en *International Financial Law Review*, vol. 21, núm. 2, 2002, pág. 19 y sigs., pág. 23) destaca que la formación de la sociedad europea puede operar como vehículo tanto para la fusión transnacional de sociedades anónimas dentro de la Unión Europea como para la reestructuración de los grupos de sociedades europeas existentes, e, incluso de multinacionales fuera de la Unión. En esta línea, BLANQUET («La société européenne...», pág. 150-1) y POCAR («Le statut de la société européenne: une étape importante dans l'évolution du droit communautaire», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 38, núm. 3, 2002, pág. 585 y sigs., pág. 588-9).

(5) Critican la ausencia de normativa específica para la SE, MENJUCQ («La société européenne enfin l'aboutissement!», en *Recueil Dalloz*, vol. 13, núm. 1, 2001, pág. 1085 y sigs., pág. 1088); CATERINO («Il Regolamento sulla Società Europea e la connessa diret-

Estas limitaciones resultan manifiestas en materia laboral. La falta de consenso político en esta sede, tras largas negociaciones, obligó al legislador comunitario a acudir al recurso normativo de la Directiva, como medio de armonización del Derecho Europeo, en relación con la Sociedad Anónima Europea. Frente a esta técnica reguladora, la aplicación directa del Reglamento, en sede societaria, si bien con matizaciones, demuestra el mayor grado de armonización comunitaria alcanzado en el Derecho de sociedades. La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de trabajadores, se orienta a garantizar unos criterios de mínimos en la intervención de los mismos en aquellas cuestiones y decisiones relevantes en la empresa organizada bajo la forma de la sociedad europea (vid. Considerando vigésimo primero del Reglamento). Otras cuestiones objeto de la legislación social y laboral, en particular el derecho de los trabajadores a la información y consulta, en la medida que sea tutelado en los Estados miembros, se rigen por las disposiciones nacionales aplicables, en las mismas condiciones previstas para las sociedades anónimas (6).

Llegados a este punto, la delimitación a la materia societaria del Reglamento de la Sociedad Anónima Europea determina su carácter mercantil, más allá de declaraciones programáticas de unidad económica y jurídica de la empresa. Además, la adopción del Reglamento de la SE a través del artículo 308 del Tratado comunitario, impone que la regulación del mismo se someta al principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 del Tratado. De este modo, la formulación reglamentaria del Derecho comunitario encuen-

tiva sul coinvolgimento dei lavoratori», en *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, vol. 29, núm. 4, pág. 480 y sigs., pág. 487-8); CARBONE («La corporate governance della "società europea" nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato», en *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 16, núm. 1, 2002, pág. 133 y sigs., pág. 138), y WYMEERSCH («Company Law in Europe and European Company Law», en *Financial Law Institute Universiteit Gent*, Working Paper núm. 6, 2001, pág. 1 y sigs., pág. 43). Sin embargo, mantiene la necesidad de mantener separados ambos planos, SCHULZ y EICKER («The European Company Statute-The German view», en *Intertax*, vol. 29, 2001, núm. 10, pág. 332 y sigs., pág. 340) y BLANQUET («Enfin la société européenne, la SE», en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, Ed. Clément Juglar, 2001, núm. 1, pág. 65 y sigs., pág. 98) en tanto que la regulación de la SE atiende a beneficios operativos para las empresas de carácter transcomunitario y no a ventajas fiscales, y en este aspecto se remiten al principio de igualdad de trato y a la normativa comunitaria aplicable a las fusiones de sociedades de diferentes Estados miembros (Directiva 90/434/CEE).

(6) Para JORIS (*Will the European...?*, pág. 23) las reglas de implicación de los trabajadores impuestas determinan que esta figura societaria devenga atractiva principalmente para aquellos grupos de sociedades en los que estas reglas ya existan en las sociedades dominantes; para los restantes, el éxito de esta figura societaria dependerá de patrones nacionales respecto de la complejidad, coste, duración y certeza del resultado del proceso de negociación con los trabajadores.

tra, en esta materia, una segunda restricción: su ámbito de aplicación se ha de extender únicamente a aquellos objetivos que no puedan, por su limitación territorial, ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Ello, en su vertiente positiva, permite la regulación general de una sociedad anónima europea de ámbito europeo, pero exige, asimismo, el respeto a aspectos de regulación ofertados por las legislaciones nacionales para sus tipos societarios. En consecuencia, es el principio de proporcionalidad el que justifica las posibles divergencias entre la tipología de la SE frente a los tipos societarios nacionales, siempre y cuando no se exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos de regulación unitaria de la figura (Considerando vigésimo noveno del Reglamento) (7).

II. LA TÉCNICA DE REGULACIÓN. LA APARICIÓN DE SOCIEDADES HÍBRIDAS COMUNITARIO-NACIONALES

En buena cuenta, la consecución de esta figura societaria de común aplicación a los países de la Unión europea es resultado de un cierto grado de armonización logrado a través de las Directivas comunitarias en esta sede. No obstante, el acuerdo alcanzado respecto de la Sociedad europea traspasa el Derecho armonizado, y rompe con el bloqueo de las Directivas de fusiones transfronterizas (Propuesta de Décima Directiva) y de traslado internacional del domicilio (Propuesta de Decimocuarta Directiva). Por lo tanto, se ha de reconocer al Reglamento una clara pretensión dinamizadora de las operaciones de reestructuración y cooperación a escala comunitaria. Y es más, a través de la regula-

(7) Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, contenidos en el artículo 5 del Tratado de Maastricht y recogidos en el «Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad» incorporado al Tratado de Ámsterdam, inspiran la técnica adoptada, siguiendo las recomendaciones del Grupo de trabajo encargado de la simplificación del Derecho de sociedades en el marco de la Iniciativa SLIM, Doc. XV/6037/99-ES. Así, el artículo 5, para aquellas materias que no sean de competencia exclusiva de las instituciones comunitarias, como ocurre con el Derecho de sociedades, establece que aquéllas sólo pueden intervenir «en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario»; a lo cual se ha de añadir el principio de proporcionalidad, que exige que «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

MALATESTA («Prime osservazioni sul regolamento CE n. 2157/2001 sulla società europea», en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 38, núm. 3, 2002, pág. 613 y sigs., pág. 6620) señala que es el carácter internacional de estas operaciones el que justifica, en todo caso, el ejercicio de la competencia comunitaria, que exige un vínculo con el territorio comunitario. Por otra parte, desde esta perspectiva de la territorialidad se ha de entender el principio de unidad económica y jurídica de empresa enunciado, como señala BLANQUET (*La société européenne...*, pág. 160).

ción de esta materia por vía de Reglamento de Derecho comunitario, que ya fue abierta por la Agrupación de Interés Económico, se supera, en parte, la territorialidad estatal de la figura societaria. Igualmente, se supera la obligatoriedad, hasta ahora existente, de elección de un determinado tipo legal contemplado por la regulación nacional en cada Estado en el que la empresa desarrolle su actividad (vid. Considerandos tercero y cuarto RESAE) (8).

La existencia de esta figura societaria es consecuencia de un entramado de equilibrios políticos y legislativos, necesarios para comprender su conformación. La armonización del derecho societario a través de Directivas ha favorecido en gran parte la promulgación del Reglamento de SE. No se ha de obviar, empero, el carácter de regulación de mínimos que se contempla en las Directivas. Por otra parte, la existencia de materias controvertidas que no han sido objeto de la referida armonización (vgr. organización de la gestión, problemática de los grupos de sociedades) han obligado al legislador comunitario a abordarlas nuevamente, en alguno de sus aspectos, a fin de dotar a esta figura jurídica de virtualidad (9).

Las circunstancias que rodean a la promulgación del Reglamento comunitario de la SE inciden en el carácter híbrido de la figura, cuya regulación se encuentra marcada por continuas remisiones a la legislación nacional del domicilio social de la sociedad. Por una parte, la materia armonizada permite, en ciertos aspectos, una uniformidad de las soluciones legales en cada uno de los Estados miembros. Desde la perspectiva contraria, la exigencia de mínimos que imponen las Directivas societarias determina una gran disparidad de contenidos en la regulación nacional de cada uno de los Estados. Ante esta

(8) Reglamento (CEE) núm. 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una agrupación europea de interés económico (AEIE) y el posterior Reglamento (CE) núm. 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE).

ESTEBAN VELASCO (*ob. cit.*, pág. 161) destaca la vía abierta por la sociedad europea para llevar a cabo complejas operaciones societarias transfronterizas, que reanuda la necesidad de consenso en la promulgación de Directivas sobre fusiones transfronterizas y traslado de domicilio entre diversos Estados miembros. Asimismo, MENJUCQ [«La société européenne (règlement CE n. 2157/2001 et Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001)»], en *Revue des Sociétés*, vol. 120, n. 2, 2002, pág. 225 y sigs., pág. 246), y LARGO GIL [«La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE)»]. [Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades], en *RdS*, núm. 18, t. I, 2002, pág. 99 y sigs., pág. 104, señalan que la aprobación del Reglamento ha de suponer un nuevo impulso a la aprobación de la Décima Directiva sobre fusiones transnacionales.

(9) GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*ob. cit.*, pág. 37) critica el resultado normativo, que califica de arbitrario y asistemático, en tanto que sus distintas piezas se ajustan según circunstancias políticas, empecinamientos personales o intereses de grupos de presión. Por otra parte, JORIS (*Will the European...?*, pág. 20) señala que el sistema de regulación adoptado, como consecuencia de los compromisos políticos de los cuales nace la sociedad europea, determina un proceso de formación de la SE largo y complejo y el abandono de un código de sociedad europeo, dadas las remisiones a la ley nacional en asuntos relevantes de la sociedad.

realidad, el Reglamento afronta las divergencias normativas existentes, bien mediante la introducción de sistemas alternativos —como en la organización el órgano administrativo—, bien mediante una remisión genérica a la ley nacional, aun cuando sea materia carente de armonización, como remedio para superar los impedimentos a la promulgación de la ley (10).

Ciertamente, la falta de uniformidad en la regulación de la SE, como consecuencia de su distinto régimen legal, incide en la disputa de un *forum shopping*. Esta competencia legislativa resulta de la libertad normativa que el Reglamento reconoce a los distintos Estados para aspectos concretos de desarrollo legislativo y de los requerimientos legales previstos para las sociedades nacionales. Ello, no obstante, éste es el coste que deriva de la técnica legislativa apuntada: la existencia de un cuerpo legislativo «marco» directamente aplicable a los distintos Estados.

El fin perseguido de realización del mercado interior de productos y servicios a través de la sociedad europea opera mediante un Reglamento de regulación imperativa en su núcleo esencial, pero flexible en su régimen general, dadas las constantes remisiones a las regulaciones nacionales que contiene (11). De este modo, se manifiesta la solución de equilibrio alcanzada

(10) Por ello, considera VICENT CHULIÀ («La sociedad anónima en el Derecho comunitario europeo», en *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad Europea*, Ed. Civitas-Fundación Profesor Manuel Broseta, Madrid, 1995, pág. 95 y sigs., pág. 134) que el estado de armonización del Derecho de sociedades no permite hallar un régimen uniforme, derivado de la remisión de gran parte del régimen de la sociedad europea al régimen nacional de las sociedades anónimas. Asimismo, HALBHUBER («National Doctrinal Structures and European Company Law», en *Common Market Law Review*, 2001, vol. 38, núm. 6, pág. 1385 y sigs., pág. 1405 y sigs.) para quien la armonización a través de Directivas tiene un carácter en su mayor parte formal, y es producto de grupos de presión que pretenden mantener los privilegios concedidos por su regulación nacional.

También critica este modelo, BLANC [«La société européenne: la pluralité des rattachements en question (a propos du règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001)», en *Le Dalloz*, 2002 —marzo—, núm. 12/7065, pág. 1052 y sigs., pág. 1057] en tanto que el régimen jurídico que resulta de las remisiones al Derecho nacional importa el riesgo de que los Estados decidan mantener sus particularismos nacionales en la elaboración de una normativa específica para las sociedades europeas establecidas en su territorio, lo cual sería contrario al principio armonizador que inspira la Regulación comunitaria; por otra parte, se producen «desarmonizaciones técnicas» de estas remisiones en los casos en los que determinadas soluciones de derecho nacional sean contrarias a disposiciones materiales del Reglamento. Asimismo, FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS («El futuro del Derecho de sociedades en Europa: A propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea», en *La Ley*, núm. 5465, 2002, pág. 1 y sigs., pág. 2) quien destaca la labor de armonización del Derecho de sociedades europeo que supone la Sociedad Europea, frente al bloqueo de las Directivas relativas a los grupos de sociedades, a la disolución y liquidación de sociedades y a las OPAs.

(11) En este sentido, CATERINO (*ob. cit.*, pág. 487) y RESCIO («La Società Europea tra diritto comunitario e diritto nazionale», en *Revista delle Società*, vol. 48, núm. 5, 2003, pág. 965 y sigs., pág. 965). También, SAGASTI AURREKOETXEA («La constitución de la «Societas Europaea-SE», en *RdS*, 2002, núm. 19, t. II, pág. 115 y sigs., pág. 117) apunta

entre el carácter comunitario y nacional de esta normativa. En ella convergen un núcleo europeo, derivado de las normas comunes a toda SE, y un conjunto de soluciones normativas específicas de carácter nacional para cada sociedad, según la localización de su domicilio social, en el denominado «juego del archipiélago» (12).

En este punto, la aspiración reguladora de los antecedentes al Reglamento comunitario ha tenido que ceder, ante las tensiones políticas y desarmonías en las regulaciones de los Estados, en aquellas materias más sensibles a los particularismos nacionales. La solución para resolver este nudo gordiano consiste en una remisión genérica a la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la SE. Asimismo, el principio de subsidiariedad permite tal remisión en todos aquellos aspectos que no requieran de normas comunitarias uniformes (vid. Considerando noveno RESAE) (13).

De acuerdo con esta técnica reguladora, el principio de subsidiariedad justifica que el artículo 3 RESAE, a efectos de las modalidades constitutivas de la sociedad europea, realice una remisión genérica a la consideración de aquélla como una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social. Ello debe ser completado con el principio de igualdad que sustenta el artículo 10 RESAE. De conformidad con el mismo, esta figura societaria ha de recibir en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Europea tenga su domicilio social. Esta remisión se encuentra presente, asimismo, respecto de la regulación especial que atienda a sectores específicos de actividad de la sociedad anónima. En el referido sentido, el apartado tercero del artículo 9 RESAE, extiende la aplicabilidad de sus disposiciones específicas a la sociedad europea.

Los principios de subsidiariedad, proporcionalidad e igualdad exigen, en primer lugar, que los Estados miembros garanticen que la aplicación de las

que el Reglamento constituye una articulación original entre los ordenamientos jurídicos nacionales, la libertad contractual y el «núcleo duro» del Derecho comunitario. Sostiene así, BLANQUET (*La société européenne...*, pág. 159) que la «columna vertebral» de la regulación de la sociedad europea, que se contiene en el Reglamento, será sostenida por los diversos derechos nacionales.

(12) A esta metáfora se refiere RESCIO (*ob. cit.*, pág. 974) en la que la sociedad europea aparece en el centro de un conjunto de islas periféricas que aseguran, dentro del margen concedido por el propio Estatuto, y por la competencia legislativa entre ellas, una tendencia a mejorar la oferta de regulación de estas sociedades.

(13) Sobre este particular, MALATESTA (*ob. cit.*, pág. 616) reconoce que la normativa que resulta del Reglamento parte de dos circunstancias: una, la existencia de un grado de armonización mínimo, y otra, la gran flexibilidad reconocida mediante los márgenes concedidos a la voluntad de las partes y los frecuentes reenvíos a las legislaciones nacionales aplicables.

disposiciones de las Sociedades Europeas desarrolladas al efecto por ley nacional no causen discriminaciones respecto del régimen jurídico establecido para las sociedades anónimas nacionales. Se evita, de este modo, la eventual introducción, por esta vía específica, de un mecanismo favorable al *forum shopping* frente a otras regulaciones nacionales. Por otra parte, frente a pretensiones regulatorias tendentes a la «inmovilización» de sociedades europeas de carácter nacional, estos principios impiden, igualmente, que, por vía del desarrollo legislativo permitido a los legisladores nacionales, se introduzcan limitaciones desproporcionadas a la constitución de una Sociedad Europea o al cambio de su domicilio (vid. Considerando quinto RESAE). Desde perspectiva distinta, los Estados miembros vienen obligados a aplicar, en los casos de infracciones de las disposiciones del Reglamento comunitario, las mismas sanciones que las previstas para las sociedades anónimas sometidas a su legislación (vid. Considerando décimo octavo RESAE) (14).

Ello no obstante, la ausencia de consenso comunitario en aspectos relevantes de la regulación societaria de la sociedad europea, sede, por otro lado, donde se han alcanzado mayores espacios de armonización, abre amplios resquicios a la existencia de competencia legislativa entre los distintos Estados de la Unión en relación con esta figura societaria común. La posibilidad de *forum shopping* o competencia legislativa se ha de reconocer en cuanto la ausencia de regulación en el Reglamento comunitario, o las remisiones que en el mismo se contiene a la ley nacional, alcanzan a aspectos relevantes de la sociedad europea. Así ocurre en las materias donde no se han logrado acuerdos para su armonización en el ámbito comunitario. Entre ellas, la regulación de las ofertas públicas de adquisición, las reglas de la ordenación de la estructura del órgano de gestión y de responsabilidad de sus miembros, y en sede de los grupos de sociedades. A las anteriores se unen todas aquellas otras materias respecto de las cuales el carácter de mínimos de las Directivas deja

(14) Frente al principio de competencia de sistemas legislativos, propugnado por tendencias liberales anglosajonas, como mecanismo de mejora de los ordenamientos nacionales, ESTEBAN VELASCO (*ob. cit.*, pág. 142) destaca que ello puede llevar a la promulgación por los Estados de normas menos protectoras y a la propagación del «efecto Delaware». La existencia de un arbitraje normativo para las empresas de ámbito comunitario mediante la adopción de esta forma societaria, dado el bajo nivel de armonización de las regulaciones nacionales en materia de sociedades, es apuntado por ENRIQUES («Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno è meglio», en *Rivista delle Società*, vol. 48, núm. 2-3, 2003, pág. 375 y sigs., pág. 394-5). Asimismo, BLANC (*ob. cit.*, pág. 1057) señala que este efecto Delaware puede tener lugar por distintas vías, no sólo mediante la regulación del Derecho de sociedades, sino también mediante el Derecho laboral y el fiscal. Por otra parte, identifica FERNÁNDEZ DEL POZO («El traslado internacional de domicilio de la Sociedad Europea (*Societas Europaea*)», en *RDM*, núm. 250, 2003, pág. 1479 y sigs., pág. 1525-6) en el criterio de sede real mantenido por el Reglamento una restricción sustancial a la existencia de «*forum shopping*» entre las legislaciones nacionales de sociedades.

un margen regulador a los legisladores nacionales, tales como la protección de accionistas minoritarios y de acreedores o la regulación de la asistencia financiera. A las anteriores se incorporan, como resultado del Reglamento y en consideración a sus remisiones a la ley nacional, nuevas áreas de juego de la competencia legislativa. Tal es el caso de ámbitos de regulación relativos a los procedimientos de control en la constitución de una sociedad europea, las reglas de funcionamiento del comité de negociación y las disposiciones de referencia para la implicación de trabajadores (15).

III. CONFORMACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA EN EL SISTEMA DE FUENTES: EL CASO ESPAÑOL

A) CONSIDERACIONES GENERALES: LEY APLICABLE A LOS ESTATUTOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA

El carácter híbrido comunitario-nacional de esta tipología de sociedades y el principio de igualdad respecto de las sociedades nacionales permiten introducir diversas consideraciones. Y ello con las excepciones que derivan de la preferencia de las normas de carácter imperativo del Reglamento, así como de los márgenes que el mismo dispensa a los Estatutos y a las normas nacionales especiales de desarrollo, según el sistema de fuentes que contempla el artículo 9 RESAE. En primer lugar, la equiparación que el artículo 3 RESAE efectúa respecto de la sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social determina que el régimen de ésta sea el de subsidiaria aplicación a la sociedad europea. En segundo lugar, impone el artículo 10 RESAE que la sociedad europea haya de recibir en el Estado miembro donde tenga su domicilio social el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación de dicho Estado. Este principio de igualdad, también con carácter general, es extendido por el artículo 15 RESAE a la constitución de toda SE (16).

A tal efecto, a falta de regulación expresa sobre el contenido de la forma constitutiva de la sociedad europea, excepción hecha de algunas menciones particulares, el régimen previsto para la sociedad anónima nacional se exten-

(15) En términos similares, JORIS (*EU awaits...*, pág. 17, y en *Will the European...?*, pág. 23) y RESCIO (*ob. cit.*, pág. 976). CARBONE (*ob. cit.*, págs. 140 a 144) incluye, como aspectos relevantes para la opción legislativa, los relativos a las obligaciones de información a los socios y a la regulación de las ofertas públicas de acciones, así como el régimen relativo a la administración de la sociedad (*corporate governance*).

(16) RESCIO (*ob. cit.*, pág. 994) recoge la relevancia de los principios generales del Reglamento para, frente a pretensiones uniformistas o localistas de interpretación del régimen jurídico de la sociedad europea, encontrar criterios que ofrezcan un equilibrio entre el derecho comunitario y el derecho nacional, como fuentes de regulación en esta sede.

derá a la constitución de la sociedad europea cuyo domicilio, y por tanto, su administración real (art. 5 RESAE), se hallen situados en España. En concreto, será de aplicación el artículo 9 LSA, que, en relación con los Estatutos sociales, determina las menciones mínimas obligatorias y el alcance natural de su contenido (17).

El carácter derivativo de la creación de la sociedad europea, que requiere el sustento de una sociedad o, al menos, entidad de derecho, en los términos del apartado segundo del artículo 48 del Tratado constitutivo, permite en unos casos hablar, en esta sede, de medidas de reestructuración de sociedades para la adaptación de sus unidades empresariales al ámbito comunitario de actuación. Así se deduce de las exigencias de constitución de Sociedad europea mediante fusión o mediante transformación. Por otra parte, la admisión de la constitución de sociedades europeas mediante la creación de Sociedades holding o de sociedades filiales europeas institucionaliza el fenómeno de los grupos de sociedades de ámbito comunitario (18).

Todas las operaciones anteriores inciden en la conformación estatutaria de la sociedad europea y exigen la adaptación de sus Estatutos al Reglamento comunitario. En los casos de las modalidades de modificaciones estructurales admitidas de sociedades anónimas en sociedad europea, se exige, en primer lugar, una adaptación del contenido de los Estatutos al régimen jurídico particular de esta figura societaria. Por otra parte, la estructuración de grupos de sociedades comunitarios por cualesquiera sociedades para la creación de una sociedad europea filial, o por sociedades de capital de una sociedad europea filial, exige, igualmente, la redacción de los Estatutos por los cuales se haya de regir la nueva sociedad (19).

En cuanto a los requisitos formales para la constitución de una sociedad europea, presenta el artículo 6 RESAE un lenguaje ambiguo, a fin de armonizar las diferencias entre las soluciones normativas nacionales. Según el mismo, la expresión estatutos de la SE designa tanto al acto constitutivo de la sociedad, como a los Estatutos propiamente dichos, cuando constituyan un acto separa-

(17) En particular, para la modalidad constitutiva por vía de fusión, SEQUEIRA MARTÍN (*ob. cit.*, pág. 2239) destaca la relevancia del ordenamiento nacional aplicable en la elaboración de los «estatutos» que han de figurar en el proyecto de fusión, y que, con éste, han de ser aprobados por las sociedades partícipes.

(18) También en esta línea, MIOLA (*ob. cit.*, págs. 368 a 374) en cuanto la admisión de la sociedad europea enfatiza el problema de armonización del Derecho comunitario en relación con los grupos de sociedades. Por otra parte, BLANQUET (*La société européenne...*, pág. 169) destaca la importancia de los grupos de sociedades de «marca» comunitaria dentro del mercado único.

(19) LARGO GIL (*ob. cit.*, pág. 102) distingue entre unos modos constitutivos de índole jurídico-societaria y, dentro de ellos, la fusión y la transformación como modificaciones estructurales de sociedades, y otros de índole jurídico-negocial, como la creación de una filial común.

do (20). En todo caso, en nuestro sistema la necesidad de incorporación de los Estatutos a la escritura fundacional, en virtud del artículo 8 LSA, determina la obligatoriedad de unicidad de acto. No obstante, la distinción ha de operar en referencia a la escritura fundacional, en atención a las menciones obligatorias que se contienen en dicho artículo, y al contenido de los Estatutos sociales, en los términos recogidos en el artículo 9 LSA. En consecuencia, la referencia a los Estatutos en el Reglamento comunitario es comprensiva tanto de la escritura fundacional, como de los Estatutos en sentido estricto. Por otra parte, los requerimientos del Reglamento, en cuanto a la configuración de esta particular tipología de sociedades, inciden en el régimen aplicable a la constitución de sociedades europeas de carácter español (21).

B) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE REMISIÓN COMUNITARIA

El complejo entramado de equilibrios de los que resulta la promulgación de la SE justifica que el Estatuto comunitario, en su artículo 9, establezca un particular régimen de prelación en el sistema de fuentes que ha de regir esta tipología de sociedades. Mediante la introducción de disposiciones estatutarias de remisión comunitaria («La SE se regirá: cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE») se reconoce una capacidad de autorregulación a los fundadores de la misma para aquellas materias en las que el Reglamento comunitario autorice, de forma expresa, un espacio de libertad a la conformación estatutaria.

En consecuencia, esta remisión únicamente alcanza a las materias tratadas de forma específica por el Reglamento, y no a aquellas otras cuyo régimen jurídico es trasladado por el mismo a la regulación nacional donde la sociedad europea se halle domiciliada, según el principio de sede real mantenido (art. 7 RESAE). Entre las materias que son objeto de regulación comunitaria se encuentran, con carácter general, las especialidades en las formas constitutivas de la SE, el traslado transnacional del domicilio social, las modalidades

(20) Ello es conforme con el artículo 2 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en el cual se señala «1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las Sociedades se refiera, al menos, a los actos e indicaciones siguientes: a) La escritura de constitución y los Estatutos, si fueran objeto de un acto separado».

(21) Junto al ahorro de los costes de transacción y la admisión de la fusión transfronteriza derivados de la sociedad europea, ENRIQUES (*ob. cit.*, pág. 390) añade, como razón por la cual se patrocina la elección de esta figura, la adopción de la legislación que resulte más favorable a los intereses concurrentes en su constitución.

de estructuración de los órganos sociales y la transformación de la SE en Sociedad nacional. A ellas se unen aspectos generales de la identificación de esta particular figura societaria, como los caracteres definidores de la figura (art. 1), la admisión de la unipersonalidad (art. 3.2), el capital mínimo (art. 4), las exigencias de domicilio (art. 7) y de denominación (art. 11), y las reglas de implicación de los trabajadores (art. 12).

En este punto, normas de carácter dispositivo que se contengan en la regulación comunitaria pueden ser derogadas, dentro del margen de libertad reconocido por la propia norma legal, mediante expresión a contrario contenida en los Estatutos sociales. Este margen a la autonomía de los fundadores, o, en caso de modificación estatutaria, a los socios en Junta General, halla acomodo en la conformación de los órganos de gestión de la sociedad. Dentro del margen de libertad estatutaria atribuido por esta vía, el artículo 38 RESAE estructura la formación orgánica de la sociedad europea a través de una Junta General y de uno o varios órganos de gestión. Y en este último caso, se reconoce la posibilidad de adopción de un modelo gestorio de carácter dualista, formado un órgano de control y un órgano de dirección, o de un sistema monista, constituido por un único órgano de administración. En cualquier caso, la elección que debe constar, necesariamente, en los Estatutos sociales.

En este orden de cosas, junto al sistema monista atribuido a las sociedades de capital en la regulación nacional española, consistente en la determinación de un órgano de administración, desde la norma comunitaria se introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema dualista de gestión societaria propio de sistemas de Derecho comparado. Esta medida, tendente a encontrar soluciones de equilibrio entre las diversas formaciones de órganos de gestión dentro de los Estados miembros de la Unión, se manifiesta, por una parte, como superadora de los inconvenientes que impidieron la aprobación de la correspondiente Directiva comunitaria en sede de sociedades (5.^a Directiva). En segundo lugar, esta técnica regulatoria permite a las empresas que se acojan a la figura de la sociedad europea y que tengan su domicilio social en España, la asunción de una fórmula dualista de gestión. Esta medida, dentro del sistema de fuentes dispuesto, no puede ser rechazada por norma nacional alguna.

El artículo 38 RESAE contiene un mandato imperativo de necesaria admisión, por las legislaciones nacionales, de ambos sistemas de gestión, dual y monista, extendidos en los distintos Estados miembros. Del mismo, la necesidad de integración nacional del régimen comunitario previsto, para cada uno de ellos, en el Reglamento. La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, es continente de un artículo único por el que se inserta, este régimen complementario y supletorio, en el articulado del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Para ello se añaden al Texto Refundido los nuevos artículos 312 a 337. Por

otra parte, la referida Ley, en sus disposiciones adicionales y finales adapta, con carácter general, ciertos artículos de la Ley del Mercado de Valores y de las respectivas leyes de sociedades de capital (22).

Para atender a la necesidad de regulación apuntada, se introduce por esta vía, a través del nuevo artículo 327 TRLSA la traslación de la obligatoria admisión de ambos sistemas gestorios. En este punto, impone la norma que los Estatutos de la sociedad anónima europea domiciliada en España, desde el momento fundacional, habrán de establecer por cual de los dos sistemas opta la sociedad.

Con carácter particular, en sede de régimen jurídico aplicable a los órganos de gestión de la sociedad europea, la regulación comunitaria permite, de forma expresa, márgenes a la regulación estatutaria. Así, en cuanto al plazo de reunión del órgano de administración o de información al órgano de control. Por una parte, para el supuesto de elección del sistema monista de gestión de la sociedad, el artículo 44 RESAE, en su apartado primero, establece un plazo «mínimo» de reunión del órgano de administración de tres meses. De este modo, se institucionaliza la reunión «ordinaria» del órgano de administración para «deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible». Alternativamente, para el supuesto de elección del sistema dual de gestión de la sociedad, el artículo 41 RESAE, en su apartado primero, de forma paralela, establece un plazo «mínimo» de tres meses para que el órgano de dirección informe al órgano de control, igualmente, sobre «la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible»; ello sin perjuicio de las facultades de comprobación que se atribuyan al referido órgano de control.

Establecido este plazo «mínimo» de tres meses, el artículo 44 RESAE acoge la posibilidad de disposición estatutaria que implante una menor periodicidad de las reuniones del órgano de administración. De este modo, la libertad de configuración que se reconoce a los Estatutos sociales se ha de entender en la opción de exigir un mayor número de reuniones «ordinarias» del órgano de administración; pero, en caso alguno, los Estatutos podrán establecer un periodo de reunión superior a los tres meses establecidos legal-

(22) En un primer momento y con fecha de 16 de mayo de 2002, se aprobó, por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) que, en su Libro VIII, dedicado a la sociedad anónima europea domiciliada en España, cuyo Título tercero, dedicado a los órganos sociales, destinó su capítulo segundo a la organización del sistema dual de gestión. Asimismo, el Anteproyecto de Ley sobre la sociedad Anónima Europea domiciliada en España, aprobado por el Consejo de Ministros en sesión de 23 de octubre de 2004, también acogió, en buena parte, las soluciones de la Propuesta, y añadía un nuevo capítulo XII: «De la Sociedad Anónima Europea», al Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, e incorporaba, dentro del mismo, en su Sección tercera, las formas de estructuración de los órganos sociales, y la distinción entre los sistemas monista y dual de gestión de la SE.

mente. Esta misma posibilidad, *at least, but not at last*, se ha de admitir para las sociedades que opten por un sistema dual de gestión. La periodicidad de información del órgano de dirección al órgano de control adquiere un carácter de mínimos, que puede ser incrementado por disposición estatutaria (23).

Reconocida la posibilidad de alteración estatutaria, con los límites reseñados, respecto de las exigencias temporales de reunión de los órganos de la sociedad europea, según la estructura de gestión adoptada por los mismos Estatutos, otro tanto ocurre en cuanto a los plazos de duración del cargo para los miembros de los órganos sociales de gestión. Dentro de este ámbito, el artículo 46 RESAE, dentro del régimen común a ambos sistemas gestorios, establece, en primer lugar, el límite máximo de seis años de duración para el ejercicio del cargo por los miembros de estos órganos sociales.

Dentro de la línea apuntada, se impone la indicación estatutaria, por una parte, del plazo de vigencia de los cargos de gestión de la sociedad; por otra, los Estatutos podrán reducir, pero no ampliar, la duración de seis años prevista legalmente. Estipula, por tanto, la norma de referencia, la duración «máxima» que pueden contemplar los Estatutos de la sociedad, lo cual no impide que éstos opten por una duración inferior. Desde la perspectiva de Derecho nacional, el artículo 126 LSA, tras la modificación operada por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, mediante su Disposición Final Primera, número cuarto (a partir de ahora LSAE), aplicable con carácter general a toda sociedad anónima, nacional o europea, amplía la duración máxima del cargo de administrador a seis años. La influencia de otros sistemas de Derecho comparado ha extendido el referido plazo al de que señala el artículo 46 RESAE; y ello sin perjuicio de eventuales reducciones, por vía estatutaria y con carácter general, para ambas tipologías de sociedades.

Al régimen anterior se incorpora el apartado segundo del artículo 46 RESAE, que acoge el principio de libre renovación en el cargo gestor por el órgano competente para ello, renovaciones que serán ilimitadas, por el periodo determinado en los Estatutos. Dentro de las facultades de delimitación estatutaria del régimen jurídico de los órganos de gestión de la sociedad europea, permite también el artículo 46 RESAE, en su apartado segundo, que los Estatutos puedan establecer restricciones al principio de renovación ilimitada del cargo. En consecuencia, mediante este mecanismo se pueden introducir medidas limitadoras, tanto de la posibilidad de renovación de los miembros de los órganos de la sociedad, como del número de renovaciones admitidas.

(23) Así, es reconocido, recogiendo la opinión de STRASSER, en relación con el párrafo 81 AktG, por MORILLAS JARILLO y GRECHENIG [«La administración de la Sociedad Anónima europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho español», en *Derecho de los Negocios*, núm. 145, 2002, pág. 1 y sigs., notas 105 y 128].

Por otra parte, la literalidad de la norma contrasta con la regulación del artículo 126 LSA, que se limita, en su apartado cuarto, y tras la nueva redacción dada al mismo, a admitir también la reelección de los administradores «una o más veces por periodos de igual duración máxima». El silencio respecto de la posibilidad estatutaria de introducción de restricciones a este principio de libre reelección debe ser integrado con la regulación comunitaria para las sociedades europeas que se hallen domiciliadas en España. Se encuentra, de este modo, en la regulación comunitaria de la *Societas Europaea* un mecanismo de armonización de la materia societaria nacional de los distintos Estados miembros (24).

Desde otra perspectiva, el artículo 50 RESAE establece las reglas relativas al *quórum* y a la toma de decisiones de los órganos gestorios de la SE. Con carácter general, se atiende, dentro de la estructura del Derecho de Sociedades, a una doble consideración: primero, que el *quórum* y la aprobación se sujetan a las reglas generales de la mitad y la mayoría de los miembros presentes o representados; segundo, que para determinados acuerdos y cuando se requiera, por norma legal, otro porcentaje superior o una mayoría reforzada para la concurrencia de los requisitos legales de asistencia y decisión, se ha de estar a los mismos. No obstante, el artículo 50 RESAE admite que «los estatutos dispongan otra cosa». De ello se ha de derivar que, establecidos estos mínimos legales, la posibilidad de su modificación, por vía estatutaria, se ha de orientar a su reforzamiento, en tanto que tales mínimos actúan como límites imperativos para la validez de los acuerdos (25).

En relación con lo anterior y para el caso en el que en el órgano de gestión social se produjere un empate en los votos de sus miembros, el apartado segundo del artículo 50 RESAE, en la toma de decisiones, reconoce un principio de voto dirimente a favor del presidente del órgano en cuestión. Sin embargo, admite, asimismo, una excepción consistente en la exclusión estatutaria del reconocimiento del referido voto de calidad del presidente. A este respecto, la libertad que reconoce el apartado segundo del artículo 50 RESAE en la redacción de los Estatutos, en este punto, permite que éstos prevean

(24) GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*ob. cit.*, pág. 9) señala que las soluciones del Reglamento comunitario pueden servir de referente hermenéutico para cubrir las lagunas del Derecho positivo nacional, de modo que los silencios no deben interpretarse *a contrario*, sino como habilitaciones implícitas al desarrollo judicial. Este criterio es mantenido por SEQUEIRA MARTÍN (*ob. cit.*, pág. 2178). Asimismo, RESCIO (*ob. cit.*, pág. 974) destaca que, en dirección opuesta a la originaria, la regulación de la sociedad europea puede servir para interpretar algunos aspectos innovativos de la reforma de sociedades. También, en esta línea, MENJUCQ (*La société européenne...*, pág. 245) y BLANC (*ob. cit.*, pág. 1053) para quien el principio de subsidiariedad produce un efecto inverso, en tanto que las disposiciones nacionales serán de aplicación por remisión o en defecto de la regulación comunitaria.

(25) Vid. artículos 139 y 140 LSA.

cualquier otro modo de resolución del bloqueo de decisiones en el órgano colegiado (26).

Ahora bien, este mismo artículo establece una restricción a esta posibilidad de derogación estatutaria del principio de voto dirimente del Presidente del órgano. Cuando la representación de los trabajadores en el órgano de control en el sistema dualista alcance a la mitad de sus miembros, la preponderancia del capital en la toma de decisiones determina que, en todo caso, el presidente pueda ejercer su voto dirimente. Así se reconoce en el artículo 42 RESAE cuando limita la capacidad para ser presidente, para el supuesto de paridad entre los miembros designados por los trabajadores y por la Junta General de Accionistas, a aquellos miembros que hubieran sido designados por esta última.

Sin embargo, sorprende que la solución se contemple únicamente para el supuesto de participación paritaria de los trabajadores en el órgano de control. Esta misma participación se reconoce, igualmente, en el artículo 43 RESAE respecto del órgano de administración de la sociedad europea. Sin embargo, y de acuerdo con la dicción de la norma, los Estatutos podrían, en principio, derogar el reconocimiento del voto de calidad del presidente en los casos de empate en las decisiones de los órganos colegiados de representación paritaria. Ello puede ser debido a una desarmonía en la traslación de soluciones de inserción de los trabajadores de sistemas de Derecho comparado a las estructuras del sistema monista de gestión, la cual causa una laguna legal que debe ser integrada con las soluciones del sistema dualista.

En consideración a lo apuntado, la solución prevista para el sistema dualista debe ser extendida, por vía analógica, al sistema monista de gestión de la SE. Por otra parte, han de ser traídas a colación, igualmente, las reticencias introducidas en la integración de los trabajadores en el órgano de gestión de la sociedad en el sistema monista y las restricciones en la constitución de sociedades europeas; en particular en el caso de la fusión, en las que participan sociedades con regímenes y escalas distintas de implicación de los trabajadores en la sociedad (cfr. arts. 3.4 y 7.2 Directiva 2001/86/CE).

Dentro de los distintos aspectos de regulación para los que el Reglamento comunitario autoriza un desarrollo por vía estatutaria se incluye, asimismo, el ámbito competencial de los órganos gestorios. No obstante, la configuración estatutaria de esta materia ha de respetar las facultades de carácter imperativo que la norma comunitaria reconoce a cada uno de ellos. En particular, los artículos 39.1 y 40.1 RESAE, para los órganos de dirección y control en el sistema dualista, y el artículo 43.1 RESAE, respecto de la función genérica de gestión social atribuida al órgano de administración en el sistema monista.

(26) También MORILLAS JARILLO y GRECHENIG (*ob. cit.*, nota 90) admite que los estatutos puedan disponer medidas alternativas.

Adicionalmente, el artículo 48.1 RESAE atribuye a los Estatutos la enumeración de las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración, en el sistema monista.

La determinación en los Estatutos de las materias respecto de las cuales el órgano de dirección precisa de autorización del órgano de control no incide sobre la iniciativa de gestión que se reconoce a aquél. Únicamente afecta a la validez, como requisito *ad solemnitatem*, del acuerdo del órgano de administración, en tanto que la realización del acto y los requisitos para su aprobación gozan de la publicidad registral que resulta de la inscripción de los Estatutos sociales en el Registro Mercantil. Cuando los Estatutos, de acuerdo con la facultad concedida en el Reglamento, dispongan las categorías de operaciones respecto de las cuales se exija aprobación de ambos órganos gestorios en el sistema dual, los efectos de la publicidad registral se extenderán a tales operaciones contenidas en los Estatutos debidamente inscritos. En consecuencia, los actos realizados tendrán eficacia frente a terceros en su vinculación con la sociedad.

Por otra parte, cuando las sociedades resulten estructuradas bajo la forma de gestión monista, con un único órgano de administración, los Estatutos podrán manifestar la necesidad de constancia escrita del órgano de administración para la ejecución de determinados asuntos de su competencia. Esta norma se ha de entender desde la perspectiva de la posibilidad de delegación de las competencias del órgano de administración en uno o más consejeros o comisiones. La enunciación en los Estatutos de determinadas categorías de operaciones, en este sentido, restringe la posibilidad de delegación de las mismas.

En particular, en nuestra regulación, el artículo 141 LSA impide la delegación la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta General, así como las facultades que la Junta conceda al Consejo de administración con el carácter de indelegables (27). No obstante, nada más dice la norma respecto a la restricción a la delegación de facultades por vía estatutaria. De esta forma, el silencio normativo que resulta de la regulación nacional, puede ser integrado o completado, nuevamente, por la norma comunitaria. El artículo 148 RESAE mantiene, en este punto, un mayor desarrollo del régimen jurídico aplicable, que no resulta incompatible, por otra parte, con la regulación nacional.

(27) Sobre este particular, con carácter general, vid. AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Facultad de Derecho de Albacete, Ed. Civitas, Madrid, 1991; AA.VV., *Derecho de Sociedades Anónimas*, coord. Alfonso Ureba, A., Duque Domínguez, J., Esteban Velasco, F., García Villaverde, R., y Sánchez Calero, F., Madrid, 1994; y AA.VV., *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, dir. V. M. Garrido de Palma, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

Además, la posibilidad de enumeración en los Estatutos de las materias que requieran de decisión expresa del órgano de administración, es decir, que no puedan ser delegadas por el mismo en otra representación orgánica o voluntaria, resulta compatible con la restricción contenida en el artículo 124.4 RRM. Según el mismo, no podrán inscribirse en el Registro mercantil las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los Estatutos. La solución de la norma comunitaria no contradice la norma nacional en tanto que ambas pretenden fines distintos.

La norma nacional mantiene el ámbito de gestión y representación atribuido a los administradores, en contraposición a la Junta General de la sociedad. En consecuencia, por vía estatutaria no se puedan introducir limitaciones a las facultades amparadas por el artículo 124.4 RRM. De este modo se mantiene indubitado el ámbito competencial atribuido a cada órgano. Por el contrario, la norma comunitaria no incorpora restricción alguna en el ámbito de gestión encomendada a los administradores; únicamente establece, dentro de esta esfera, qué categorías de operaciones pueden ser atribuidas de forma taxativa por los Estatutos sociales al órgano de administración, sin que quepa, por tanto y respecto de las mismas, un acuerdo de delegación en órgano distinto (28).

C) LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS DE CARÁCTER NACIONAL

1. *La incidencia de las normas nacionales de desarrollo en la conformación estatutaria de la sociedad europea*

Dentro del sistema de prelación de normas dispuesto por el artículo 9 RESAE, y junto con las normas de origen comunitario, tanto las dimanadas del mismo Reglamento, como las autorizaciones al desarrollo estatutario que en el mismo se contienen, son de aplicación a la SE, con carácter subsidiario, otras normas de carácter nacional. En este punto, el legislador nacional dispone de la libertad reguladora que la propia norma comunitaria le concede «respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento, o si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos».

En consecuencia, se pueden distinguir dos aspectos en cuanto al régimen jurídico de la SE. En primer lugar, respecto de aquellas materias de Derecho societario que no sean tratadas por el Reglamento, el artículo 10 RESAE impone un principio de «igualdad de trato» de la SE que tenga su domicilio en un Estado miembro respecto de la sociedad anónima constituida según su legislación nacional. Esta imposición restringe la capacidad de desarrollo normativo de la reglamentación nacional respecto de esta figura societaria.

(28) Respecto de esta materia, vid. AA.VV., *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, dir. J. M. Embid Irujo, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

A todo ello se une que los principios de subsidiariedad y proporcionalidad determinan que toda regulación específica sobre esta materia se haya de ajustar a colmar los vacíos legales que presente la norma «marco». Por ende, se ha de entender desde una visión restrictiva cualquier pretensión reguladora del legislador nacional por esta vía. Y en este sentido, el apartado segundo del artículo 9 RESAE añade la necesidad de conformidad de las disposiciones legales que sean adoptadas por los Estados miembros para las sociedades europeas domiciliadas en su territorio con respecto a las Directivas comunitarias en sede de sociedades.

En segundo lugar, para aquellas materias que sean parcialmente tratadas por el Reglamento se ha de atender al margen concedido en el mismo para su desarrollo por la norma nacional. Este margen a la regulación nacional ha de ser, asimismo, autorizado por el Reglamento. Por lo tanto, se ha de estar a de cada supuesto concreto en el que se permite esta posibilidad de regulación a los Estados miembros.

Sin distinción alguna, la letra c comprende las distintas fuentes normativas de carácter nacional que pueden incidir en las SE con carácter particular, en tanto que sólo afectarán a aquellas sociedades con domicilio en el Estado miembro de que se trate. Dentro de estas fuentes se incluye la referencia a: i) «disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE» que «deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I»; ii) «las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social», y iii) «las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social».

La norma comunitaria no dispone, a diferencia de la distinción entre las fuentes de regulación de origen europeo y nacional, criterio de prelación alguno entre las normas nacionales. No obstante, la lógica del sistema así lo exige. El criterio de especialidad atribuye preferencia a las normas nacionales en desarrollo de la regulación de la Sociedad europea frente a la ley nacional aplicable, con carácter general, a toda sociedad anónima (cfr. arts. 3 y 5 LSA). Asimismo, la ley nacional de carácter imperativo se ha de superponer, también dentro del régimen de la sociedad europea, a la conformación estatutaria que se dispense a los fundadores o promotores.

Por lo tanto, las posibilidades de conformación estatutaria de la sociedad europea domiciliada en España encuentran determinados límites que han de ser objeto de consideración. En primer lugar, las normas de carácter imperativo del Reglamento comunitario. Por otra parte, las normas imperativas, tanto las resultantes de un específico desarrollo legislativo nacional para las

Sociedades europeas domiciliadas en España (LSAE), como las aplicables a las sociedades anónimas nacionales.

Este margen de libertad estatutaria se ha de ajustar, por último, a la necesidad de igualdad de trato de la sociedad europea respecto del régimen jurídico de la sociedad nacional, con excepción de las especialidades contenidas en el propio Reglamento. En este punto y con respeto de las restricciones anteriores, se ha de reconocer a los socios fundadores la posibilidad de introducir, por vía estatutaria, los actos y condiciones que tuvieran por conveniente establecer para regular el funcionamiento de la sociedad, y las relaciones entre ésta y los accionistas. Pero aún en este caso, la organización social ha de atender a las leyes y a los principios configuradores de la sociedad anónima, que la distinguen de otras modalidades societarias.

Descritas las especialidades contenidas en el Reglamento respecto de la configuración estatutaria en el ámbito comunitario de las sociedades europeas, resta por atender a las posibilidades de conformación a escala nacional. En cuanto a las materias que sean parcialmente tratadas por el Reglamento, la regulación nacional de desarrollo del mismo puede limitar, igualmente, la posibilidad de conformación estatutaria de la sociedad europea con domicilio en España. Tal es el caso, en primer lugar, del artículo 7 RESAE, que señala la posibilidad de los Estados miembros de imponer la unicidad de administración central y del domicilio social en un mismo lugar dentro de su territorio. En este punto, la LSAE se limita, mediante la introducción del artículo 312 al Texto Refundido de la LSA, a exigir la domiciliación de la sociedad europea en España cuando su administración central radique en territorio español (29).

La facultad reguladora de los Estados miembros, consentida en el Reglamento, alcanza, con carácter general, a la inclusión de medidas de protección de los intereses de los accionistas minoritarios ante acuerdos sociales que les afecten (vid. art. 8.5 RESAE, en el caso de traslado de sede a otro Estado miembro; art. 24.2 en la fusión constitutiva de la SE, y art. 34 RESAE en la creación de una sociedad Europea Holding) (30). Y también medidas de tutela de las expectativas de los acreedores (art. 8.7 ap. 2.º RESAE, ante el traslado a otro Estado). Al respecto, la LSAE ha acogido la solución del reconocimiento de un

(29) Este criterio es concordante con la opción que contempla el artículo 6 LSA de elección entre el centro de efectiva administración y dirección, o en el que radique el principal establecimiento o explotación.

(30) Ya desde un primer momento, los artículos 645.1.º y 649 PCSM, acogidos en los artículos 314, letra a, y 318 del Anteproyecto, reconocían un derecho de separación a los accionistas que votaran en contra del acuerdo traslado del domicilio a otro Estado miembro o, en su caso, del acuerdo de fusión; mientras que el artículo 323 del Anteproyecto, en relación con el artículo 654 PCSM, trasladaba la solución prevista en la integración del grupo de sociedades a la protección de los accionistas que se opusieran a la constitución de una SE Holding.

derecho de separación a los socios que se opongan a los referidos acuerdos (art. 315.1, letra a, art. 320 y art. 325 TRLSA) y un derecho de oposición a los acreedores por créditos nacidos con anterioridad a la publicación de los correspondientes proyectos (art. 315.1, letra b TRLSA) (31).

A ello se añade la tutela del interés público mediante la inclusión de un derecho de oposición por parte de los Estados en caso de cambio de ley aplicable (art. 8.14 RESAE para el traslado de sede, y art. 19 en la fusión). Esta medida garantista del interés público nacional o, incluso, regionales, por la iniciativa reconocida a las Comunidades Autónomas, es acogida en los artículos 316 TRLSA, para el supuesto de traslado de la SE a otro Estado, y por el artículo 318.1 TRLSA, para el supuesto de participación de una sociedad española en la constitución de una SE mediante fusión (32).

A lo anterior, se unen otros ámbitos de desarrollo normativo nacional en relación con la sociedad europea. En particular, la introducción de distintas modalidades de implicación de los trabajadores en la vida social exige la adecuación de la regulación societaria. Para el supuesto en el que los Estatutos se hayan de adaptar a las disposiciones relativas a la implicación de trabajadores que se hubieran fijado, el tercer párrafo del apartado cuarto del artículo 12 RESAE permite a los Estados miembros atribuir la facultad de la consecuente modificación de Estatutos al órgano de dirección, o en su caso, de administración. De este modo, se excepciona la exigencia de adopción del acuerdo por la Junta General.

La incidencia de la implicación de los trabajadores en la vida social de la SE se manifiesta, igualmente, en el apartado octavo del artículo 37 RESAE. Según el mismo, cualquier Estado miembro podrá condicionar la transformación de una sociedad anónima en Sociedad Europea a la aprobación, por mayoría cualificada o por unanimidad, del órgano social a través del cual participen los trabajadores en las decisiones societarias. Sin embargo, este último criterio de eventual unanimidad no resulta admisible en nuestro sistema por tratarse de una exigencia contraria a los principios configuradores de la Sociedad Anónima. Por otra parte, el artículo 326.2 del TRLSA, tras la modificación introducida por la LSAE, remite únicamente la aprobación del proyecto a la Junta General de Accionistas (33).

(31) El artículo 314 del Anteproyecto, en su letra b, que acogía la solución del anterior artículo 645.2.º PCSM, reconoció un derecho de oposición a los acreedores al traslado del domicilio social a otro Estado.

(32) Este derecho de oposición basado en razones de interés público, también tuvo acogida en el artículo 314 del Anteproyecto, en su letra d, que mantenía, a su vez, la solución del artículo 645.4.º PCSM para el supuesto de traslado a otro Estado, y en su artículo 316, en relación con el 647 PCSM, ante la participación de una sociedad española en la constitución de una SE mediante fusión.

(33) En correspondencia con los anteriores artículos 324.2 del Anteproyecto y 655.2 PCSM.

Otras medidas de desarrollo afectan a la Junta General de estas sociedades y pueden, consecuentemente, delimitar las facultades de conformación estatutaria del régimen jurídico aplicable a la SE. En primer lugar, la posibilidad consistente en que el Estado miembro sustituya el régimen general de la mayoría prevista en el artículo 59 RESAE de dos tercios de los votos emitidos en la Junta General para la modificación estatutaria. Admite este artículo la aprobación de la modificación de Estatutos por mayoría simple de votos cuando se halle presente o representada, al menos, la mitad del capital suscrito, en los términos estipulados en el apartado segundo del mismo. A la anterior se une la admisión, respecto de la primera Junta General, en el párrafo segundo del apartado primero del artículo 54 RESAE, de posposición de la celebración de la primera Junta General a los dieciocho meses siguientes a la constitución de la sociedad.

Pero al respecto, y en relación con los Estatutos sociales, el artículo 314 TRLSA, en su apartado tercero, se limita a equiparar los requisitos de forma y publicidad de los actos y datos de toda sociedad anónima europea domiciliada en España a los exigidos, con carácter general, a las sociedades anónimas nacionales. El silencio legal de la nueva regulación comporta ciertas dudas interpretativas en la trasposición del artículo 59 del RESAE. El silencio legal debiera, en puridad, determinar la aplicación directa del referido artículo comunitario; pero a ello se oponen los principios de igualdad y subsidiariedad. Ergo, la solución contenida en el artículo 103 LSA debiera ser igualmente trasladada a la sociedad anónima europea domiciliada en España.

El Reglamento recoge, expresamente, otros aspectos de regulación respecto de los cuales el desarrollo normativo nacional para las sociedades europeas domiciliadas en su territorio puede incidir en la formación de los Estatutos sociales. El apartado tercero del artículo 50 RESAE, para el particular régimen de participación de los trabajadores contemplado en la Directiva 2001/86/CE, prevé que los Estados miembros puedan sujetar el *quórum* y la toma de decisiones del órgano de control, no ya a las normas previstas por el propio Reglamento comunitario, sino a las reglas de *quórum* y mayorías previstas para las sociedades anónimas nacionales. Y en este punto, el artículo 333.1 TRLSA formula una remisión genérica, en relación con el Consejo de control, al régimen previsto para el consejo de administración de las sociedades anónimas (34).

Por otra parte, el Reglamento concede al legislador nacional cierta discrecionalidad en la regulación de los órganos de gestión y de control de los mismos. Con carácter general, el artículo 48 RESAE, en su apartado segundo, reconoce a los Estados la posibilidad determinar las categorías de operaciones que deban, en su contenido mínimo, figurar en los Estatutos de la Sociedad

(34) También, con carácter general, los artículos 331.1 del Anteproyecto y 662.1 PCSM.

Europea (35). Estas operaciones podrán requerir, cuando los Estatutos mismos así lo dispongan, de constancia expresa de la decisión del órgano de administración o de autorización previa del órgano de control. En este último caso, el párrafo segundo del apartado primero de la norma admite que la regulación específica relativa a la Sociedad europea domiciliada en su territorio sustituya este criterio de enumeración estatutaria por la facultad del órgano de control de someter a su autorización determinadas categorías de operaciones. Y ello, sin necesidad de constancia en los Estatutos sociales.

Esta medida sí es incorporada a la regulación nacional mediante el nuevo artículo 334 TRLSA. Éste admite, de forma expresa, el acuerdo del consejo de control que exija autorización previa para determinadas operaciones aprobadas por el órgano de administración. Pero, en este caso, la falta de su constancia en los Estatutos, impide su oponibilidad frente a terceros de buena fe (36). La cuestión se traslada a la posibilidad de incorporación a los Estatutos sociales de este acuerdo de autorización previa, como consecuencia de la enunciación, por el artículo 10 TRLSA, del principio de libertad de pactos y condiciones reconocido a los socios fundadores. El carácter preferente de la regulación comunitaria resuelve esta incertidumbre. El artículo 48 RESAE admite que los Estatutos sociales, de forma directa, enumeren las categorías de operaciones que exigen autorización del órgano de control. De este modo, este régimen adquiere la publicidad registral que resulta del contenido de los Estatutos sociales, y ello sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores respecto de los terceros afectados.

Tanto para el sistema monista como para el sistema dual se incorporan facultades de desarrollo legislativo paralelas. Así ocurre en la atribución de la administración corriente de la empresa societaria a uno o varios consejeros delegados (arts. 39.1 y 43 RESAE), siempre que se sujete al régimen previsto por la ley nacional para «sus» sociedades (37); también en la determinación del número mínimo y/o máximo de miembros del órgano de dirección y control y de administración (arts. 39.4 y 40.3 y 43.2 RESAE) (38); o en la

(35) Esta opción no debe ser confundida con la ineficacia, contenida en el artículo 330.2 del TRLSA, frente a terceros, de inscripción en el Registro Mercantil de cualquier limitación de las facultades atribuidas a la dirección, en tanto que la gestión de la sociedad, en todos sus ámbitos, está atribuida a este órgano.

(36) Cfr. artículo 332 del Anteproyecto y artículo 663 PCSM.

(37) En este punto, el artículo 328 TRLSA (cfr. art. 336 del Anteproyecto y art. 657 PCSM) extiende el régimen jurídico establecido para las sociedades anónimas nacionales, con excepción del régimen dispuesto en el Reglamento, a las sociedades europeas domiciliadas en España que opten por un sistema monista de administración. En esta línea, el artículo 333.1 TRLSA (cfr. art. 331.1 del Anteproyecto y art. 662 PCSM) realiza la misma remisión en relación con el Consejo de control.

(38) En particular, el artículo 331.1 TRLSA (cfr. art. 329.1 del Anteproyecto, que mantiene la solución del art. 660 PCSM) prevé que el consejo de dirección haya de estar formado por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete.

introducción de las medidas necesarias para la incorporación del sistema gestorio hasta entonces no contemplado por la ley nacional, bien sea el sistema dual bien el monista (arts. 39.6 y 43.4 RESAE) (39).

En particular, la facultad de desarrollo nacional del derecho comunitario viene establecida para el sistema dual de gestión de la sociedad. Ejemplo de ello es la facultad de los Estados de limitar temporalmente el ejercicio del cargo de miembro del órgano de dirección a quien hubiese cubierto la vacante existente como miembro del órgano de vigilancia o control (art. 39.3 RESAE). En este punto, el nuevo artículo 332 TRLSA recoge este particular nombramiento por «cooptación», que limita temporalmente, dentro de la libertad regulatoria concedida, a un año de duración (40).

En esta línea, recoge el artículo 41.3 RESAE la norma comunitaria la posibilidad de extender a los miembros del órgano de control la facultad, reconocida por el Reglamento, únicamente al órgano de control en abstracto, de solicitar la información necesaria para desempeñar sus funciones. Esta opción, no obstante, no es acogida por La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

Por otra parte, el artículo 55 RESAE contempla la posibilidad consistente en que la legislación nacional fije un porcentaje inferior al mínimo del diez por ciento que establece el Reglamento comunitario, para el ejercicio de la facultad de solicitud de convocatoria de Junta General. En este caso, la reducción se ha de ajustar a las mismas condiciones que resulten de aplicación a las sociedades anónimas nacionales. Esta opción es admitida, también y aun a falta de regulación expresa, por vía de su inclusión en el contenido de los Estatutos sociales. Ambas medidas son extensibles, de conformidad con el artículo 56 RESAE, para la exigencia del capital mínimo que autorice a los accionistas minoritarios la solicitud de inclusión de uno o varios puntos en el orden del día de la Junta General.

Esta reducción a mínimo es adoptada por el nuevo artículo 337 TRLSA, introducido por la LSAE. El mismo reconoce la obligación de convocar la Junta General a solicitud de accionistas que sean titulares de, al menos, el cinco por ciento del capital social, en correlación al porcentaje contemplado para esta facultad en la sociedad anónima nacional. Este criterio es, a su vez, refrendado por el apartado segundo del artículo 338 TRLSA para la solicitud de inclusión de nuevos asuntos al orden del día. Todo ello debe ser comple-

(39) Los nuevos artículos 329 a 336 TRLSA establecen el régimen jurídico para la organización del sistema dual de gestión, si bien formulan remisiones al régimen general previsto para los administradores, respecto del poder de representación de los directores, en cuanto a la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos, el régimen subsidiario del consejo de control y la responsabilidad de los miembros de estos órganos.

(40) Cfr. artículo 330 del Anteproyecto y artículo 661 PCSM.

tado con la nueva regulación del artículo 97 TRLSA, aplicable a toda tipología de sociedad anónima, nacional o comunitaria (41).

2. *La incidencia de las normas nacionales de aplicación a las sociedades anónimas en la conformación estatutaria de la sociedad europea*

Delimitado el marco legislativo referente a las disposiciones de específica regulación de la sociedad europea, el sistema de fuentes establecido exige que, en lo restante, los Estatutos de la sociedad se hayan de ajustar a la regulación nacional de carácter imperativo. Para ello se ha de atender a las reglas de fijación del domicilio social, en la delimitación del régimen jurídico aplicable a la sociedad europea. En consecuencia, a esta tipología de sociedades serán de aplicación las normas de los Estados miembros que lo sean, a su vez, a las sociedades anónimas que tengan su domicilio social en dicho Estado.

Resulta frecuente en el texto reglamentario, para aspectos concretos de su regulación, la remisión a la normativa nacional del Estado miembro donde la sociedad europea tenga su domicilio social. Tal es el caso de ámbitos como la constitución de la sociedad bajo las modalidades típicas reconocidas (art. 15 RESAE); las especialidades, mantenimiento y modificaciones del capital, y régimen de las acciones, obligaciones y demás títulos asimilables a la Sociedad (arts. 4 y 5); las formas de publicidad previstas para operaciones relevantes, como el traslado intercomunitario del domicilio social (art. 8); y el control de la constitución de la sociedad europea mediante fusión (art. 25.1), así como para trámites específicos para la transmisión de bienes, derechos y obligaciones en las operaciones de fusión (art. 29.3) y transformación (art. 37.9) y en las especialidades derivadas de las fusiones abreviadas (art. 31.1. y 2).

Tal recurso normativo se contempla, igualmente, para el derecho de socios minoritarios en la designación de parte de los miembros de los órganos gestorios de la sociedad (art. 47.4), para el control y publicidad de las cuentas anuales y consolidadas (art. 61 y 62) y para los procedimientos de disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos (art. 63). Esta técnica remisoría alcanza, asimismo, al desarrollo regulador de las sanciones ante el incumplimiento del principio de sede real (art. 64). En este último punto, el mandato reglamentario de desarrollo es acogido por el nuevo artículo 313 TRLSA.

Otros ámbitos del régimen jurídico de la sociedad europea afectan a su particular configuración estatutaria. En sede de órganos sociales, la remisión a la regulación nacional se extiende, respecto de la organización de las acti-

(41) Cfr. artículo 335 del Anteproyecto y artículo 666.3 PCSM, respecto de la solitud por la minoría, y apartado segundo del artículo 336 del Anteproyecto, y artículo 667 PCSM, relativos a la solicitud de inclusión de nuevos asuntos al orden del día.

vidad gestoria y de su control en la sociedad, a las limitaciones y prohibiciones para la designación como miembro de alguno de los órganos gestorios (art. 47). En particular, el artículo 47 RESAE restringe la imposibilidad de estipulación estatutaria que acepte la participación de una sociedad u otra entidad jurídica como miembro de uno de los órganos de gestión de la sociedad europea al caso en que también la impida la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE (42).

Además, ante la falta de regulación específica por las normas nacionales, se contempla un campo de libertad estatutaria para la determinación del número de miembros del órgano de dirección, control o administración o, alternativamente para la fijación de normas que permitan su determinación (arts. 39.4., 40.3 y 43.2 RESAE). En cuanto a esta delimitación, el apartado primero del artículo 331 TRLSA únicamente impone, respecto del Consejo de dirección, que éste se halle compuesto por un mínimo de tres miembros y un máximo de siete (43).

En cuanto a la regulación de la Junta General, el artículo 53 RESAE contiene una remisión genérica a la ley aplicable nacional del lugar donde la sociedad tenga su domicilio social en los aspectos que no sean objeto de regulación de forma preferente por el Reglamento; en particular, respecto a la organización y desarrollo de la Junta General y a sus procedimientos de votación. De esta forma, la regulación reglamentaria ofrece remisiones específicas a las leyes nacionales en aspectos tales como el plazo de convocatoria de las Juntas Generales ordinarias (art. 54.1); el órgano competente para efectuar la convocatoria (art. 54.2.); procedimientos y plazos requeridos para el ejercicio por accionistas minoritarios de su derecho de solicitud de convocatoria y determinación del orden del día (arts. 55.1 y 56); elevación del principio de mayoría simple de votos emitidos para la adopción de acuerdos sociales (art. 57); y para la modificación de Estatutos (art. 59.1), con la salvedad contenida en el apartado segundo del artículo 59 RESAE (44).

En esta sede, particular relevancia asume la armonización operada en relación con el plazo de convocatoria de la Junta General. Por la aplicación del apartado segundo del artículo 54 RESAE, el legislador nacional, en el

(42) En nuestro sistema, sin embargo, el artículo 125 LSA admite el nombramiento de personas jurídicas, con las precisiones del artículo 143 RRM para su inscripción, como miembros del órgano de administración.

(43) En esta misma línea, el artículo 329.1 del Anteproyecto y el artículo 660.1 PCSM.

(44) Sobre esta materia, en relación con el régimen jurídico aplicable a las Juntas Generales de las sociedades domiciliadas en territorio español, vid. BOQUERA MATARREDONA («La Junta General de la Sociedad Anónima Europea con domicilio en España», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 41, 2004, pág. 11 y sigs.) y ROMERO FERNÁNDEZ («La convocatoria de la Junta General de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España», en *Derecho de los Negocios*, núm. 142-3, 2002, pág. 12 y sigs.).

artículo 97 TRLSA, apartado primero, amplía el anterior plazo de la convocatoria del anterior, de quince días, a un mes a la fecha fijada para la celebración de la Junta; dicción que se reitera, de forma acaso innecesaria, en el apartado primero del artículo 338 TRLSA. Y ello a fin de conceder el tiempo suficiente para que pueda publicarse la solicitud de la minoría de inclusión de nuevos asuntos en el orden del día, según prevé el artículo 55 RESAE. De forma paralela, el legislador, ante la necesidad de modificar este plazo, introduce al artículo 97, junto a la regulación del complemento a la convocatoria, la asistencia de los accionistas a la Junta General por medios telemáticos, y la organización, por vía estatutaria, de la misma.

Por otro lado, con carácter general, la estructura de los Estatutos sociales, para la sociedad europea con domicilio en España, se ha de ajustar a la ley nacional aplicable. Además, de las remisiones específicas antes apuntadas, el artículo 9 RESAE realiza una remisión genérica a la ley nacional para todas aquellas «materias no reguladas por el presente Reglamento». Derivado de lo anterior, la formación estatutaria de la sociedad europea ha de atender a las menciones de Derecho necesario que se contienen en el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas, con respeto al sistema de fuentes establecido en el artículo 9 RESAE. Esta «sociedad anónima», la *Societas Europaea*, reconoce, como caracteres esenciales, la división del capital social en acciones, la responsabilidad limitada de cada accionista, y la atribución de «su» propia personalidad jurídica (cfr. art. 1 RESAE y arts. 1 y 7 LSA), lo cual justifica la remisión genérica apuntada.

Pero en este caso, aun cuando el artículo 9 RESAE reconoce como fuente de regulación a los Estatutos sociales, éstos se han de ajustar a «las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social». Por otra parte, se ha de estar a la regulación contenida en el artículo 6 RESAE, que comprende, dentro de la expresión Estatutos de la SE, tanto al acto constitutivo, como a los Estatutos propiamente dichos, cuando constituyan un acto separado. En nuestro sistema legislativo, los Estatutos, si bien forman un documento separado, se incorporan de forma necesaria a la escritura constitutiva de la sociedad (vid. art. 8, letra e LSA).

3. *El ámbito de configuración estatutaria admitido por el Reglamento en relación con las normas nacionales aplicables*

El propio Reglamento reconoce un espacio normativo específico a los Estatutos respecto de la legislación nacional aplicable a las sociedades europeas, según la radicación de su domicilio social. Dada la estructura del sistema de fuentes, se puede sistematizar este espacio abierto la formación estatutaria de la SE a partir de la distinción entre: uno, las disposiciones de los

Estatutos admitidas por ley nacional específica en el desarrollo de la regulación de la sociedad europea, cuando esta posibilidad sea permitida por el Reglamento comunitario; y dos, las disposiciones estatutarias resultantes del ámbito de libertad concedido por la regulación nacional existente.

En primer lugar, dentro del espacio concedido al desarrollo estatutario por la regulación específica nacional, y respecto de la mención necesaria relativa a la elección del sistema dual de gestión y control de la misma, se ha de atender al artículo 39.2 RESAE. Esta disposición comunitaria reconoce a los Estados miembros la facultad de permitir a los Estatutos que trasladen a las competencias de la Junta General el nombramiento y revocación del miembro o los miembros del órgano de dirección, en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio (45).

Por otra parte, para el caso en que los Estados miembros establezcan un número máximo, mínimo o ambos de miembros del órgano de dirección y control o de administración, de conformidad con los artículos 39.4, 40.3 y 43.2 RESAE, los Estatutos de sociedad europea habrán de hacer mención, dentro de estos límites, del número de miembros del órgano o de las normas para su determinación. En todo caso, para el sistema monista de gestión se ha de respetar el número mínimo de tres miembros cuando participen los trabajadores en el referido órgano social.

Dentro de este grupo de remisiones recae la facultad, concedida por el artículo 48.2 RESAE, de determinación por ley del desarrollo del Reglamento comunitario de las categorías de operaciones que deban como mínimo figurar en los Estatutos de las SE que estén registradas en su territorio. Cuando esto sea así, corresponde a los Estatutos de la SE, según el artículo 48.1 RESAE, en consideración a la norma aplicable, la enumeración de las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista (46).

Respecto de la convocatoria de la Junta General y la fijación del orden del día por accionistas minoritarios, el artículo 55 RESAE permite a los Estatutos, a falta de mención expresa en ley nacional de desarrollo del Reglamento comunitario, la fijación de un porcentaje de capital suscrito mínimo inferior al del diez por ciento que reseña la norma comunitaria. Para ello es necesario que se ajuste las mismas condiciones exigibles en las sociedades anónimas naciona-

(45) Al respecto, el artículo 661 PCSM únicamente atribuía al órgano de control la facultad de suscribir el contrato que vinculara al miembro de la dirección con la sociedad, en las condiciones previstas para todo consejero ejecutivo, solución que ya no se contempló en el Anteproyecto de Ley en su correlativo artículo 330 TRLSA.

(46) Opción, por otra parte, no adoptada por la Ley, más allá de la inoponibilidad, a la que hace referencia el artículo 334 TRLSA, frente a terceros, de las operaciones de la dirección sometidas a autorización previa del Consejo de control.

les. Asimismo, para el caso del reconocimiento del derecho de las minorías accionariales de solicitar la inclusión de nuevos puntos en el orden del día. El artículo 56 RESAE, en defecto de regulación expresa que contemple la posibilidad de reducir el porcentaje del diez por ciento del capital suscrito que dispone el Reglamento comunitario, permite que sean los Estatutos sociales los que, de acuerdo con las condiciones que resulten de aplicación a las sociedades nacionales, determinen un porcentaje inferior. Esta posibilidad, no obstante, es eliminada por la LSAE, en tanto que, mediante la nueva redacción del artículo 338 TRLSA, reduce el referido porcentaje a un cinco por ciento, según el régimen previsto para las sociedades anónimas nacionales.

En contraposición a lo anterior, también reconoce el Reglamento de forma expresa un margen de libertad estatutaria para materias que sean delegadas a la legislación nacional. Se ha de atender, entre otras, al espacio normativo permitido en la regulación, por vía estatutaria, en relación con las condiciones particulares exigidas para ser elegido miembro en representación de los accionistas, de conformidad con lo establecido en el artículo 47.3 RESAE. Para el supuesto de la sociedad europea domiciliada en España, en correspondencia con la norma reseñada, el artículo 123.2 LSA permite que los Estatutos exijan la condición de accionista para ser nombrado administrador.

Por otra parte, respecto del ámbito competencial de la Junta General de la sociedad europea, el artículo 52 RESAE comprende las competencias específicas que resulten tanto del Reglamento comunitario, como de la legislación del estado miembro o, incluso, las que atribuyan los Estatutos; en este último caso, siempre que se adecuen a la libertad concedida por la legislación nacional. Sin embargo, en este punto, la regulación nacional no contiene, a diferencia de la sociedad de responsabilidad limitada, una norma que recoja el espacio competencial atribuido a la Junta General. Su esfera de actuación, por tanto, resulta de cada una de las normas que se refieren a actos societarios que requieran de su aprobación. En este aspecto, cobran relevancia los principios configuradores de la sociedad anónima, en tanto que los Estatutos no pueden incorporar competencias de gestión a las propias de la Junta General, ni restringir las que le sean reconocidas por la Ley.

Igualmente, en cuanto a los procedimientos y plazos para que los socios minoritarios puedan ejercitar su derecho de solicitud de inclusión de nuevos puntos en el orden del día, el artículo 56 RESAE, en defecto de regulación nacional, permite su introducción por vía estatutaria. Sin embargo, la redacción dada a los artículos 97 y 338 TRLSA ha venido a colmar este vacío legal, y excluye la necesidad de previsión estatutaria sobre este punto (47).

(47) Se supera, por esta vía, la problemática planteada, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inclusión de nuevos puntos en el orden del día por los accionistas.

IV. LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DE LA SOCIEDAD EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

A) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO ADMITIDO POR EL REGLAMENTO

La libertad de configuración estatutaria de la sociedad europea se encuentra limitada por el orden de prelación dispuesto por el artículo 9 RESAE y por las condiciones que éste establece para la aceptación de los Estatutos sociales como fuente normativa de la SE. En el mismo se contempla un doble reenvío. En primer lugar, la facultad de desarrollo estatutario se ha de ajustar, dentro de las normas de carácter comunitario y, por tanto, aplicable a toda SE con independencia de la radicación de su domicilio, a las reglas de Derecho material contenidas en el propio Reglamento. Por otra parte, en cuanto al ámbito reconocido para el desarrollo estatutario de la SE en cada uno de los Estados, se ha de atender a las limitaciones de derecho imperativo contenidas en la ley aplicable en el que se encuentre su domicilio social. Dado el orden de cascada de las fuentes, la limitación anterior, en este último caso, se ha hecho extensiva, también, a las normas específicas reguladoras de la SE en el ámbito nacional, y a las normas comunitarias de aplicación a esta figura, que ostentan un carácter preferente (48).

A los efectos de la remisión anterior, se ha de atender a los límites que recoge el propio artículo 9 RESAE en la disposición del sistema de fuentes. En primer lugar, la conformación estatutaria de la sociedad europea, dentro de las normas de carácter comunitario, exige mención expresa de la norma material que la autorice. El principio de subsidiariedad limita la posibilidad de regular aquellos aspectos o materias que reciban un tratamiento suficiente a través de la legislación nacional. Por lo tanto, este principio, que preside la normativa comunitaria, excluye una interpretación amplia que permita la extensión de los Estatutos a otros campos de regulación no contemplados de forma expresa el articulado del Reglamento del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

Al principio anterior se ha de añadir la pretensión del mantenimiento de unidad empresa-sociedad contenida en el Reglamento. Y ello, a partir de la posibilidad de implicación de los trabajadores en la organización societaria, lo cual trasciende a la formulación de los Estatutos de la sociedad europea. De acuerdo con esta consideración, el apartado cuarto del artículo 12 RESAE

(48) Como señala BLANC (*ob. cit.*, pág. 1055), el Reglamento no indica orden jerárquico de normas de carácter subsidiario a la norma comunitaria, no obstante, se puede deducir que los estatutos sociales ocupan una situación de último rango.

impone la adaptación de los Estatutos de las SE a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Alternativamente, exige la norma una posterior modificación estatutaria para su adecuación a las nuevas disposiciones en materia de implicación de trabajadores, acordadas en virtud de la Directiva 2001/86/CE. A tal fin, el Reglamento permite que los Estados miembros faculten al órgano de dirección o al órgano de administración para modificar los Estatutos sin necesidad de acuerdo de la Junta General de Accionistas.

De otra parte, del régimen dispuesto por el Reglamento comunitario se deduce una distinción, en la redacción de los Estatutos sociales, entre unas disposiciones estatutarias de carácter obligatorio, unas normas de carácter condicionalmente facultativo, y otras estipulaciones de carácter meramente facultativo (49). Dentro de las primeras, el artículo 38 RESAE exige que los Estatutos dejen constancia de la modalidad gestoria elegida, bien la monista, bien la dual (50). En adición a lo antedicho, y dentro de la obligación de determinar el sistema de gestión escogido, los artículos 39.4, 40.3 y 43.2 RESAE imponen, ya como norma estatutaria de carácter condicionalmente facultativo, que, respecto de los órganos colegiados de gestión de la sociedad, los Estatutos señalen el número de miembros del órgano correspondiente, o las normas para su determinación.

Estos artículos del Reglamento comunitario establecen un distinto espacio a la regulación de desarrollo nacional para cada uno de los órganos gestorios. El párrafo cuarto del artículo 39 RESAE autoriza a los Estados miembros a introducir una limitación mínima o máxima, o ambas, en la composición del órgano de dirección. Por otra parte, el apartado tercero del 40 RESAE, en relación con el número de miembros del órgano de control, extiende este margen de regulación también a la posibilidad de determinación legal del número de miembros exigidos para este órgano. Y, respecto del órgano de administración en el sistema monista de gestión, el apartado segundo del 43 RESAE autoriza a los Estados miembros a la fijación de un número mínimo o, en su caso, máximo. En este último supuesto, cuando la representación de los trabajadores se integre en este órgano, el mismo deberá estar compuesto de, al menos, tres miembros.

Los Estatutos de la SE, por lo tanto, se habrán de ajustar al esquema apuntado, en consideración a la ley nacional de desarrollo del Reglamento

(49) También, RESCIO (*ob. cit.*, pág. 980-1).

(50) Por otra parte, señala el artículo 56 RESAE, a falta de regulación nacional, que corresponde a los Estatutos la fijación del procedimiento y los plazos para la solicitud, por una minoría de socios en el capital, de inclusión de nuevos puntos del día a tratar en la Junta General; sin embargo, esta obligación es relevada por las reglas impuestas, con carácter general, para el ejercicio de este derecho, en el párrafo tercero del reformado artículo 97 TRLSA.

comunitario. Dado lo anterior, el nuevo artículo 328 TRLSA remite, para el caso de elección del sistema monista de administración, al régimen previsto para los administradores de las sociedades anónimas nacionales. En todo caso, la Junta General habrá de atender a las reglas estatutarias de determinación del número de administradores que exigen el artículo 43 RESAE en su apartado segundo y el artículo 123 LSA, y a las limitaciones que resulten de la Ley que regule el régimen de implicación de los trabajadores (51).

De otra parte, para el sistema dual de gestión de la sociedad, se ha de distinguir entre el órgano de control y el órgano de dirección. En cuanto al primero, el artículo 333 TRLSA se refiere únicamente al Consejo de control, por lo que se ha de entender al mismo aplicable la exigencia mínima de tres miembros para su composición (52). Esta presunción resulta corroborada por la remisión del apartado primero del referido artículo al régimen del Consejo de Administración. En lo que respecta al órgano de dirección, el artículo 331 TRLSA recoge las distintas modalidades de su organización y estructura, y en reiteración de la norma comunitaria, impone que, cuando los Estatutos de la sociedad no fijen el número de directores, aquéllos habrán de establecer su número máximo y mínimo, así como las reglas para su determinación. En todo caso, la regulación estatutaria habrá de respetar los límites, mínimo, de tres miembros, y máximo, de siete, impuesto en el artículo 331 TRLSA (53).

Por último, otras remisiones a los Estatutos resultan aplicables a toda sociedad europea, con independencia de su domicilio, y con carácter únicamente facultativo. Entre ellas, la posibilidad de reducir la periodicidad de las reuniones de los órganos de administración, también reconocida de forma implícita para los órganos de dirección (arts. 41 y 44.1 RESAE). Asimismo, otras disposiciones pueden reducir los máximos impuestos legalmente o limitar los principios recogidos en el Reglamento; verbigracia para la reducción de la duración de seis años en el cargo gestorio y en las restricciones a las renovaciones en el cargo (art. 46 RESAE en relación con el art. 126 TRLSA). Este criterio se mantiene, en consideración a las sociedades anónimas nacionales, para la posibilidad de reducción del porcentaje de capital necesario para la solicitud de convocatoria de la Junta General y de inclusión de nuevos puntos en el orden del día por una minoría de socios (arts. 55.1 y 56 RESAE). No obstante, esta opción tiene acogida en los nuevos artículos 337.1 y 338.2

(51) En este punto, la letra h del artículo 9 LSA exige, de conformidad con el artículo 124 RRM, la expresión estatutaria de la estructura del órgano de administración, así como de la determinación del número de administradores, que no podrá ser inferior a tres, cuando se trate de un Consejo de Administración, o alternativamente, del número máximo o mínimo de los mismos. En este último caso, el artículo 123 LSA atribuye la facultad de concreción del número de administradores, dentro de los márgenes estatutarios apuntados, a la Junta General.

(52) Cfr. artículo 331 del Anteproyecto y artículo 662 PCSM.

(53) Cfr. artículo 329 del Anteproyecto y artículo 660 PCSM.

TRLSA, que equiparan el porcentaje necesario para la solicitud al exigible para las sociedades anónimas nacionales.

A sensu contrario, la regulación estatutaria puede desarrollar las normas de mínimos establecidas en el Reglamento; ejemplo de ello es la posibilidad de enumeración de las categorías de operaciones que requieran autorización del órgano de control o una decisión expresa del órgano de administración (art. 48 RESAE). En esta línea, también se admite la introducción por vía estatutaria de mayorías reforzadas para la aprobación de los acuerdos sociales de los órganos de gestión (art. 50.1 RESAE).

B) LA CONFORMACIÓN DE LA SE EN ATENCIÓN AL DESARROLLO ESTATUTARIO RESULTANTE DE LA LEY NACIONAL APLICABLE

1. *Cláusulas obligatorias y condicionalmente obligatorias*

En segundo lugar, la remisión genérica, en última instancia, a los Estatutos de la sociedad exige su adaptación a las mismas condiciones admitidas para una sociedad anónima constituida según la ley del Estado miembro en el que se encuentre el domicilio de la sociedad europea. De este modo, se excluye la posibilidad de inclusión de cláusulas que no sean admitidas en la constitución y en las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas en los Estados miembros de la Unión (54).

Junto a las menciones requeridas por el artículo 9 LSA, el artículo 10 LSA permite que la escritura incluya, adicionalmente, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer. Esta libertad encuentra en las leyes y en los principios configuradores de la sociedad anónima los límites ordenadores también aplicables a los Estatutos de la SE. Por otro lado, para estas sociedades, junto al límite del régimen legal imperativo impuesto, principalmente, por la Ley de Sociedades Anónimas, se incorpora, aun cuando asuman carácter español, el régimen establecido por el Reglamento comunitario (55).

(54) GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*ob. cit.*, pág. 23) habla de una combinación de normas materiales uniformes y de normas de conflicto.

(55) En cuanto a la delimitación estatutaria de la sociedad anónima española, vid. EMBID IRUJO y MARTÍNEZ SANZ («Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de las sociedades de capital», en *RdS*, núm. 7, 1996, pág. 11 y sigs.), DUQUE DOMÍNGUEZ («Escritura, estatutos y límites de la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas», en *Derecho de Sociedades*, t. I, pág. 15 y sigs.), y GARRIDO DE PALMA («Autonomía de la voluntad y principios configuradores. Su problemática en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. II, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 1869 y sigs.). Asimismo, NEILA NEILA (*Estatutos de sociedades anónimas*, Ed. Revis-

De este modo, principios hasta hoy esenciales de las sociedades de capital, como, por ejemplo, el heteroorganicismo en los órganos sociales (Órgano de Administración/Junta General), puede ser sustituido por la adopción, que debe constar en los Estatutos de la sociedad, de un modelo dual de gestión (art. 327 TRLSA). A través de este sistema gestor se introduce en la organización societaria un multiorganicismo de carácter bifuncional (Órgano de Dirección/Consejo de Control y Junta General). Pero fuera de las especialidades contenidas en el Reglamento comunitario se han de mantener las limitaciones establecidas, con carácter general, para las sociedades anónimas.

A este respecto se ha de conservar el esquema empleado para la conformación estatutaria de la SE. En primer lugar, el artículo 9 LSA exige la concurrencia de unas menciones obligatorias, que habrán de ser, en su caso, adaptadas a los requerimientos exigidos por el Reglamento comunitario en relación con aquellos aspectos relevantes de la sociedad tratados por él. Así, en cuanto a su denominación (art. 11 RESAE) (56), domicilio social (art. 7 RESAE), capital social (art. 5 RESAE), o la elección de la estructura del órgano de gestión (art. 38 RESAE).

Particular norma de carácter «obligatorio» en la sociedad europea es la referida a los modos de organizar la dirección, y ello en relación con la letra h del artículo 9 TRLSA. Cuando la sociedad, mediante la mención obligatoria en los Estatutos sociales de adopción de un sistema de administración, opte por el sistema dual, los Estatutos sociales habrán de señalar la modalidad de dirección que asuma. De modo correlativo al sistema dispuesto en el sistema monista, el artículo 331 TRLSA impone que los Estatutos sociales designen, dentro del esquema prefijado, la modalidad de un solo director, de varios directores solidarios o mancomunados o de un Consejo de dirección. En este último caso han de regir los límites cuantitativos que impone el artículo 331 TRLSA.

Por otra parte, se habrán de incluir en los Estatutos de la sociedad europea domiciliada en España todas las menciones «condicionalmente obligatorias»; es decir, las cláusulas que, cuando se prevean entre los fundadores, para su eficacia, no puedan quedar reservadas entre ellos, sino que, en aras a la seguridad jurídica y a los intereses de terceros de buena fe, hayan de constar en los Estatutos. Entre éstas, los derechos especiales que se hayan reconocido a los fundadores en los términos del artículo 11 LSA y en el artículo 128 RRM; las prestaciones accesorias, con las menciones que recogen los artícu-

ta de Derecho Privado, Madrid, 1993, pág. 617 y sigs.) y PEÑAS MOYANO («De cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se han ocupado de las menciones de los estatutos de la Sociedad Anónima», en *RdS*, Ed. Aranzadi, 2004, núm. 22, pág. 252 y sigs.).

(56) No obstante, la insuficiente coordinación en la organización registral, en este punto, se manifiesta en la limitación, contenida en el apartado cuarto del artículo 314 TRLSA, en cuanto el criterio subjetivo de prohibición de identidad, en referencia únicamente a las sociedades anónimas españolas preexistentes.

los 9 LSA y 127 RRM; y la existencia de dividendos pasivos y las reglas para su desembolso, de acuerdo con el artículo 9 f) LSA y artículo 121.2 RRM, en relación con el artículo 135 RRM.

Otra cláusula condicionalmente obligatoria de los Estatutos, y que se ha de mantener para la SE, en cuanto el artículo 5 RESAE remite al régimen nacional aplicable a la sociedad anónima con domicilio en España, en la regulación de acciones, obligaciones y demás títulos asimilables, es el relativo a las restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones. En particular, la ley y los principios configuradores que inspiran nuestro sistema excluyen la inclusión de menciones estatutarias que impongan a los socios la intransmisibilidad absoluta de sus acciones, o en su caso, restrinjan el derecho alternativo de separación de la sociedad mediante la obtención del valor real de sus acciones (art. 123 RRM) (57). Tampoco tendrán cabida en los Estatutos los acuerdos entre los socios de carácter interno que no tengan acceso al Registro Mercantil (58).

A lo anterior, añade el artículo 48 LSA, en relación con la atribución de derechos que incorpora la acción, que se ha de atender tanto a los derechos reconocidos en la Ley como a los contenidos en los Estatutos. De este modo, la concurrencia de distintas clases de acciones aparece, igualmente, como una cláusula condicionalmente obligatoria de los Estatutos sociales. Los distintos derechos que incorporen las diferentes clases de acciones, también en las SE, y que han de constar, en su caso, en los Estatutos (art. 9 g LSA) pueden aparejar la existencia de acciones privilegiadas que, en contraposición a las ordinarias, otorguen derechos preferentes en la percepción de dividendos o en la cuota de liquidación (vid. art. 50.2 LSA) (59).

(57) A ello se unen, para las sociedades anónimas que tengan sus títulos cotizados en un mercado secundario de valores, el principio de incompatibilidad de las restricciones estatutarias a la libre transmisión de acciones, en cuanto afecta al principio de sociedad abierta que se requiere para estas operaciones.

(58) Vid., entre otros, PERDICES HUETOS, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, VÁZQUEZ GARCÍA, «Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones», en AA.VV., *Contratos sobre acciones. Estudio en homenaje a Pérez Pradilla y Yanci*, ed. Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1994, pág. 359 y sigs.; GARCÍA LUENGO, «Limitaciones estatutarias a la libre transmisión de acciones», en *Derecho de Sociedades Anónimas*, t. I, La fundación, Ed. Civitas, Madrid, 1991, SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, «La acción como título y como valor mobiliario negociable. La transmisión de acciones», en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, AA.VV., Madrid, 1990, y MEJÍAS GÓMEZ y MELLADO RODRÍGUEZ, *Negocios jurídicos sobre acciones no cotizadas en Bolsa*, Ed. Dykinson, Madrid, 1993.

(59) Sobre esta materia, vid., entre otros, PORFIRIO CARPIO, «Acciones privilegiadas y acciones sin voto tras las Leyes 37 y 50 de 1998», en *Derecho de los negocios*, núm. 10, 1999, pág. 1 y sigs., y CAMPUZANO LAGUILLO, *Las clases de acciones en la sociedad anónima*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

A las reglas anteriores y para el caso que los Estatutos sociales no prevean el número concreto de miembros del Consejo de dirección, aquéllos, como cláusula «condicionalmente obligatoria», habrán de incluir las reglas para su determinación. Para ello, habrán de quedar debidamente fijados los números máximo y mínimo, dentro de los márgenes legales. Igualmente, cuando se varía, a menos, el plazo de duración de seis años de ejercicio en el cargo de administrador, que señala el artículo 126 TRLSA.

2. *Cláusulas facultativas*

Fuera de los supuestos anteriores y con respeto a la ley y a los principios configuradores de la sociedad, los fundadores pueden incluir en los Estatutos los pactos y condiciones que estimen por conveniente (art. 10 LSA). El artículo 134 LSA impide que los Estatutos sociales amplíen el criterio de la mayoría del artículo 93 LSA para la adopción del acuerdo de la Junta General que permita entablar la acción social de responsabilidad contra los administradores. Pero fuera de las normas imperativas contenidas en la ley y de los principios configuradores de la regulación, el contenido estatutario se puede extender a todos aquellos otros aspectos organizativos de la sociedad o de las operaciones que afecten a su estructura o actividad.

El artículo 53 RESAE remite, más allá de las especialidades contenidas en el mismo Reglamento, en cuanto a la organización, desarrollo y procedimientos de votación de la Junta General de la SE, a la regulación nacional prevista para las sociedades anónimas. Los Estatutos, pueden, dentro de nuestra regulación, además de elevar los *quórumes* y mayorías previstos para la adopción de acuerdos en la Junta General, regular, dentro de los límites señalados en la ley, los derechos de asistencia, voto y representación en la Junta General de Accionistas (60).

En tal sentido, el artículo 104 LSA determina el límite de configuración estatutaria respecto de los requisitos de legitimación anticipada necesaria para el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta. Por otra parte, la limitación de mínimos a los derechos de asistencia y de máximo al derecho de voto se ha de ajustar a las condiciones previstas por el artículo 105 LSA. También recae, dentro de este espacio abierto al desarrollo estatutario, la posibilidad, contenida en el artículo 106 LSA, de limitación a las facultades de representación en la Junta, así como el establecimiento de los criterios para

(60) Vid. SÁNCHEZ-ANDRÉS, «La acción como conjunto de derechos», en *Comentario al régimen legal de las Sociedades Mercantiles*, dir. Uría, R., Menéndez, A. y Olivencia, M., Madrid, 1993, y AA.VV., «Capital y acciones», en *Derecho de sociedades anónimas*, t. II, vol. 1.º, coord. Alonso Ureba, A., Duque Domínguez, J., Esteban Velasco, G., García Villaverde, R., y Sánchez Calero, F., Madrid, 1994, pág. 1383 y sigs.

la designación del Presidente de la Junta General, tal y como previene el artículo 110 LSA (61).

Un particular ámbito de concurrencia de normas comunitarias y nacionales es el relativo a la organización de los órganos gestorios de la SE domiciliada en España. En primer lugar, la estipulación estatutaria que establezca la condición de accionista para poder ser elegido administrador, reconocida por el artículo 123.2 LSA, se ha de poner en relación con el artículo 47.4 RESAE. Según el mismo, se reconoce a los Estatutos, cuando así lo permita la legislación nacional, la imposición de condiciones particulares para ser elegido miembro en representación de los accionistas en los órganos gestorios. Esta regulación impone una doble consideración. Primero, desde una visión positiva, extiende la aplicación de la norma a todos los órganos de gestión de la SE. Desde una formulación restrictiva, por otra parte, y en atención a las posibles medidas de participación de los trabajadores en estos órganos, limita esta restricción estatutaria a aquellos gestores que resulten de la elección que corresponda a los accionistas.

Por otra parte, el artículo 141 LSA, más allá de la imposición del artículo 9 i. LSA, que exige, como mención estatutaria obligatoria, la descripción del modo de deliberación y de la toma de decisiones de los órganos colegiados de la sociedad, contiene un margen de autonomía estatutaria. Conforme el mismo, los Estatutos pueden ordenar el régimen interno del Consejo de administración, regular la delegación de facultades y el nombramiento de las personas que hayan de ocupar los cargos delegados; posibilidad que se ha de poner en relación con los artículos 39 y 43 RESAE respecto a la delegación de facultades por los órganos de dirección y de administración de la SE (62).

Si el artículo 328 TRLSA contiene una remisión genérica del régimen de los administradores en el sistema monista de gestión al previsto para los de la sociedad anónima nacional, esta opción es mantenida, por el artículo 331 TRLSA, en su apartado segundo, para el Consejo de dirección en el sistema dual de gestión. Dispone este último artículo que la organización, funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos del Consejo de dirección, en defecto de norma estatutaria, se regirá por las reglas generales propias del

(61) En relación con estos márgenes de configuración estatutaria, vid. RECALDE CASTELLS, *Limitación estatutaria del derecho de voto en las sociedades de capitales*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, «Observaciones críticas sobre el régimen legal y estatutario de representación del socio en la Junta General de las sociedades de capital», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 29, 1999, pág. 9 y sigs.

(62) Sobre algunos puntos de esta materia, vid., entre otros, GÓMEZ MENDOZA, «Juntas Especiales: organización y funcionamiento», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. II, Valladolid, 1998, pág. 421 y sigs., y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «La regulación de los órganos sociales en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Derecho de los negocios*, núm. 9, 1998, pág. 1 y sigs.

Consejo de Administración. Del mismo modo, aún de forma tácita, esta solución resulta de aplicación al Consejo de control por la remisión contenida en el apartado primero del artículo 333 TRLSA.

Dentro de las facultades de conformación estatutaria facultativa, el artículo 63 RESAE remite, también, en relación con la regulación de la disolución y liquidación de la sociedad, a la legislación nacional del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social. Pese a tratarse de aspectos esenciales de la vida de la sociedad, la propia legislación admite supuestos en los cuales los Estatutos sociales puedan complementarla. Así, sucede respecto a la ampliación por vía estatutaria de las causas legales de disolución, recogida en el número séptimo del artículo 260 LSA. Adicionalmente, los Estatutos, de acuerdo con el artículo 268 LSA, pueden establecer normas para la determinación de los liquidadores, como criterio que sustituya o restrinja el principio de libertad de nombramiento por la Junta General.

En esta misma sede, y junto a la previsión de intervención gubernativa del artículo 265 LSA para la continuación de la sociedad, con base en la protección de la economía nacional o del interés social, el interés público tutelado, con relación a esta tipología de sociedades, introduce una especialidad en materia de disolución. El artículo 313 TRLSA, en su apartado segundo, cuando concorra causa de solución por falta de cumplimiento del requisito de domicilio real y efectivo, faculta al Gobierno para que designe persona encargada de velar por la realización de lo dispuesto, a efectos de liquidación de la sociedad, en los Estatutos sociales y en la Ley.

Por último, se reconoce a los Estatutos sociales la posibilidad de establecer sesiones «ordinarias» de los órganos colegiados de la sociedad fuera de las reuniones de carácter periódico, impuestas por vía legal. De una parte, el artículo 44 RESAE reconoce la posibilidad de que los Estatutos sociales reduzcan la periodicidad de las reuniones trimestrales obligatorias del órgano de administración, impuestas en el mismo con carácter obligatorio. Esta misma opción se ha de entender extensible al sistema dual, en tanto que el artículo 41 RESAE establece también un mínimo de tres meses para que el órgano de dirección informe al órgano de control sobre la marcha de la empresa.

Esta conformación estatutaria no resulta, sin embargo, aplicable a las reuniones de las Juntas Generales. Esto trae causa de la limitación contenida en el artículo 54 RESAE, por cuanto la regulación nacional no trata una frecuencia mayor respecto de la periodicidad anual de las Juntas ordinarias previstas en el artículo 95 TRLSA. Respecto de la Junta General en el sistema dual y su convocatoria, empero, el artículo 337 TRLSA atiende a la fijación de los plazos establecidos por el Reglamento o por los Estatutos.

El artículo 337 TRLSA realiza una remisión genérica a los plazos de convocatoria de la Junta señalados en el Reglamento comunitario. No obstante, el mismo únicamente hace remisión, en su artículo 54, a la legislación

nacional aplicable en cada Estado a las sociedades anónimas nacionales, y el artículo 55 RESAE, en su apartado tercero, se refiere a la convocatoria «a su debido tiempo». Por ello, nada aporta la remisión a la legislación comunitaria, por cuanto, los plazos de convocatoria han de atender a las previsiones del nuevo artículo 97 TRLSA. Por otra parte, el régimen previsto para el derecho de convocatoria formal a los accionistas, instrumental del derecho de asistencia a la Junta, permite que los Estatutos amplíen el plazo obligatorio de convocatoria previa a la celebración de la Junta General.

A todo este marco de libertad de conformación estatutaria se han de incorporar las modificaciones traídas al TRLSA, mediante la disposición final primera de la LSAE, a las sociedades anónimas, cualquiera que sea su ámbito territorial, nacional o europeo. Así, respecto de la convocatoria de la Junta General, el nuevo artículo 97, en su apartado quinto, admite que los Estatutos sociales prevean la asistencia a las juntas por medios telemáticos. En tal caso, los Estatutos sociales, según el artículo 9 TRLSA, letra i, habrán de indicar el modo de deliberación y adopción de acuerdos.

Analizados los diversos puntos de modelación de los Estatutos sociales, el distinto espacio otorgado a la libertad en la conformación estatutaria en los diferentes Estados miembros de la Unión puede constituir, de nuevo, un factor relevante en la existencia de una competencia legislativa para la atracción de las sociedades europeas a la regulación nacional. Allá donde los fundadores encuentren un mejor caldo de cultivo para la adaptación de los Estatutos a las necesidades de organización de la sociedad, mayor será el factor de atracción del Estado a su ley particularmente aplicable a la SE. No obstante, tanto la armonización alcanzada en materia societaria como el régimen común establecido por el Reglamento minoran tales riesgos.

Aun dado lo anterior, la distinta adaptación de las Directivas comunitarias en materia de sociedades, así como las lagunas de Derecho armonizado, dejan, por esta vía, márgenes a la adecuación estatutaria de la sociedad europea. Más allá de las cautelas de mínimos contempladas en las Directivas en protección de terceros y del «núcleo duro» de regulación del Reglamento, el reconocimiento de una normativa más flexible tiende a favorecer la adopción de este régimen nacional supletorio mediante la domiciliación de la sociedad europea en el territorio donde esta normativa sea de aplicación (63).

(63) ENRIQUES (*ob. cit.*, pág. 390 y sigs.) destaca las diferencias en materias confiadas a la regulación nacional, tales como las relativas a las exigencias del capital social, a las acciones y sus clases, y las vías de financiación de la sociedad. Con carácter general, sobre las diferencias de regímenes legales aplicables, AA.VV., *Armonie e disarmonie nel Diritto Comunitario delle società di capitali*, Ed. Rivista delle Società, Milán, 2003, y AA.VV., *European company law: towards democracy?*, Ed. Ashgate/Darmouth, 1998; AA.VV., *European company laws : a comparative approach*, Ed. Dartmouth, Hants, 1993.

En todo caso, el principio de sede real no se aprecia como un impedimento relevante para las empresas de carácter transnacional en la elección del foro. No existen costes relevantes respecto del establecimiento de su domicilio en el lugar, dentro del espacio comunitario, que sea más favorable para sus intereses o para el de los fundadores de la SE (64).

C) FUTUROS DESARROLLOS ESTATUTARIOS DE LA SE. EL CAMBIO DEL SISTEMA

El artículo 69 RESAE en su letra d, dado el carácter transitorio del Reglamento comunitario, dispone que en el plazo de cinco años tras la entrada en vigor del mismo, la Comisión ha de presentar al Consejo y al Parlamento Europeo un informe relativo a los aspectos de regulación que puedan ser desarrollados. En el mismo, entre otros extremos, se ha de analizar la conveniencia de permitir disposiciones en los Estatutos de la sociedad europea que se aparten de las regulaciones nacionales de desarrollo y ejecución del Reglamento. Y ello, incluso, cuando tampoco tales disposiciones estatutarias fueran inscribibles en caso de tratarse de una sociedad anónima con domicilio social en el Estado miembro.

La posibilidad, acogida en el artículo 69 RESAE, de una posterior modificación del sistema de fuentes de la sociedad europea puede incidir en el esquema actual. De esta forma se permite, de una parte, que por vía estatutaria se pueda superponer, en un futuro, la libertad estatutaria a las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las Sociedades europeas. Esta autorización comporta la modificación del sistema de fuentes que se contempla en el artículo 9 RESAE, que, a su vez, establece la necesidad de autorización expresa del reglamento para la aplicación de las disposiciones estatutarias con carácter preferente a estas normas (art. 9, letras b y c).

Por otra parte, esta disposición se debe comprender a partir del carácter político y de consenso del cual resulta la regulación actual, que desvirtúa la pretensión de alcanzar un completo y sistemático régimen jurídico de la sociedad europea. El ambicioso proyecto de dotar a la SE de un régimen jurídico propio se mantiene mediante esta previsión, no obstante la adopción, en la regulación en vigor, de una técnica reguladora compleja, que exige una continua interrelación de normas comunitarias y nacionales. La solución actual es debida, en buena parte, al estado de armonización existente en sede de sociedades. Por lo tanto, la previsión del artículo 69 RESAE encuentra justificación en la

(64) También MIOLA (*ob. cit.*, pág. 391-2) apunta que la empresa multinacional no ha de encontrar mayores costes en el establecimiento de su administración central donde más le interese, lo cual puede hacer irrelevante el principio de sede real que impone el Reglamento.

espera de futuras aproximaciones legislativas en sede societaria, respecto de las cuales la sociedad europea, ya mediante la introducción de nuevas normas de carácter material en el Reglamento, puede jugar una posición angular (65).

Consecuentemente, la modificación que contempla el artículo 69 RESAE abre la posibilidad de desvirtuar el principio de igualdad de la sociedad europea y la sociedad anónima nacional, mediante la admisión de cláusulas estatutarias que contradigan la regulación nacional prevista para las sociedades anónimas. Esta medida encuentra su fundamento en la pretensión, en un futuro a medio plazo, de armonización del derecho en esta materia, con incremento del régimen imperativo común de la sociedad europea. Este giro en la regulación de la SE, que, a partir de entonces, adquiriría un carácter preminentemente comunitario, permitiría la atribución del régimen supletorio directo a los Estatutos sociales, con preferencia a las leyes nacionales de cada una de estas sociedades.

No obstante, se han de introducir matizaciones en cuanto a la facultad concedida por este artículo a la Comisión europea de examinar la conveniencia de autorizar a los Estados miembros para que puedan permitir disposiciones estatutarias referentes a las sociedades europeas domiciliadas en su territorio que no sean admisibles para las sociedades nacionales. En primer lugar, aun cuando se autorice esta posibilidad, su ejercicio corresponde a cada uno de los Estados miembros. Esta atribución a cada uno de los Estados de flexibilización del régimen jurídico de la SE domiciliada en su territorio, sin embargo, puede ser reconocida como una medida tendente a favorecer el *forum shopping*. La ejecución de esta opción normativa por un Estado miembro puede abrir la «Caja de Pandora» de una competencia legislativa que, en el estado actual de la regulación, se halla restringida, dado el grado de armonización existente en materia de sociedades. Desde perspectiva distinta, la experiencia de las SE de carácter nacional puede llevar, en el medio plazo, junto con el desarrollo de medidas comunes desde el Derecho comunitario, a la aparición de una sociedad «realmente» europea, en contraposición a las formas híbridas actuales (66).

Por otra parte, esta posibilidad de reordenación del sistema de fuentes, en la pretensión de la formación de una «verdadera» sociedad europea, se ha de

(65) Destaca ROMERO FERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 23) que el sistema adoptado obedece al tributo que resulta del avance hacia la armonización de Derecho societario, modelo que, a largo plazo, se adaptará por las presiones ejercidas por el mercado, con base en la experiencia de esta figura.

(66) Por otra parte, MIOLA (*ob. cit.*, págs. 333 a 342) señala que el margen de flexibilidad contemplado en las directivas permite encontrar un espacio a la competencia entre ordenamientos, pero advierte, también que ésta no necesariamente se ha de resolver en una competencia de «desvalorización», sino que puede mejorar la eficiencia de las legislaciones nacionales. Y a ello MENJUCQ (*La société européenne...*, pág. 246) añade que la pretendida armonización del Derecho de sociedades comunitario puede ser alcanzada, por esta vía, a través de la concurrencia de los derechos nacionales.

ajustar, igualmente, a la normativa de carácter comunitario que sea de aplicación. Es decir, el mayor espacio concedido a la libertad de pactos estatutarios que reconoce la norma ha de atender, en primer lugar, a la regulación imperativa contenida en el Reglamento comunitario de la SE o a su eventual revisión. Además de este primer límite, no se puede obviar que la SE, en cuanto sociedad de capital dotada de personalidad propia, se ha de equiparar a la naturaleza jurídica de las restantes sociedades anónimas nacionales. En consecuencia, a ella serán también aplicables los contenidos de las Directivas en vigor en sede de sociedades (67).

Solamente de este modo se mantiene la institución de la sociedad anónima europea, frente a otras aspiraciones de regulación comunitaria de sociedades, en particular la «sociedad privada europea». La regulación comunitaria ha de reconocer, independientemente de las formas nacionales adoptadas, un único modelo de sociedad anónima, o bien la distinción entre «grandes y pequeñas sociedades anónimas». En todo caso, su régimen jurídico ha de contener, como consecuencia de los intereses concurrentes, una serie de restricciones a la libertad de configuración estatutaria de la SE.

Esta orientación normativa, por otra parte, ha de tener una influencia directa en la regulación de una futura «sociedad privada europea». Por un lado, sirve de fundamento para su desarrollo normativo, en cuanto la existencia de una sociedad anónima europea, sede en la que se ha alcanzado una mayor armonización legislativa, abre el camino a la adopción de otras formas societarias dentro del ámbito comunitario. En segundo lugar, la delimitación de un espacio restrictivo al desarrollo estatutario de la SE atiende a la necesidad de asunción por el Reglamento de las soluciones ya adoptadas con carácter de mínimos por las Directivas en las materias no reguladas en él, lo cual deja un espacio propio a la «sociedad privada europea», como modelo diferenciado. Esta última sociedad, en contraposición a la sociedad anónima europea, y de forma paralela a las distintas modalidades de sociedades nacionales de responsabilidad limitada, debe partir de un principio de amplia libertad estatutaria en la organización de las relaciones entre los socios y de éstos con la sociedad (68).

LUIS HERNANDO CEBRIÁ

Doctor en Derecho

Profesor asociado de Derecho Mercantil
de la Universidad de Valencia

(67) Apunta FOUASSIER («Le statut de la Société européenne: un nouvel instrument juridique au service des entreprises», en *Revue du Marche Commun*, núm. 445, 2001, pág. 85 y sigs., pág. 87) a un futuro proceso de convergencia voluntaria de legislaciones a la luz del régimen previsto para la sociedad europea.

(68) Sobre este particular, vid. LA SOCIÉTÉ FERMÉE EUROPÉENNE, «Une alternative à la société anonyme européenne», en *Economie et Compatibilité*, núm. 202, 1998, págs. 16 a 20.

Del «Código Olivencia» a la aplicación de la Ley de Transparencia

(Un balance provisional —y decepcionante— sobre la reforma del «gobierno corporativo» en las sociedades cotizadas españolas) (*)

Para Salvador Mínguez

SUMARIO: I.- ALGUNAS CLAVES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DEL «GOBIERNO CORPORATIVO» EN ESPAÑA: 1. REGLAS LEGALES Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES DE CAPITAL. 2. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN RELACIÓN CON LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO: a) *El enfoque estadounidense de la reforma sobre el gobierno corporativo*; b) *El método: comisión y el informe Olivencia*; c) *Los cambios en el papel asignado a la Ley en el informe Aldama*.—III. LA LEY DE TRANSPARENCIA COMO RESPUESTA A LAS DEMANDAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA: 1. EL SIGNIFICADO GENERAL DE LA REFORMA LEGISLATIVA. 2. EL INFORME ANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO Y LA PÁGINA WEB: a) *El principio comply or explain*; b) *La publicidad del informe de buen gobierno a través de la página web y la dualidad de instrumentos de publicidad legal*. 3. LA JUNTA GENERAL, EL DERECHO DE VOTO Y, EN GENERAL, LA POSICIÓN DE LOS ACCIONISTAS: a) *Propuestas de intensificación del activismo accionarial*; b) *Introducción de asuntos en el orden del día, propuestas alternativas a las del Consejo y sistemas de votación (sistemas de deducción negativa-positiva)*; c) *Derecho de voto por procedimientos electrónicos y otras técnicas de comunicación a distancia de la voluntad del socio*; d) *La implementación práctica de los sistemas de voto realizada por las sociedades españolas*. 4. DEBERES DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES, EN PARTICULAR EN LOS SUPUESTOS DE CONFLICTO DE INTERESES: a) *Consideraciones generales: las lagunas de la reforma (enforcement)*; b) *El sistema de los deberes de los administradores*; c) *Deber de diligencia: business judgement rule*; d) *Tipificación de los deberes de lealtad*.

(*) Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación «La ordenación tipológica de las sociedades mercantiles a la luz de las nuevas reformas» (P1B2004-10) financiado por la Fundación Bancaja/Castellón.

I. ALGUNAS CLAVES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DEL «GOBIERNO CORPORATIVO» EN ESPAÑA

1. REGLAS LEGALES Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Como es ampliamente aceptado, el régimen español de las sociedades anónimas se corresponde con el sistema de «disposiciones normativas», que, por otro lado, se encuentra extendido de forma generalizada en Europa desde principios del siglo xx. La normativa reguladora de este tipo societario se sustenta sobre unas reglas fundamentales que tienen carácter imperativo. La libertad de pactos se limita de forma mucho más intensa que en los contratos de cambio, por un lado, por la autonomía patrimonial de la sociedad anónima (el patrimonio de los socios no responde de las deudas sociales y el patrimonio de la sociedad no queda afecto a la satisfacción de las deudas de los socios); en segundo lugar por la necesidad de proteger a la minoría como consecuencia de su estructura corporativa (con la consiguiente diferenciación de órganos y la toma de decisiones por la mayoría con vinculación para la minoría); en fin, por las implicaciones de las empresas organizadas como sociedad anónima sobre un amplio conjunto de intereses externos a ella (1). El modelo básico lo ofrece el Derecho alemán y, en particular, su vigente Ley de sociedades por acciones de 1967 en la que se indica que los estatutos no se pueden desviar de los preceptos de esta Ley salvo cuando ésta lo autorice expresamente (§ 23.V *AktG*) (2). Aun en ausencia de una similar previsión, en la mayor parte de los países de nuestro entorno (3) existe un cierto consenso sobre la vigencia de estos fundamentos, sin perjuicio de las especialidades de cada ordenamiento en relación con la concesión de un mayor o menor margen a la autonomía privada en cada concreto supuesto o de la intensidad que hayan tenido las tendencias desregulatorias de los últimos tiempos.

(1) EMBID-MARTÍNEZ SANZ, «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital», en *RdS*, núm. 7, 1996, pág. 11 y sigs.; SÁNCHEZ ANDRÉS, «*Ius publicum-ius privatum*. Gobierno corporativo y mercado de valores (una lección)», en *Libro homenaje a I. Sánchez Mera*, Madrid, 2001, pág. 1767 y sigs. (de donde se cita), y en *ADC*, 2001, pág. 1029 y sigs.; OLEO BANET, «Fundamento y extensión de la exclusión del contrato de sociedad del régimen de las condiciones generales de la contratación», en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Sánchez Calero*, Madrid, 2002, pág. 391 y sigs., y 393.

(2) K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2. Auf. Köln-Berlin-Bonn-München, 1991, 647.

(3) Ante la puesta en cuestión de este modelo en las recientes reformas, los fundamentos básicos del Derecho italiano de sociedades anónimas se exponen en D'ALESSANDRO, «La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata. Ovvero: esiste ancora il diritto societario», en *Riv. Soc.*, 2003, pág. 34 y sigs.

También en el Derecho español de sociedades anónimas, durante la década de los noventa y en los primeros años del nuevo siglo se aprueban reformas de carácter tópico y fragmentario que incidirán en una línea liberalizadora. Su objetivo declarado era superar algunos de los obstáculos o trabas que comportaba el Derecho vigente hasta ese momento al funcionamiento de las sociedades cotizadas (4). No obstante, permanecen las bases del modelo, a pesar de la erosión que sufren los principios tradicionales.

En 2002 la subsección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación aprobó un borrador de Anteproyecto de Ley General de Sociedades Mercantiles, que habría supuesto la modernización del Derecho español de sociedades y, en especial, de sociedades anónimas sin alterar los fundamentos del sistema de disposiciones normativas. No obstante, este texto se encontró con un fuerte rechazo de algunos sectores económicos y políticos, por lo que fue relegado y, al parecer, hoy por hoy, olvidado.

Sin embargo, el modelo sería puesto radicalmente en cuestión por un sector de la doctrina española, invocando e importando construcciones elaboradas en el ámbito económico y jurídico estadounidense. En efecto, aunque se trataba de páginas escritas en relación con el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, también eran referibles a la sociedad anónima las observaciones con las que PAZ-ARES (5) criticaba el que calificaba como «paradigma institucional» al que respondería el Derecho europeo regulador de los tipos societarios de estructura corporativa. En su opinión, este modelo reflejaría múltiples prejuicios con los que el legislador y la doctrina mercantilista habrían venido encarando el Derecho de sociedades y, en particular, las sociedades de capital con el objetivo de restringir la libertad de pactos. Entre las claves de este tradicional «modo de entender el Derecho de sociedades» se encontraría alguna tan espuria como el «elitismo jurídico» del legislador y de una doctrina, que pretenden ser los únicos capaces de conocer el entramado normativo de este tipo de sociedades sobre la base de su complejidad técnica, su sofisticación o la repercusión sobre múltiples intereses de gran relieve. Frente a ello, el reconocimiento en el Derecho de sociedades de mayores márgenes de libertad se justificaría, por un lado, en un argumento

(4) La Ley 37/1998 de modificación de la Ley del Mercado de Valores, modificó, también, la Ley de Sociedades Anónimas; se reguló por primera vez en España las acciones rescatables; se restringió el ejercicio del derecho de suscripción preferente y simplificó su exclusión; se suprimió los aspectos más restrictivos de las acciones sin voto; y en varios preceptos se sustituyó la referencia al valor real de las acciones por el valor razonable; puede hallarse una dura crítica a esta reforma en SÁNCHEZ ANDRÉS, *Sociedad anónima modelo 1998. Reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente*, Madrid, 1999, y ALONSO LEDESMA, «La reforma de la sociedad cotizada», en *RdS*, núm. 12, 1999, pág. 13 y sigs.

(5) PAZ-ARES, «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades?», en PAZ-ARES, dir., *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, 1997, pág. 161 y sigs.

de lege lata, como es la ausencia en el Derecho español de una norma equivalente al precepto de la ley alemana que antes se citó. Pero, sobre todo, su construcción teórica se apoya en una concepción diferente del Derecho de sociedades y, en particular, del régimen de la sociedad anónima. Según estas tesis las sociedades constituyen sólo un nexo de contratos o, por decirlo en sus propias palabras, «una forma de contratar perfectamente reconstruible en el ámbito de la contratación ordinaria» (6).

Con la puesta en cuestión del modelo tradicional del Derecho de sociedades anónimas se relativiza la significación institucional de este tipo societario sin atender suficientemente a los argumentos y a las razones sobre los que se basó el sistema de «disposiciones normativas». Por otro lado, no puede desconocerse que en el Derecho español de sociedades anónimas está en vigor una norma que limita la libertad de cláusulas estatutarias al indicar que los pactos estatutarios no pueden oponerse a la Ley ni deben contradecir los «principios configuradores» de la sociedad anónima (art. 10 LSA), y que supera claramente los límites generales de la autonomía privada en los contratos (art. 1.255 del Código Civil) (7). En fin, tampoco puede admitirse directamente la concepción de la sociedad que la califica como un mero nexo de contratos. Es innegable que en numerosas ocasiones la sociedad anónima no se relaciona con terceros mediante contratos (al menos en el sentido en el que los juristas hemos entendido siempre la noción del contrato; otra cosa es, quizá lo que en una visión no técnico-jurídica entiendan por «contrato» los economistas) e, incluso, sólo de forma muy matizada la noción de contrato —al menos del paradigma de contrato contemplado en el Código Civil— serviría para explicar las relaciones de los socios entre sí o con la sociedad y sus órganos (8).

Todo ello explica que hoy se siga entendiendo generalizadamente que en el Derecho de sociedades anónimas existe al menos un núcleo duro de normas

(6) PAZ-ARES, est. cit., 190; *id.*, en URÍA-MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 511.

(7) DUQUE, «La fundación de sociedades anónimas en la LSA», en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas*, I, La fundación, Madrid, 1991, pág. 93: «Las conclusiones derivadas de la interpretación de este artículo (§ 23.5 AktG) pueden trasladarse al Derecho español basado sobre el artículo 10»; MIQUEL RODRÍGUEZ, en ARROYO-EMBID, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Madrid, 2001, pág. 136. La mención del artículo 10 LSA no debe entenderse como una referencia acrítica a un precepto que plantea múltiples dudas. Tan sólo se trata de destacar lo obvio: los márgenes interpretativos son mayores o menores, pero la tarea hermenéutica del jurista viene condicionada por el texto legal positivo cuya vigencia no se puede desconocer.

(8) En las sociedades de capitales —y especialmente en la sociedad anónima, pensada para la gran empresa—, se crea una organización objetivada en los estatutos, que deben interpretarse con criterios más cercanos a los aplicables al Derecho objetivo que a los de los contratos; las relaciones jurídicas no se producen entre los socios sino a través de la sociedad, y aquí la contraposición que caracteriza a los contratos se refleja en la composición de los diversos intereses a través de los órganos sociales y en la satisfacción

inderogables: se trata, sobre todo, de las que tutelan a los terceros que se relacionan con la sociedad y a los accionistas que le aportan sus recursos financieros (9).

De todas formas, aunque indudablemente el Derecho español se inserte en este modelo normativo de un Derecho básicamente imperativo, tampoco se puede despreciar el margen que la Ley deja a la libertad estatutaria. Incluso dentro del núcleo de las normas inderogables, estas lo son en todo caso de mínimos, es decir, siempre serían posibles los pactos estatutarios que reconocieran a acreedores y socios un nivel de tutela más intenso que el fijado en la Ley (10). A pesar ello, la práctica demuestra que las sociedades recurren muy poco a los espacios de autonomía que disfrutaban a la hora de reforzar la protección de los intereses débiles (11).

2. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES EN RELACIÓN CON LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

a) Sin embargo, sí que hay algo que en España ha cambiado radicalmente respecto de la tradicional forma de entender y de hacer el Derecho de

del fin común (GIRÓN, *Derecho de sociedades, I, Parte general y sociedades personalistas*, Madrid, 1976, págs. 137, 142 y sigs., y, especialmente, pág. 276 y sigs.; la restricción de la libertad de pactos que necesariamente se deriva de los efectos *ultra partes* del contrato de sociedad y, en particular, de las sociedades anónimas, es puesto de relieve en D'ALESSANDRO, *Riv. Soc.*, 2003, pág. 37 y sigs.).

(9) Incluso para quienes propugnan un margen mayor de la libertad estatutaria, las normas que se integran en estos dos ámbitos aparecen como el núcleo duro inabordable por la «autonomía privada» (por ejemplo, GUYON, *Droit des affaires*, T. 1, 10.^a ed., París, 1998, 277).

(10) En la afirmación reciente de las virtudes del mercado y de la lucha competitiva entre los estatutos de las sociedades anónimas desde la perspectiva de la mejora del sistema de gobierno no se ha apreciado que durante los últimos 50 años el mercado realmente haya impulsado a las sociedades a competir entre ellas en el establecimiento de modelos organizativos más proclives a una estructura de gobierno de calidad (MONTALENTI, «*Corporate governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*», en *Giur. Comm.*, 1998, pág. 385, no confía en la existencia de un «mercado de estatutos» sociales en el que los administradores compitan por ofrecer una tutela de los accionistas más intensa; en realidad «*las mayores sociedades cotizadas se han limitado a recibir el núcleo mínimo inderogable de las reglas legislativas*» (MONTALENTI, «*Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno*», en *Riv. Soc.*, 2002, pág. 810).

(11) MONTALENTI, *La società quotata*, Padova, 2004, pág. 15 y sigs.; también en la órbita jurídica estadounidense se ha dicho que las posibilidades que ofrece el Derecho dispositivo para reducir la autoridad de los administradores nunca han abierto el camino al incremento de los controles y que sólo han sido las normas de Derecho imperativo que reconocían derechos a los accionistas las que han permitido un mínimo de medidas de control sobre los directivos. COOLS, «The real difference in corporate law between the United States and continental Europe: distribution of powers», <http://ssrn.com/abstract=623286>).

sociedades. Durante los años noventa se recibe desde Estados Unidos el debate sobre la necesidad de mejorar el gobierno de las sociedades anónimas y, en particular, la organización de las sociedades anónimas cotizadas que tienen un accionariado amplio y disperso. Esta recepción se realiza a veces sin tener en cuenta que la estructura del tipo de sociedad anónima más extendido en la Bolsa española no se corresponde con el que caracteriza en la mayor parte de los casos a las empresas estadounidenses. En efecto, en estas últimas los déficits desde la perspectiva de la distribución del poder de decisión en la *corporation* se explican por la intensa separación entre el control sobre la sociedad (poder de decidir) que recae sobre unos pocos ejecutivos que dirigen la sociedad, y la propiedad que corresponde a miles de pequeños accionistas-inversores. Este conocido fenómeno genera el riesgo de que la sociedad se gestione sin suficiente supervisión. Un poder no sometido a controles siempre es peligroso; pero más lo será en las grandes empresas cuya actividad afecta a múltiples intereses, particulares y generales. Frente a ello, el tipo más habitual de sociedad cotizada española responde, más bien, a un modelo en el que el poder de decisión se ejerce realmente por un socio o por unos pocos accionistas que actúan coaligados mediante pactos parasociales o mediante otro tipo de acuerdos derivados de participaciones cruzadas que ostentan en diferentes sociedades. Cuando uno o varios socios dominan la sociedad, no es previsible que la gestión de los administradores se ejerza sin supervisión o fiscalización. Aquí los problemas que se suscitan son de otro orden: fundamentalmente de protección de los accionistas minoritarios frente al abuso del poder que disfruta la mayoría.

A pesar de estas diferencias estructurales, como consecuencia de la globalización de la economía, de la pretensión de las más importantes sociedades españolas de cotizar en las bolsas americanas o de la participación de los inversores institucionales de este país en las sociedades españolas, de los Estados Unidos se acabaría importado tanto el debate sobre el «gobierno corporativo» como la forma de enfocar los problemas, las propuestas de soluciones o, incluso, la consideración de que, desde un punto de vista estructural, se debería promover la difusión y desarrollo del tipo americano de sociedades con participación dispersa sobre la base de una tesis (objeto, en todo caso, de gran discusión) que afirma que este modelo sería el más adecuado para la correcta organización de la sociedad anónima y para la protección de los pequeños accionistas-inversores (12). Esto se ha

(12) PAZ-ARES, «El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa», en *Est. S. Calero*, II, Madrid, 2002, págs. 1805, 1817; EHRHARDT/NOWAK, «Die Durchsetzung von Corporate-Governance-Regeln», en *AG*, 2002, pág. 338. La hipótesis implícita de la superioridad del modelo angloamericano se ha apoyado, sobre todo, en la reiterada cita de varios estudios de LA PORTA, LÓPEZ DE SILANES, SHLEIFER y VISHNY publicados en la revista *Law and Finance* desde 1998, que defienden la superioridad del modelo americano desde

hecho ignorando lo que algunos vienen advirtiendo, incluso en los Estados Unidos, al indicar que la existencia de diferentes modelos de *corporate governance* no deriva de un hipotético proceso competitivo de selección de estructuras y reglas jurídicas, sino más bien de una evolución en la que influyen múltiples elementos o variables económicos, sociales o políticos (13).

Entre estos elementos no deben despreciarse las diferencias entre el régimen europeo de sociedades y, en particular, de sociedades anónimas y las que caracterizan el Derecho americano de sociedades. En efecto, este último emana de los estados de la Unión y deja un margen muy amplio a la libertad; contrasta, así, con el régimen imperativo del Derecho —en este caso estatal— del mercado de valores (*securities regulation*) nacido en los Estados Unidos a raíz de las sucesivas crisis y escándalos financieros que se produjeron en

la perspectiva de la protección de los accionistas minoritarios (por ejemplo, PAZ-ARES, «El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor», en www.indret.com y en *RDM*, núm. 251, 2004, págs. 7, 16, nota 18, donde se afirma que las conclusiones de la famosa banda de los cuatro «han sido ampliamente aceptadas en la comunidad científica»). Sin embargo, la solidez científica de estos estudios económicos de comparación de ordenamientos jurídicos ha sido muy seriamente puesta en cuestión (por ejemplo, COOLS, est. cit., <http://papers.ssrn.com>). Realmente hoy está mucho más extendida la idea de que no hay datos que permitan concluir que, desde la perspectiva del buen gobierno y de la protección de los inversores, el modelo estructural americano de sociedades de accionariado disperso sea mejor que el modelo europeo de propiedad concentrada ni que los derechos de la minoría que reconocen su ordenamiento garanticen una tutela más intensa a los accionistas estadounidenses (MONTALENTI, *Riv. Soc.*, 2002, 803; ROSSI, «Le c.d. regole di “corporate governance” sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?», en *Riv. Soc.*, 2001, págs. 6, 18; ZETSCHKE, «Shareholder Interaction Preceding Shareholder Meetings of Public Corporations-A Six Country Comparison», en *ECFR* 1/2005, pág. 109, nota 4; GARRIDO, *La distribución y el control del poder*, pág. 62, nota 124; incluso en el ámbito americano, vid. COFFEE, «A Theory of Corporate Scandals: Why the U.S. and Europe Differ», <http://ssrn.com/abstract=694581>, donde se destaca la relación directa que existe entre escándalos y conductas fraudulentas de los ejecutivos estadounidenses y la enorme diferencia entre ganancias medias de trabajadores y directivos, o la proliferación en estas sociedades de sistemas de remuneración indicados al valor de las acciones, como las *stock-options*).

(13) BEBCHUCK/ROE, «A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance», 52 *Stanford L. Rev.* (1999), pág. 127, y <http://papers.ssrn.com> (de donde se cita); ROE, «Path Dependence, Political Options, and Governance Systems», en Hopt-Kanda-Roe-Wymeersch, *Comparative Corporate Governance*, Oxford, 1998, pág. 165 y sigs.; para una explicación en clave «política» de esta diversidad, vid. ROE, «Political Preconditions To Separating Ownership from Control: The Incompatibility of the American Public Firm with Social Democracy», <http://papers.ssrn.com>; McCONVILL J., «The separation of ownership and control under a happiness-based theory of the corporation», en *The Company Lawyer*, vol. 26, 2005, pág. 35 y sigs.); entre nosotros menciona diferentes variables que inciden en la diversa configuración jurídica de las sociedades anónimas en PÉREZ CARRILLO, «Gobierno corporativo en Estados Unidos y en Europa: administración, propiedad y auditoría ante la reforma», en *RdS*, núm. 24, 2005, págs. 139, 141 y sigs.

este país durante el siglo xx (14). Estas diferencias justificarían el rechazo al directo trasplante de las instituciones estadounidenses al ámbito español (15) y europeo (16).

b) Los problemas de gobierno corporativo no sólo se enfocaron desde la óptica de la estructura económico-empresarial estadounidense. También se consideró que debían seguirse la misma metodología seguida en aquel país. En concreto en la segunda mitad de los años noventa se entendió que la vía para afrontar las carencias en materia de gobierno desde el punto de vista jurídico era constituir unas comisiones de expertos que se encargaran de estudiar los defectos existentes en la organización y gestión de las grandes empresas, para que estas comisiones redactaran y ofrecieran a las empresas una serie de recomendaciones, carentes de un estricto valor normativo («códigos éticos» o propuestas de «buenas prácticas»), pero, en todo caso, dirigidas a su adopción para conseguir la mejora de las estructuras de gobierno y el establecimiento de correctas pautas de actuación de sus directivos. En España el primer paso en esta línea se dio con ocasión del nombramiento por el Ministerio de Economía y Hacienda en 1997 de una comisión que presidía el profesor Olivencia y que presentó el 26 de febrero de 1998 el documento «*El gobierno de las sociedades cotizadas*»; este documento se componía de una introducción, un «*informe sobre el Consejo de administración*» y un «*código de buen gobierno*» que incluía 23 recomendaciones. Sus redactores confiaban en que estas recomendaciones se seguirían voluntariamente por las sociedades anónimas y que así lo harían público. Partiendo de la hipótesis de que los mercado financieros son eficientes, se pensaba que las sociedades se verían naturalmente impulsadas a cumplir aquellas recomendaciones ya que de esta forma les resultaría más barato obtener recursos del público —interesado en invertir en empresas dirigidas por ejecutivos que se guían por

(14) MERKT, «Struggling for a More Liberal Approach», en *ECFR*, 1/2004, pág. 3. La Sarbanes-Oxley Act de 2002 supone el acercamiento del régimen estadounidense de sociedades hacia una regulación imperativa, según el modelo seguido en el mercado de valores (MERKT, «Zum Verhältnis von Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht in der Diskussion um die Corporate governance», en *AG*, 2003, págs. 126, 130).

(15) SÁNCHEZ ANDRÉS («*Ius publicum-ius privatum*. Gobierno corporativo y mercado de valores», cit.) es especialmente crítico respecto del pase que se propugna «*con armas y bagajes*» a la órbita del Derecho norteamericano. Esta crítica vale también para otros sectores del Derecho Mercantil, como el referido a la importación directa y acrítica de las Normas Internacionales de Contabilidad (IASB), a pesar de las serias advertencias que se hicieron al respecto (por ejemplo, en el informe Aldama) y que, sin embargo, fueron ignoradas (GONDRA, «Los mercados internacionales de capitales marcan el rumbo del Derecho europeo de balances: ¿Hacia dónde nos llevan?», en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídico-económicos*, Castellón, 2005, pág. 99 y sigs.).

(16) Adopta una actitud más favorable a la importación o trasplante de las instituciones estadounidenses FLEISCHER H., «Legal Transplants im deutschen Aktienrecht», en *NZG*, 24/2004, pág. 1129 y sigs.

correctas pautas de organización y comportamiento—. Por ello, sin necesidad de que se les impusiera la difusión de la información relativa al sistema de gobierno adoptado, esta acabaría aflorando al mercado. En efecto, se decía que las sociedades mejor gestionadas serían las primeras interesadas en darlo a conocer, mientras que las incumplidoras de las buenas pautas serían penalizadas a la hora de recabar financiación (17).

Las recomendaciones del «Código Olivencia» se referían a la configuración del Consejo de Administración como un órgano de control o supervisión de los ejecutivos; a la división del trabajo en su seno mediante la creación de comisiones internas (de auditoría, de nombramientos, de remuneraciones); a la composición del Consejo, promovándose la reducción del número de consejeros y la previsión de diferentes tipos de estos (ejecutivos, dominicales, independientes); a la remuneración de los administradores, aconsejándose prudencia y transparencia; a la previsión, por vía estatutaria o a través del reglamento interno, de un catálogo de normas de conducta que reflejaran el cumplimiento por los administradores de sus deberes de lealtad, en particular en situaciones de conflictos de intereses; y a la identificación del «interés social» —por tanto el criterio rector de la vida de la sociedad— con el incremento del valor de las acciones (*share value*). En cambio, el «Código Olivencia» desechó toda reforma de la Junta General y no consideró el papel de los accionistas como instrumento de control de los administradores, al considerar imposible superar la famosa apatía del pequeño inversor. Éste no tendría otro instrumento para proteger efectivamente sus intereses que la venta de sus acciones de acuerdo con la conocida como *wall street rule* o «votar con los pies» (18).

El «Código Olivencia» obtuvo un importante aval de los poderes públicos. En efecto, la CNMV promovió su adopción por las empresas españolas y, por su propia cuenta, elaboró un «*reglamento tipo del Consejo de administración ajustado al código de buen gobierno*». La CNMV se comprometió también a informar anualmente sobre el grado en que las sociedades cotizadas españolas cumplían las recomendaciones del «Código Olivencia». Ahora bien, esto suponía ya reconocer el fracaso de la hipótesis de la eficiencia del mercado, al menos a la hora de generar y trasladar al mercado la información. En efecto, la existencia de este tipo de impulsos externos, más o menos coercitivos (y sin duda

(17) MERKT, *ECFR*, 1/2004, pág. 8; para la hipótesis de la eficiencia del mercado de capitales en España, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al *securities law* de los Estados Unidos», en *RDM*, núm. 193-194, 1989, pág. 653, esp. pág. 657 y sigs.; ARRUNADA, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pág. 25 y sigs.

(18) El informe Olivencia alegaba la futilidad del intento de revitalizar la posición del accionista y la «*escasa eficiencia disciplinar de la Junta General*» (otras referencias en ALONSO LEDESMA, «El papel de la Junta General», en ESTEBAN VELASCO, coord., Madrid, 1999, pág. 618 y sigs.).

tiene una gran capacidad de coerción la presión que la CNMV puede ejercer sobre las sociedades cotizadas) contradice el carácter voluntario que según se decía debía tener la adopción de las reglas de buen gobierno. De alguna manera esta actitud reflejaba ya la desconfianza en la capacidad selectiva del mercado que se encontraba en la base del documento (19).

A pesar de ello, el balance realizado por algunas de las personas que de forma más intensa han promovido este proceso de reforma del gobierno de las sociedades anónimas ha sido muy positivo. Se ha observado, ciertamente, que en una primera fase pudo apreciarse una actitud de *resistencia* de los ejecutivos de las sociedades cotizadas a adoptar las recomendaciones sobre buen gobierno; sin embargo, en un segundo momento, con *resignación*, la práctica totalidad de las principales empresas cotizadas (se habla de un cumplimiento del 75 por 100) españolas adoptaron aquellas recomendaciones. Aunque desde estas mismas posiciones se reconoce que en ocasiones este cumplimiento pudo ser más formal que real (20), se entendía que ello reflejaba ya una sensación de «mala conciencia». Actualmente nos encontraríamos en la tercera fase: la de una *convicción* de las empresas, fruto del cálculo racional, de que les sale a cuenta invertir en buen gobierno, ya que compitiendo en esta materia obtendrán el premio de los mercados (21).

c) En septiembre de 2002 se creó una nueva comisión de expertos —la «comisión Aldama»— que, a la luz de la decepcionante experiencia del anterior documento (22), presentó en enero de 2003 un informe «*para el fomen-*

(19) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «El debate actual sobre el gobierno corporativo», en ESTEBAN VELASCO, coord., Madrid, 1999, págs. 55, 74; ESTEBAN VELASCO, «El gobierno de las sociedades cotizadas. La experiencia española», en *CDC*, núm. 35, 2001 (pero realmente 2003), págs. 11 y 63.

(20) Mediante un ocurrente «juego de palabras» se decía (PAZ-ARES, en *RDM*, núm. 251, 2004, pág. 13) que se podía producir un fenómeno en el que el «cumplimiento» de las recomendaciones se pudo trocar en un «cumplimiento»: digo que cumpro las recomendaciones, sin que la declaración de cumplirlas se corresponda realmente con una estricta satisfacción de los objetivos pretendidos.

(21) PAZ-ARES, en *RDM*, núm. 251, 2004, pág. 7 y sigs., *id.*, «El cálculo del buen gobierno», en *El País*, 24 de abril de 2005, *Suplemento Negocios-Extra Responsabilidad Social Corporativa*, XX. Conviene recordar que el profesor PAZ-ARES fue miembro de las comisiones que elaboraron el informe Olivencia y el informe Aldama.

(22) El balance que incluía el informe Aldama sobre la experiencia del informe Olivencia era demoledor para un modelo que se confiaba en la difusión voluntaria de la información: «*Al cabo de cuatro años no se sabe con precisión hasta qué punto ha sido efectivamente aplicado, aunque sí se dispone de una evidencia parcial interesante sobre la cuestión*»; ...«*la opinión mayoritaria de expertos y accionistas es que, en la práctica, la información proporcionada por las sociedades cotizadas a los mercados y a sus accionistas es muy insuficiente, lo que se aplica en particular a la información proporcionada con ocasión de las Juntas de Accionistas. Ambos grupos, expertos y accionistas, dan por supuesto que, al amparo de esta falta de transparencia, se dan conflictos de intereses y el uso de información privilegiada por parte de directivos y consejeros, en detrimento de la sociedad*».

to de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas» (informe Aldama). En él se aprecian importantes cambios respecto del de la comisión Olivencia (23). Ciertamente el informe Aldama reconocía la vigencia general de las recomendaciones del «Código Olivencia» y la idea de que la «autorregulación» debía ser la vía principal para conseguir una correcta organización corporativa y una actuación leal. Ello supuso mantener, como columna básica, la idea de que la autonomía privada y la libertad de los operadores constituyen el mejor camino para la mejora del gobierno de las sociedades.

No obstante, entre ambos documentos se aprecian cambios importantes tanto respecto del planteamiento de fondo como en algunos aspectos concretos. Las divergencias se sitúan fundamentalmente en que el informe Aldama estimó conveniente promulgar un marco general de normas legales imperativas en materia de transparencia, exigiendo que las sociedades anónimas hicieran pública la estructura de organización corporativa adoptada, de acuerdo con el principio *comply or explain*. Ello permitiría hablar de un sistema de «autorregulación débil» (24). Igualmente se entiende que la Ley debería fijar un catálogo de deberes de lealtad de los administradores. Por otro lado, el concepto de «interés social» que se recogía en el Código Olivencia, puesto que se dice que el interés debería asimilarse con el «bien de la empresa en su conjunto y su continuidad a largo plazo». Esta fórmula abre el paso a planteamientos pluralistas que tengan en cuenta otro tipo de intereses ajenos a los de los socios y, en todo caso, se desecha que el interés social se deba identificar únicamente con el incremento del valor de las acciones. El planteamiento está en consonancia con la moda de la «responsabilidad social corporativa» que hoy se entiende por muchos que no puede desatenderse en la gestión de las sociedades (25). En fin, en el informe Aldama se abandona la visión pesimista que impregnaba el Código Olivencia en relación con el valor que debería atribuirse a la Junta General y sobre el papel que juegan los accionistas en relación con el control de los administradores. En la línea de lo que se viene defendiendo en otros ámbitos (26), el informe Aldama destaca

(23) Pueden consultarse los informes Olivencia y Aldama en www.cnmv.es. Para los más destacables cambios entre ambos informes, vid. ESTEBAN VELASCO, en CDC, núm. 35, 2001 (realmente 2003), pág. 75 y sigs.

(24) ESTEBAN VELASCO, en CDC, núm. 35, 2001 (pero en realidad 2003), pág. 82.

(25) ESTEBAN VELASCO, «Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)», en AA.VV., *Responsabilidad social corporativa (aspectos jurídico-societarios)*, Castellón, 2005, pág. 13 y sigs.; EMBID, «La responsabilidad social corporativa ante el Derecho Mercantil», en CDC, núm. 42, 2004, pág. 11 y sigs.

(26) La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «*Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar*», 21-5-2003, COM (2003) 284, señala cuatro instrumen-

el significativo papel que puede jugar el derecho de voto y otros derechos individuales de los accionistas como un instrumento complementario para controlar a los ejecutivos a través de la Junta. La eficiencia del mercado de control de empresas como instrumento exclusivo y único de fiscalización de la gestión desarrollada por los administradores, actualmente es puesta en cuestión en la medida en que requiere unos presupuestos jurídicos —libre juego de los operadores en el citado mercado— y estructurales —superación de imperfecciones derivadas de las participaciones cruzadas o de los pactos parasociales— que están lejos de encontrarse garantizados (27). En efecto, el puro modelo de controles externos a través de las fuerzas del mercado, basado en la *wall street rule* (el accionista, al vender sus acciones, sanciona la gestión de los administradores con la que no está satisfecho) tiene una eficacia muy limitada en el caso de los accionistas que son propietarios de una proporción mínima del capital y, en el caso de los inversores institucionales, puede conducir a decisiones que pueden no resultar económicamente racionales (28). Por ello, en los ordenamientos con estructura accionarial concentra-

tos para la mejora del gobierno de las sociedades cotizadas: 1.º la transparencia de las estructuras de gobierno corporativo; 2.º el fortalecimiento de los derechos de los accionistas y el desarrollo de mecanismos que garanticen su ejercicio; 3.º la modernización del sistema de administración y control; y 4.º la coordinación de los esfuerzos de los estados miembros para mejorar el gobierno societario. En esta línea la Comisión elaboró una consulta abierta sobre los derechos de los accionistas (*Fostering an appropriate regime for Shareholders rights*, http://europa.eu.int/comm/internal-market/company/shareholders/index_en.htm). En Alemania la *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts* (UMAG), que se aprobó en septiembre de 2005, destaca la necesidad de revitalizar la Junta General para convertirla en centro interno de debates en aras de mejorar los controles por los propietarios (*Begründung* del Proyecto de Ley; sobre la UMAG, JUAN Y MATEU, «La reforma de la *Aktiengesetz* alemana, por la UMAG de 2005», en *RdS*, núm. 25, 2005; MARTENS, «Die Reform der aktienrechtlichen Hauptversammlung», en *AG 5/2004*, pág. 238 y sigs.; en Italia, en la misma línea, MARCHETTI, «Il ruolo dell'assemblea nel T.U. e nella corporate governance», *Assemblea degli azionisti e nuove regole del governo societario*, Milano, 1999, pág. 7.

(27) Conviene destacar que quienes menos confían en los mecanismos internos de control y que entienden que sólo el mercado de valores y el de control de empresas son eficaces para disciplinar la gestión y defender a los accionistas, poco se han ocupado de las barreras legales y estructurales del Derecho y la economía españoles. En efecto, los pactos parasociales, las participaciones recíprocas o cruzadas en diferentes sociedades y las barreras establecidas en los estatutos impiden el libre juego de este mercado. La mejor prueba de la escasa eficiencia del mercado de control de empresas lo constituye que en los últimos veinte años no se conozca prácticamente ningún caso de OPA hostil que haya tenido éxito en España.

(28) NOACK, «Aktionärsrechte im EU-Kapitalbinnenmarkt Bemerkungen zur Konsultation der EU-Kommission», en *ZIP*, 2005, pág. 325 y sigs., pág. 326; ROSSI, *Riv. Soc.*, 2001, pág. 6 y sigs.; para otras dificultades que suscita la idea de que el *exit* del accionista sea suficiente para resolver los problemas de su tutela, vid. ABBADESSA, «Il nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni», Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, págs. 163, 164.

da, la intervención de los accionistas en la Junta y el ejercicio de los derechos individuales está recuperando un lugar central en el moderno debate sobre el gobierno corporativo de las grandes sociedades anónimas (29).

III. LA LEY DE TRANSPARENCIA COMO RESPUESTA A LAS DEMANDAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

1. EL SIGNIFICADO GENERAL DE LA REFORMA LEGISLATIVA

Inmediatamente después de darse a conocer el informe Aldama el gobierno presentó un Proyecto de Ley que sería finalmente aprobado muy pocos meses después. La Ley 26/2003 (Ley de Transparencia) pretendió dar respuesta a las demandas que aquel informe planteaba al legislador en relación con la mejora del gobierno de las sociedades anónimas. No obstante, lo hizo de forma muy deficiente. La escasa reflexión y la premura de tiempo son

(29) Muy interesante el estudio comparado de ZETSCHKE, «Shareholder Interaction Preceding Shareholder Meetings of Public Corporations-A Six Country Comparison», en *ECFR*, 1/2005, pág. 107 y sigs. No se está entrando aquí en el otro orden de cuestiones que reflejan el relevante papel que se asigna ahora a la Junta desde la perspectiva del reparto orgánico del poder de decisión en la sociedad anónima: nos referimos a la ampliación de sus competencias en detrimento del Consejo en relación con las decisiones estratégicas que afectan a elementos fundamentales del patrimonio social. Como se sabe, en Alemania el conocido caso Holz Müller abrió este camino que luego han seguido otras decisiones de la jurisprudencia (HÜFFER, «Zur Holz Müller-Problematik: Reduktion des Vorstandermessens oder Grundlagenkompetenz der Hauptversammlung», en *Fest. Ulmer*, Berlin, 2003; HABERSACK, «Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macotron und Gelatina», en *AG*, 5/2005, pág. 137 y sigs.). En Estados Unidos también la cuestión es ampliamente debatida en relación con la propuesta de la *Securities and Exchange Commission* de ampliar las competencias de los accionistas respecto de algunos asuntos sociales (<http://ssrn.com/abstract=471640>; BEBCHUCK, ed., «Symposium on Corporate Elections» de la *Business Lawyer Review*, celebrado en 2004; y BEBCHUCK, «The Case for Increasing Shareholding Power», 2005, 118 *Harv. L. Rev.*, 2004, pág. 836 y sigs., y en www.ssrn.com de donde se cita; en contra CÁMARA «Shareholding Voting and the Bundling Problem in Corporate Law», en *Harvard L. Rev.*, 17-12-2003, y www.ssrn.com de donde se cita; vid. también COOLS, est. cit., <http://ssrn.com/papers> destacando el dato de las mayores competencias de la Junta en el Derecho europeo frente al estadounidense como un dato fundamental en la diferente configuración de la estructura de las sociedades anónimas en ambos sistemas). En Italia una referencia al tema en SACCHI, «La partecipazione dei soci ai processi decisionali delle società di capitali», en AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per G. Rossi*, Milano, 2002, pág. 183 y sigs.). También el informe Aldama entendía «recomendable que cada sociedad regule la necesidad o no de elevar a la Junta General algunas decisiones de negocio, debidamente delimitadas, que sean trascendentales para el futuro de la sociedad y los intereses de accionistas e inversores».

algunas de las razones que explican sus numerosos y graves defectos técnicos. Pero, al margen de fallos formales, las reformas que se introdujeron en aparente cumplimiento del informe Aldama reflejan algunos cambios sustanciales en aspectos fundamentales del sistema del Derecho de sociedades. Por otro lado, la aplicación de las nuevas previsiones normativas que han hecho las sociedades cotizadas españolas no permite augurar una mejora sustancial desde la perspectiva del gobierno corporativo y de los controles de los ejecutivos. El hilo argumental que seguiremos en las próximas páginas pretende demostrar que, de la misma manera que el cumplimiento por las sociedades de las recomendaciones de buen gobierno a menudo es sólo formal, la Ley de Transparencia probablemente se ha quedado también en una respuesta meramente formal o de limpieza de fachada a las exigencias de cambios legislativos que suscitó el Informe Aldama (30).

La Ley de Transparencia reformó la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley del Mercado de Valores. En la Ley de Sociedades Anónimas se modificó el derecho de voto, de representación y de información del accionista, se reguló *ex novo* el régimen de los deberes de lealtad de los administradores y se introdujo una modificación muy tangencial en la acción social de responsabilidad contra los administradores. En la Ley del Mercado de Valores se incluyó un nuevo título que regula las sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado oficial de valores. Estas modificaciones se refieren a algunos pactos parasociales que afectan a una sociedad cotizada (31); se estableció un régimen especial relativo en materia de órganos sociales con la obligación de aprobar un reglamento de ordenación interna de la Junta General y otro del Consejo de administración, y se impusieron especiales deberes de lealtad —que se añaden, pero no sustituyen, a los de la Ley de Sociedades

(30) Ya RECALDE, «La experiencia española en la instauración de reglas de “buen gobierno” en las sociedades anónimas: un balance decepcionante», en Embid/Vítolo, dirs., *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno corporativo. II Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Iguazú, 2003*, Buenos Aires s.g. (pero 2005).

(31) Los pactos afectados por la Ley son los referidos al derecho de voto o que restrinjan la transmisibilidad de las acciones. Se impone la transparencia de este tipo de pactos, previéndose su ineficacia en el caso de que no se cumplan estas obligaciones; pero, también, se establece una desconcertante sanción de ineficacia retroactiva, aparentemente sin posibilidad de ser sanada mediante el cumplimiento de las exigencias de transparencia, aplicable a algunos pactos previos a la ley (para algunas de las cuestiones que plantea el deplorable régimen de los pactos parasociales previsto en la Ley de Transparencia, vid. RECALDE/DE DIOS, «Los pactos parasociales en la Ley de Transparencia: una cuestión polémica», en *La Ley*, 9 de enero de 2004; radicalmente en contra del método y de las principales conclusiones de nuestro trabajo, GARCIMARTÍN, «La europeización del Derecho Privado y el Derecho de OPAs español», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 11, 2004, pág. 343 y sigs.; una crítica más matizada, ILLESCAS, «La transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas y los pactos parasociales», en *DN*, núm. 165, 2004, pág. 5 y sigs.).

Anónimas— a los administradores de las sociedades cotizadas en supuestos de conflictos de intereses; en fin, se previó un nuevo régimen sobre información societaria y sobre los instrumentos de información.

Desde una perspectiva sistemática resulta discutible que el régimen de la sociedad anónima cotizada se deba ubicar en la Ley del Mercado de Valores, pues esta es una Ley destinada a regular los mercados de valores desde una perspectiva institucional. Por otro lado, no siempre se cumple aquel principio ya que también la misma Ley de Transparencia introduce en la Ley de Sociedades Anónimas una norma especial en relación con el derecho de información en las sociedades cotizadas (art. 112) (32) y el régimen de la Ley del Mercado de Valores previsto de los pactos parasociales se puede extender también a sociedades no cotizadas que ejerzan el control sobre una cotizada; en fin, a veces no se entiende muy bien por qué el ámbito de alguna reforma se ha limitado a las sociedades cotizadas (deberes de lealtad del art. 114 LMV) y, en otros casos, carece de sentido que la reforma se aplique a todas las sociedades anónimas y no sólo a las cotizadas (voto a distancia del art. 105 LSA).

Pero, sobre todo, si algo caracteriza a la Ley de Transparencia es que, aun manteniendo un marco legal imperativo que deben respetar las sociedades anónimas, deja un amplio juego a las sociedades para adaptarse a unas nuevas previsiones que no se establecen ya como normas imperativas. En la medida en que nos encontramos con leyes «habilitantes» de la autonomía privada, el balance que se deba realizar sobre la reforma necesariamente debe tener en cuenta la utilización que han hecho las sociedades de las posibilidades que se les abrieron.

En todo caso, en este lugar no se afrontará un estudio exhaustivo de todas las cuestiones que suscita la Ley de Transparencia. Se tratara, tan sólo, de extraer alguna conclusión a la luz de tres temas que hemos elegido para centrar la atención: la información sobre gobierno corporativo que las sociedades deben hacer pública, la posición de los accionistas desde la perspectiva del funcionamiento de la Junta General (con una atención particular al derecho de voto) y, de forma más breve, los deberes de lealtad de los administradores.

2. EL INFORME ANUAL DE GOBIERNO CORPORATIVO Y LA PÁGINA WEB

a) El abandono de la hipótesis estricta de la eficiencia de los mercados de valores tiene su mejor reflejo en la imposición de un amplio caudal de

(32) Al margen de otras normas especiales sobre sociedades cotizadas en materia de acciones rescatables o de derecho de suscripción preferente (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «Derecho de información del accionista e instrumentos y obligaciones de información en la sociedad», en *RdS*, núm. 25, 2005, pág. 19).

información que las sociedades necesariamente deben trasladar al mercado de acuerdo con el principio *comply or explain*. La información ya no sólo afecta a datos financieros o económicos que pudieran repercutir en la cotización, sino también a la organización jurídica de la sociedad. El modelo sigue presidido por la autorregulación, pero a las sociedades se les impone, ahora, la obligación de publicar la estructura organizativa que hubieran adoptado (33). En efecto, las sociedades anónimas cotizadas (art. 116 LMV) y las emisoras de valores que se negocien en mercados oficiales de valores (Disp. Ad. 3.^a de la Ley de Transparencia) deben redactar y hacer público anualmente un «informe de gobierno corporativo» (34). Y se prevé, también, que para esa publicación deberán disponer de una página web. Obviamente, los nuevos instrumentos de publicidad suscitan numerosas cuestiones que ahora no pueden ser atendidas en detalle. Me limitaré a una consideración general sobre el significado sustantivo que tiene el informe de gobierno corporativo y sobre la página web como instrumento de publicidad formal de las sociedades anónimas cotizadas para la información societaria y para el ejercicio del derecho de información que le reconoce la Ley de Sociedades Anónimas (35).

b) Al referirse al contenido mínimo que debe incluir el informe de gobierno corporativo la Ley menciona numerosos datos: estructura de propiedad de la sociedad y participaciones significativas; participaciones de las que son titulares los miembros del consejo y autocartera de la sociedad; estructura de la administración (precisando cuál es la composición del órgano de administración, sus reglas de organización y funcionamiento, remuneración, fun-

(33) Este principio se recoge, por ejemplo, en el «Informe del grupo de expertos de alto nivel del Derecho de Sociedades de la Comisión Europea» (*Informe Winter*), en el segundo informe de la OCDE (*Principles of corporate Governance, Draft revised text 2004*), o en el mismo informe Aldama. Especialmente significativo es el Derecho alemán que, tras la reforma de la *Transparenz- und Publizitätsgesetz* de 2002, incluyó en el § 161 *AktG* la obligación de realizar una declaración sobre cumplimiento del código de gobierno corporativo (LUTTER, «Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäss § 161 AktG», en *ZHR*, 166, 2002, pág. 523; ULMER, «Der Deutsche Corporate Governance Kodex - ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften», en *ZHR*, 166, 2002, pág. 150 y sigs.; ETTINER/GRÜTZEDIK, «Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Abgabe der Corporate Governance Entsprechenserklärung gemäss § 161 AktG», en *AG*, 7/2003, pág. 353 y sigs.). En otros países se exigía igualmente una declaración semejante, si bien prescindiendo de normas legales que impusieran su cumplimiento, pues esta regla se situaba, todo lo más, en el marco de las exigencias para mantener la cotización (para la comparación del Derecho alemán e inglés, vid. GOULDING-MILES-SCHALL, «Judicial Enforcement of Extra-legal Codes in UK and German Company Law», en *ECFR*, 1/2005, pág. 20 y sigs.).

(34) SÁNCHEZ CALERO, «Informe anual del gobierno corporativo», en *RDBB*, núm. 94, 2004, pág. 7 y sigs.

(35) Una nueva incongruencia sistemática se aprecia en que el reconocimiento de los nuevos instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas se establece en el artículo 117.1 LMV, cuando el contenido del derecho viene delimitado por la Ley de Sociedades Anónimas (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, en *RdS*, núm. 25, 2005, pág. 27).

ciones y cargos de los administradores); operaciones vinculadas; sistemas de control de riesgo; reglas de funcionamiento de la Junta General y desarrollo de las reuniones celebradas; finalmente, el informe incluirá una declaración sobre el seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en caso de no seguirse, se deben explicar las razones del incumplimiento. El contenido y la estructura del informe de gobierno corporativo han sido desarrollados, de acuerdo con la habilitación prevista en la Ley (vid. art. 116.4 LMV), por el Ministerio de Economía y la CNMV (36). Por otro lado, el informe de gobierno corporativo se ha de comunicar a la CNMV y dar a conocer a través de la página web que deben tener todas las sociedades cotizadas (art. 117 LMV). A su vez, el nuevo instrumento formal de información debe incluir otros datos de la empresa relevantes para los terceros (37).

Como se puede apreciar sin dificultad, el informe del gobierno corporativo y la página web publican datos que ya eran cognoscibles por otros medios, en particular, a través de los registros de la CNMV o, incluso, del Registro Mercantil. De esta manera, la página web se convierte en un instrumento obligado de publicidad que se superpone a la publicidad jurídica a la que ya se podía acceder a través de otros medios. Es obvio que la coexistencia de diferentes instrumentos de publicidad formal impuestos por la Ley puede generar problemas cuando sus datos no coincidan (38). E, indudable-

(36) Orden del Ministerio de Economía 3722/2003, de 26 de diciembre, y Circular CNMV 1/2004, de 17 de marzo.

(37) El apartado cuarto de la OM^o ECO señalaba que la página web habrá de tener, al menos, el siguiente contenido: los estatutos sociales, el reglamento de la Junta General, el reglamento del Consejo de Administración y, en su caso, los reglamentos de las Comisiones del Consejo de Administración, la memoria anual y el reglamento interno de conducta, los informes del gobierno corporativo, los documentos relativos a las Juntas Generales ordinarias y extraordinarias, con información sobre el orden del día, las propuestas del Consejo de Administración, así como cualquier información relevante que puedan precisar los accionistas para emitir su voto, la información sobre el desarrollo de las Juntas celebradas y, en particular, sobre la composición de la Junta al constituirse, acuerdos adoptados y número de votos emitidos en cada una de las propuestas del orden del día (con cierta incorrección, pues el orden del día no incluye propuestas sino asuntos a tratar), los cauces de comunicación existentes entre la sociedad y los accionistas con indicación particular sobre las formas de ejercicio del derecho de información, los medios y procedimientos para conferir la representación en la Junta, los medios y procedimientos para ejercitar el voto a distancia, incluidos, en su caso, los formularios para acreditar la asistencia y el ejercicio del voto por medios telemáticos en las Juntas Generales, y los hechos relevantes.

(38) Sobre los inconvenientes que derivan de la previsión obligatoria de diferentes instrumentos de publicidad y la conveniencia de una unificación de todos los datos que deben publicarse a través de un único medio de publicidad centralizado, vid. NOACK, «Elektronische Publizität im Aktien- und Kapitalmarktrecht in Deutschland und Europa», en AG, 2003, págs. 537, 549. A estos efectos puede cumplir una importante función la reforma de la Primera Directiva en materia de publicidad de sociedades (Directiva de 11 de junio de 2003) que prevé la creación de un espacio registral europeo de las empresas

mente, a estos efectos resulta insuficiente con la mera posibilidad de que las sociedades difundan la información que están obligadas a hacer pública mediante enlaces —links— que permitan acceder directamente a la información que se ofrece en las bases telemáticas del Registro Mercantil o de la CNMV (39) u ofrecer conexiones con este Registro o con otros, como prevé la Circular de la CNMV sobre la página web. Basta con recordar que, en virtud del principio de publicidad material negativa, los actos inscribibles en el Registro no serán oponibles a los terceros salvo que estos hubieran actuado de mala fe (art. 21 del Código de Comercio). El problema es que la publicación en la página web de determinados datos inscribibles podría ser utilizada para intentar romper la presunción de buena fe del tercero que confía en los datos que constasen en el Registro Mercantil, sobre todo porque no se trata de una mera publicación comercial de carácter voluntario, sino que viene exigida legalmente.

Por otro lado, en relación con la declaración del informe de gobierno corporativo sobre el cumplimiento de las recomendaciones sobre buen gobierno o, en su caso, la explicación de las razones por las que estas no se siguen, el primer problema que se plantea se refiere a la misma determinación de cuáles son las recomendaciones sobre cuyo grado de cumplimiento debe realizarse la declaración. La Orden del Ministerio de Economía advertía que la cuestión habría de resolverse mediante la elaboración por la CNMV de un «*documento único*», pero no se precisó si la CNMV debía proceder eligiendo el «mejor» de los documentos del panorama nacional e internacional, o haciendo una mezcla en la que introduciría elementos de los diferentes informes sobre gobierno corporativo. Mientras tanto, el apartado F del modelo aprobado por la Circular de la CNMV de informe de buen gobierno se limitó a indicar, sin el detalle de otros apartados, que, en tanto no se elaborase este «*documento único*», «*deberán tomarse como referencia para completar este apartado las recomendaciones del informe Olivencia y del informe Aldama*». Caben serias dudas sobre la oportunidad de atribuir a la CNMV la competencia en relación con la elaboración del documento único o, incluso, sobre la legitimidad de esta «deslegalización» de materias fundamentales. Pero en todo caso resulta inadmisibles la previsión de que, mientras no se elabore este documento único, se deberán tomar como referencia los informes Olivencia

a través de Internet y que, en todo caso, prescinde de la publicidad impresa a través de la prensa. En la adaptación a este sistema se encuentra muy avanzado el sistema registral español (VAÑO, «Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 95, 2004, pág. 80 y sigs.). Pero ello no superaría los inconvenientes de la superposición de esta publicidad legal con la realizada a través de la página web que también viene exigida por la ley, aunque no se precisen sus efectos.

(39) FERNÁNDEZ DEL POZO, «El reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (art. 113 LMV)», en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 55 y sigs., pág. 81.

y Aldama. Y lo es, ante todo, porque estos documentos divergen en aspectos muy fundamentales; basta con recordar que, por ejemplo difieren, como ya se advirtió, en un tema tan básico como es el de la misma definición de lo que deba entenderse por el «interés social» que preside la actuación de los órganos sociales.

La lectura de los informes de gobierno corporativo elaborados por las sociedades cotizadas españolas permite apreciar cómo la parte correspondiente al cumplimiento de las recomendaciones sobre gobierno corporativo sigue reflejando cierto formalismo. Muchas veces aquella declaración sólo se refiere al cumplimiento de las recomendaciones del informe Olivencia, mientras que algunas de las más importantes recomendaciones del informe Aldama son ignoradas sin explicarse las razones por las que no se han seguido. En todo caso la ausencia en el informe Aldama de una lista que enumere de forma ordenada y sistemática sus recomendaciones no puede constituir una excusa para la falta de atención a las mismas en los informes sobre buen gobierno.

En fin, tampoco se puede dejar de hacer una mención a los mecanismos que garanticen el cumplimiento de las recomendaciones de buen gobierno. Se ha dicho que en esta materia resultan especialmente relevantes las funciones que se reconocen a la CNMV. El artículo 116.5 LMV indica que, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan proceder por la falta de remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo o la existencia de omisiones o datos engañosos o erróneos (40), a la CNMV corresponde el «*seguimiento de las reglas de gobierno corporativo*» (art. 116.5 LMV y aptdo. primero 2 y 3 de la OM ECO/3722/2003) (41). El reconocimiento de una competencia de la CNMV en este ámbito y su definición en términos tan vagos pueden resultar peligrosos, ya que podría abrir el camino para las reclamaciones a la Administración pública (autoridad supervisora) por responsabilidad derivada de un inadecuado cumplimiento de sus funciones de vigilancia en materia de gobierno corporativo. Y el riesgo es probablemente elevado pues, como a continuación se tratará de demostrar, la forma en que las sociedades cotizadas españolas están cumpliendo las recomenda-

(40) La Ley de Transparencia ha llevado ahora a calificar estas conductas como faltas graves (art. 100.b.bis LMV). Esto supone que las normas internas de organización y los deberes que se establecen en los Reglamentos del Consejo o de la Junta se configuren como «normas de conducta en el plano del Mercado de Valores» (como ya propugnara SÁNCHEZ ANDRÉS, *Sociedad anónima modelo*, 166; contra esta conclusión antes de la Ley de Transparencia, ESTEBAN VELASCO, en *CDC*, núm. 35, 2001, pág. 61, nota 90).

(41) SÁNCHEZ CALERO, en *RDBB*, núm. 94, 2004, pág. 19; en relación con la vulneración de lo previsto en el Reglamento de la Junta, 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, pág. 34; EMPARANZA, «El reglamento de la junta de accionistas tras la nueva Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de las sociedades cotizadas», en *RdS*, núm. 21, 2003, pág. 160; FERNÁNDEZ DEL POZO, en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 72.

ciones sobre gobierno corporativo merece serios reparos. Otra solución podría consistir en entender que el no seguimiento de las recomendaciones constituye una conducta negligente de los administradores contraria a los *standards* de profesionalidad que de ellos cabe esperar. En tal caso, si el incumplimiento de las recomendaciones causase un daño a la sociedad (lo cual no será nada fácil de demostrar), se podría ejercitar una acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad (42). No obstante, ello remite a otro tipo de problema, en concreto lo enormemente difícil que resulta el ejercicio de estas acciones en las sociedades cotizadas (*infra* 4).

3. LA JUNTA GENERAL, EL DERECHO DE VOTO Y, EN GENERAL, LA POSICIÓN DE LOS ACCIONISTAS

a) Con el fin de incentivar la participación de los accionistas en la Junta General todas las propuestas de reforma sobre el gobierno corporativo de los últimos tiempos se han ocupado de los siguientes temas: la adopción de un reglamento de funcionamiento de la Junta General (43), la anticipación del anuncio de la convocatoria de la Junta (44), la conveniencia de facilitar el asociacionismo accionarial, el derecho del accionista a integrar el orden del día con nuevos asuntos o a presentar propuestas alternativas a las de los

(42) Para la jurisprudencia inglesa y alemana, GOULDING-MILES-SCHALL, en *ECFR*, 1/2005, pág. 28 y sigs.

(43) EMPARANZA, en *RdS*, núm. 21, 2003, págs. 149, 152 y sigs.; RAMOS HERRANZ, «El reglamento de la Junta General en las Sociedades Anónimas cotizadas», en *RDM*, núm. 255, 2005, pág. 187 y sigs. La *KonTraG* (Ley para el control y la transparencia empresarial de 27-4-1998) señalaba que el Reglamento interno de la Junta puede «ayudar a la revitalización de la Junta General, a la concentración en un debate de contenido técnico y, en definitiva, a mejorar el control por parte de los propietarios»; no obstante, la adopción de Reglamentos tuvo escaso éxito debido a lo desmesurado del *quórum* que se exigía para su aprobación y a su carácter voluntario (FERNÁNDEZ DEL POZO, en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 59). En España, la obligatoria aprobación de estos Reglamentos (art. 113 LMV) ha supuesto que todas las sociedades cotizadas dispongan de ellos; más discutible es que realmente sirvan para lo que se pretendía.

(44) El artículo 97 LSA sólo exige quince días de antelación. La anticipación de este plazo venía siendo demandada por la doctrina hace tiempo (TAPIA, «La Junta General de la sociedad cotizada», en *Est. S. Calero*, III, págs. 2936 y 2957; ALONSO LEDESMA, «El papel de la Junta General», pág. 647; RONCERO, *La representación del accionista en la Junta General*, pág. 417; FERNÁNDEZ DEL POZO, en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 81). El informe Aldama también recomendaba ampliar la anticipación de la fecha de la convocatoria, sin que esta recomendación obtuviera respuesta del legislador o de las sociedades, sino sólo silencio. Finalmente, el Proyecto de Ley regulador de la Sociedad Anónima europea domiciliada en España incluye una Disposición Final 1.^a que modificaría varios preceptos de la LSA, entre los cuales estaría el artículo 97 LSA, para exigir que la convocatoria se realice, al menos, con un mes de antelación a la fecha de celebración de la Junta.

administradores y la modificación de los modelos de funcionamiento de la Junta y de participación de los socios mediante la introducción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (45). Me referiré a estos últimos aspectos a la luz de la respuesta práctica que han dado las sociedades españolas a las recomendaciones sobre buen gobierno y a las posibilidades legales abiertas a la autonomía privada.

b) En ningún momento la Ley de Transparencia se ha referido al derecho de los accionistas a ampliar el orden del día mediante la introducción de nuevos asuntos o a presentar propuestas alternativas a las del Consejo (46). Sigue, por tanto, en vigor el régimen de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con la inclusión de nuevos asuntos en el orden del día (47). Las

(45) Puede citarse el informe de la OCDE de 2004 sobre *corporate governance* o, en España, el informe Aldama que recomendaba la «potenciación del papel de la Junta General de Accionistas como órgano de decisión y control básico de la vida de la sociedad y la tutela de los intereses de los accionistas».

(46) Ello contrasta con el reconocimiento y regulación expresa de estos derechos de los accionistas en los §§ 124.1 y 126.1 *AktG* (NOACK, «Neuerungen im Recht der Hauptversammlung durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz und den Deutschen Corporate Governance Kodex», en *DB*, 2002, págs. 620, 622). Igualmente en el Derecho inglés [s. 372.(2) y sigs. 376 *Companies Act*]. También en los Estados Unidos existe una detallada regulación del derecho a presentar propuestas alternativas a las de los directivos, en la que se permite a los accionistas, entre otras cuestiones, disponer de una lista de los demás accionistas para poder dirigirse a ellos; también se redujeron los costes de las comunicaciones (Regulation 14.A de la *Federal Proxy Rules* aprobadas por *Regulation of Communications Among Securityholders*, Exchange Act Release, N.º 31,326 [1992]; PONDS KOBLE, «Shareholder Voting Over the Internet: A Proposal for Increasing Shareholder Participation in Corporate Governance», en *Alabama Law Review*, núm. 49, 1998 y www.law.ua.edu/law de donde se cita; ABBADESSA, «Il Nuovo ruolo dell'assemblea nella società per azioni», págs. 166 y 167 y sigs.; para un estudio comparado, vid. ZETSCHKE, en *ECFR*, 1/2005, pág. 123 y sigs.). No ha sucedido así, en cambio, en Italia, donde se criticó el silencio en la materia del *Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria* (COSTI, «Risparmio gestito e governo societario», en *Giur. Comm.*, 1998, pág. 319; sobre las virtudes de la posibilidad de que los accionistas presenten propuestas alternativas para el buen gobierno, vid. GARRIDO, *La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas*, pág. 249 y sigs.).

(47) Es objeto de discusión si en el Derecho español existe un derecho de los accionistas a incluir asuntos en el orden del día. Esta posibilidad expresamente sólo se reconoce en el caso de solicitud de convocatoria por accionistas titulares del 5 por 100 del capital (art. 100 LSA). Se manifiesta favorable a la posibilidad de que los accionistas puedan introducir nuevos puntos del orden del día sobre la base de aquel precepto, URÍA-MENÉNDEZ-MUÑOZ PLANAS, *La Junta General*, T. V, en URÍA-MENÉNDEZ-OLIVENCIA, *Comentario del régimen de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1992, 90 y sigs.; y JUSTE MENCÍA, *Los derechos de la minoría en la sociedad anónima*, Pamplona, 1995, pág. 262; en contra, MORRAL SOLDEVILA, en ARROYO-EMBED, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 2001, pág. 979 y sigs. En el proyectado nuevo artículo 97 LSA (vid. Disposición Final 1.ª del Proyecto de Ley de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España) se prevé la inclusión de un párrafo tercero redactado en los siguientes términos: «3. Los accionistas que representen, al menos, el 5 por 100 del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una Junta General de Accionistas

recomendaciones del informe Aldama respecto a la conveniencia de que se ampliaran las posibilidades de que los accionistas presenten nuevos asuntos para su discusión en la Junta deberán satisfacerse dentro de la libertad de autorregulación que se reconoce a los estatutos (48).

De cualquier modo, nadie discute que respecto de los asuntos incluidos en el orden del día cualquier accionista puede presentar una propuesta alternativa a la formulada por los administradores, siempre que no se trate de propuestas que debieran estar publicadas y a disposición del conjunto de los accionistas con cierta antelación. Ahora bien, para que la aprobación de las propuestas presentadas por los accionistas diferentes a las del Consejo tuviera cierta posibilidad de éxito sería necesario que pudieran darlas a conocer al resto de los accionistas y que ello pudiera realizarse sin costes excesivos. En efecto, desde la perspectiva de la garantía de la capacidad de los accionistas para decidir en la Junta lo conveniente no es sólo permitirles conocer genéricamente los asuntos de que se van a tratar en ella, sino también las propuestas que van a discutirse sobre tales asuntos. De ahí que resulte básico crear instrumentos que faciliten la comunicación de los socios con la sociedad y entre sí (49). Habitualmente se ha considerado que esta función la debería cumplir la página web de la sociedad, que se podría configurar como un auténtico foro de discusión de los socios sobre todos los asuntos sociales fundamentales y sobre las propuestas presentadas para su debate y aprobación en la Junta General (50). Por lo tanto, la página web de la sociedad no sólo

incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la Junta». Como en tantas ocasiones se puede ya advertir que la fijación del umbral en el 5 por 100 del capital imposibilitará, en la mayor parte de las ocasiones, su ejercicio en las sociedades cotizadas.

(48) Mucho más discutible es que esta previsión se pueda incluir a través del Reglamento de la Junta General (en contra, SÁNCHEZ CALERO, en *RdS*, núm. 20, 2003, pág. 35).

(49) RECALDE, «Publicidad de los datos personales incluidos en los registros de accionistas», en *RdS*, núm. 18, 2002; FERNÁNDEZ DEL POZO, en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 91 y nota 76. Un obstáculo al establecimiento de estos cauces de comunicación entre los socios se sitúa en las dificultades existentes para que los accionistas puedan relacionarse con los demás accionistas e, incluso, para que puedan conocerlos, como consecuencia del restrictivo acceso a los datos de los accionistas que *de lege lata* refleja el régimen de representación inmaterializada de las acciones mediante anotaciones en cuenta (ya RECALDE, «Sobre el carácter pretendidamente nominativo de las anotaciones en cuenta», en *RDBB*, núm. 50, 1992). Ello contrasta con lo previsto en el Derecho estadounidense del mercado de valores (*supra* nota 46).

(50) La reciente reforma del Derecho de Sociedades Anónimas de 2005 (UMAG) prevé la introducción de un §127.a en la *AktG*, en el que se prescribirá que en el «boletín federal electrónico» (*elektronisches Bundesanzeiger*) de las empresas que gestiona el Ministerio de Justicia se constituirá un «forum de accionistas» para permitir la participación de éstos y de las asociaciones de accionistas. Es decir, se ha rechazado la utilización de

debería utilizarse por los administradores para hacer públicas sus propuestas (algo a lo que ahora vienen obligados), sino también para que en un plano de igualdad de armas cualquier accionista pudiera defender y dar a conocer sus propias propuestas al resto de los accionistas (51). A esta función se refería el informe Aldama cuando indicaba que la página web debería servir para que los socios pudiesen formular propuestas alternativas en relación con los puestos del orden del día, debiendo la sociedad facilitar que tales propuestas fuesen conocidas por los restantes accionistas (52).

Sin embargo, la normativa que ha desarrollado el régimen de la página web no se ha referido a estas cuestiones. Por otro lado, tampoco las sociedades anónimas españolas que cotizan en Bolsa han hecho uso en la práctica de esta posible vía de comunicación (53). Más bien, los reglamentos de Junta General de las sociedades anónimas cotizadas españolas, ignorando la recomendación del informe Aldama (y, por cierto, sin explicar en sus informes de gobierno corporativo la razón por la que no la cumplen) reflejan un claro recelo hacia cualquier tipo de propuestas que no provengan del Consejo. El mejor ejemplo de ello es la previsión generalizada en la mayor parte de las

la página web de la sociedad a estos efectos y se ha optado por crear foros de discusión (por otro lado bastante restrictivos respecto de las comunicaciones que en ellos se pueden realizar) (al respecto, JUAN Y MATEU, en *RdS*, núm. 26, 2005). Este novedoso instrumento de información se introdujo ya con ocasión de la reforma aprobada en 2002 por la *Trans-PuG* que preveía (§§ 125 y 126 *AktG*) que la comunicación por la sociedad a todos los accionistas de las propuestas presentadas en relación con los asuntos de la Junta se podía realizar a través del «boletín federal electrónico» de las empresas, vid. NOACK, en *DB*, 2002, pág. 622.

(51) Como se indicó antes, la Orden del Ministerio de Economía que desarrolla el régimen del informe anual sobre gobierno corporativo y de la página web, indica que en ésta deben aparecer las *«propuestas del Consejo de Administración; pero también «cualquier información relevante que puedan precisar los accionistas para emitir su voto»*; esta última indicación podría abrir la vía para interpretar que la página web también debería servir para hacer públicas las propuestas alternativas que no provengan del Consejo.

(52) *«Singularmente, los accionistas deben encontrar en la página web corporativa la vía para la formulación de sus propuestas alternativas en relación con los puntos del orden del día y peticiones de información, debiendo la sociedad, por la misma vía, facilitar que aquellas propuestas sean conocidas por los restantes accionistas con suficiente antelación al momento en que, si procede, deban ser sometidas a la Junta General»*.

(53) FERNÁNDEZ DEL POZO, en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 84, considera desalentadora la experiencia de las sociedades cotizadas españolas en relación con este punto. Valga como ejemplo el Reglamento de la Junta General de Endesa donde se señala que los accionistas, *«previa consignación de su identidad como tales y a través de la Oficina del Accionista o por medio de la página de internet de la Sociedad, podrán comentar o realizar sugerencias por escrito con relación a las materias del orden del día. De estos comentarios o sugerencias no se informará a la Junta General, sin perjuicio de que el Consejo de Administración pueda tenerlos en cuenta y del derecho del accionista a intervenir en las deliberaciones de la Junta General en relación con el orden del día de la misma»*. Como se ve el derecho de los accionistas a hacer propuestas o comentarios sobre las propuestas ya presentadas no se contempla como una comunicación dirigida a los demás accionistas.

sociedades cotizadas españolas de procedimientos de cómputo de votos que directamente desalientan la presentación de nuevas propuestas o de propuestas alternativas a las del Consejo. En efecto, en los reglamentos de la Junta General de la mayor parte de las sociedades cotizadas a menudo se suelen incluir las presunciones de que el voto de los accionistas que constan como presentes en la Lista de asistentes es favorable a las propuestas del Consejo de administración y, al mismo tiempo, que es contrario a las que no provengan de estos (el llamado sistema de voto de «deducción positiva» y de «deducción negativa») (54). Este tipo de previsiones encuentra una justificación muy difícil desde el punto de vista de su legalidad, pues el silencio no puede considerarse una declaración de voluntad salvo que existan elementos indiciarios suficientes que acrediten que la voluntad del que calla lo es en el sentido indicado, y no parece que a estos efectos sea suficiente una mera previsión en los estatutos o en un Reglamento de la Junta; por otro lado, resulta absolutamente insólita una cláusula, favorable siempre en el sentido de quien dispone del control, que a veces conduce a interpretar el silencio en un sentido y otras veces precisamente en el sentido contrario (55). En todo caso, la «desigualdad de armas» que aquellas presunciones reflejan resulta inadmi-

(54) Los Reglamentos de varias de las más importantes sociedades cotizadas presumen (salvo que expresamente se diga lo contrario) que los accionistas votan a favor de las propuestas del consejo (BBVA, Unión Fenosa) o de las propuestas que constaran en el orden del día (ENDESA) y en contra de las que el consejo no apoya (BBVA) o que no constaban en el orden del día (ENDESA, Unión Fenosa; por otro lado, la interpretación de algunas de estas cláusulas no dejará de suscitar dificultades, pues el orden del día no publica propuestas sino asuntos a tratar). Es curioso que el argumento más habitual que se utilice para este tipo de previsiones sea la dificultad práctica existente para realizar el cómputo de los votos (FERNÁNDEZ DEL POZO, en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 107, quien muestra cierta ironía frente a esta alegación) o para redactar con exactitud la lista de asistentes. En un momento en el que las «ciencias adelantan» más que «una barbaridad», es incomprensible que los administradores de potentísimas compañías no puedan saber quiénes están presentes en la Junta y cómo votan, y que ello sólo ocurra en nuestro país, pues estos sistemas de votación resultan insólitos en el panorama comparado (críticamente también con estas cláusulas destacando su contradicción con las recomendaciones sobre buen gobierno EMPARANZA, en *RdS*, núm. 21, 2003, pág. 159).

(55) Por otro lado, en el Reglamento de Endesa, en relación con los asuntos no incluidos en el orden del día, se presume que son «votos contrarios a la propuesta sometida a votación los correspondientes a todas las acciones concurrentes a la reunión, presentes o representadas, menos los votos que correspondan a las acciones cuyos titulares o representantes pongan en conocimiento del Notario, mediante comunicación escrita o manifestación personal, su voto a favor, en blanco o su abstención». Ello puede desvirtuar de forma grave la previsión legal de que en cualquier momento se puede discutir en la junta sobre un acuerdo de separación de administradores (art. 131 LSA) o de ejercicio de la acción de responsabilidad contra éstos (art. 134.1 LSA), incluso aunque no constase en el orden del día, ya que quien realice la propuesta debe contar con la presunción de que los votos de los accionistas que aparezcan en la lista de asistentes (salvo que indiquen otra cosa o que expresamente hubieran hecho constar que abandonaban la junta) cuentan ya en contra de la citada propuesta.

sible si lo que se pretendía era, como se decía, intensificar el activismo accionarial y los controles internos facilitando la posibilidad de una contienda en el marco de la Junta de propuestas alternativas a las presentadas por el Consejo.

c) *Derecho de voto por procedimientos electrónicos y otras técnicas de comunicación a distancia de la voluntad del socio.* Una de las cuestiones que más interés está suscitando en relación con la mejora del gobierno de las sociedades cotizadas es la que se refiere a las posibilidades que abren desde el punto de vista del incremento del activismo accionarial las nuevas tecnologías en materia de información y comunicación. Se ha dicho en ocasiones que una de las razones que podría explicar la pasividad de los accionistas se hallaría en los altos costes que deben soportar para asistir a las Juntas. Este argumento es particularmente relevante en el caso, cada vez más habitual, de accionistas cuyo domicilio se encuentra en un país diferente al de la sociedad anónima de cuyas acciones son propietarios.

En los últimos años se viene insistiendo en que la *Information and Communication Technology* constituye un instrumento que podría ayudar a superar o, al menos, a atenuar la famosa apatía de los inversores individuales. Ello se explica por el abaratamiento de costes que pueden representar tanto las vías directas (por ejemplo, participación de los accionistas en la Junta a través de internet) como indirectas (por ejemplo, atribución electrónica de delegaciones de voto) de participación de los accionistas en las Juntas (56). Pocas dudas caben de que en algunos casos la introducción de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas podrá contribuir a su ágil desarrollo con sólo que se produzcan pequeñas reformas legislativas (57). Pero aquí nos

(56) PONDS KOBLER, «Shareholder Voting Over the Internet: A Proposal for Increasing Shareholder Participation in Corporate governance», www.law.ua.edu/law; WYMEERSCH, «The Use of ICT in Company Law Matter», en FERRARINI-HOPT-WYMEERSCH, *Capital Markets in the Age of the Euro*, The Hague-Bonn-New York, 2002, pág. 469 y sigs.; TURELLI, «Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie», en *Riv. Soc.* 2004, pág. 116 y sigs.; VAÑO, en *RDBB*, núm. 95, 2004, pág. 77, 100 y sigs. No obstante, tampoco pueden despreciarse los riesgos destacados por la doctrina alemana (NOACK, en *BB*, 1998, pág. 2535; HABERSACK, «Aktienrecht und Internet», en *ZHR*, 2001, pág. 196) de que por esta vía se incrementen las intervenciones perturbadoras, que se produzca un ejercicio irracional del voto o que se creen coaliciones casuales o basadas en motivos populistas).

(57) Nos referimos a la simplificación y reducción de costes en relación con el traslado de la información previa a la Junta, así como a la publicidad de la convocatoria a través de la página web (MARTÍNEZ MARTÍNEZ, en *RdS*, núm. 25, 2005, pág. 32) prescindiendo de los costes que implica la impresión de aquella documentación y de los anuncios que hoy en día exigen la mayor parte de las legislaciones. En Alemania la *TransPuG* de 2002 estableció que se podría prescindir de la exigencia de la publicación del anuncio de convocatoria en forma impresa admitiéndose una publicación realizada a través del «boletín federal electrónico de las empresas» (MIMBERG, «Schränken der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung im Internet-die Rechtslage nach dem Inkrafttreten von NaStraG, Formvorschriften-AnpassungsG und TransPuG-», en *ZGR*, 2003, pág. 25

preocupa su virtualidad desde el punto de vista de la intensificación de la participación de los accionistas, en definitiva, en relación con el ejercicio por los accionistas de sus derechos de socio y su significación como instrumento de control de los ejecutivos.

Cuando se habla de la incidencia de las nuevas tecnologías en el desarrollo de las Juntas Generales de las sociedades anónimas se está haciendo referencia a cuestiones cuya realización práctica depende, en buena medida, de adelantos técnicos que se encuentran en una fase muy incipiente y que, de cualquier manera, pueden suponer la alteración radical de los actuales modelos de funcionamiento de estas reuniones. Tradicionalmente el Derecho de sociedades anónimas ha contemplado la Junta General como un órgano colegial, lo que se correspondería con la naturaleza corporativa de este tipo societario. Esta caracterización comporta ciertas exigencias en materia de convocatoria, de información previa que debe trasladarse a los socios, de la posibilidad de intervenir durante la celebración de la Junta o que afectan al mismo sistema de adopción de las decisiones. El método colegial y el procedimiento asambleario parecían considerarse corolarios necesarios de un proceso decisional presidido por el principio mayoritario (58). La voluntad

y sigs.); por otro lado, el § 125.II.3.º *AktG* se reformó por la *NaStraG* 2000, admitiéndose el traslado de la información del § 125.I por correo electrónico a los accionistas que hubiesen manifestado su acuerdo (HABERSACK, en *ZHR*, núm. 165, 2001, pág. 173 y sigs.). Otra cosa es que la sociedad pueda forzar a los socios a comunicar su correo electrónico para realizar estas comunicaciones, sobre cuya oportunidad se discutió en Alemania con ocasión de la reforma de 2000, aunque finalmente se rechazase (HABERSACK, est. cit., 179; antes de la reforma RIEGGER, «Hauptversammlung und Internet», en *ZHR*, núm. 165, 2001, págs. 204, 206).

En Italia el D. Legs. 17-1-2003, n. 6, ha previsto que las sociedades que no recurren a los mercados de capital de riesgo introduzcan métodos alternativos a los de la convocatoria mediante publicaciones en prensa entre los que se encuentran los que ofrecen las nuevas tecnologías (se trata de métodos sustitutivos de los tradicionales anuncios en prensa y siempre que acrediten la recepción del anuncio por el destinatario con al menos ocho días de antelación) (TURELLI, en *Riv. Soc.*, 2004, pág. 116 y sigs.). Especialmente para la convocatoria de sociedades de pequeñas dimensiones y con un número reducido de accionistas, la comunicación electrónica puede constituir un instrumento muy adecuado.

En España se propuso la admisión de la posibilidad de Juntas convocadas por e-mail en caso de expresa previsión estatutaria (FERNÁNDEZ DEL POZO-VICENT CHULIÀ, «Internet y Derecho de Sociedades. Una primera aproximación», en *RDM*, núm. 237, 2000, pág. 946 y sigs.; también IBÁÑEZ JIMÉNEZ, «El ejercicio telemático de los derechos del accionista en las sociedades cotizadas españolas», en *RDM*, núm. 249, 2003, pág. 1029, quien consideraba que «nada puede objetarse legalmente al pacto estatutario que determine la convocatoria vía e-mail» porque el artículo 97 LSA sería una norma dispositiva, aunque en nuestra opinión esta conclusión es seriamente discutible).

(58) Por el contrario, en las sociedades de personas habría más flexibilidad respecto de la admisión de otros procedimientos decisionales. GIRÓN, *Derecho de Sociedades. Parte general y sociedades personalistas*, I, pág. 282; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, pág. 179 y sigs.; COTTINO-SARALE-WEIGMANN,

del socio —expresada a través del voto— sólo se podía conformar después del debate y como consecuencia de la confrontación con las opiniones de los demás socios asistentes. Por ello, en la interpretación clásica, que tenía un claro reflejo en la Legislación vigente, a la idea de Junta General era esencial la facultad de los socios de encontrarse cara a cara con los administradores y eventualmente de la posibilidad de formular preguntas que obtuvieran una respuesta directa para determinar el sentido de su voto.

Sin duda, esta es una visión mítica del rito de la Junta (59). Como ya se describió el fenómeno hace algunos años, «*el órgano compuesto por y con los accionistas, la Junta General, pensada por la Ley, poco tiene que ver con la real en las Compañías que consideramos* (las cotizadas con accionariado disperso). *La lista de asistencia... no se adentra suficientemente en el título de fondo del asistente (representación verdadera u ocupación del interés de los representados...) ...La “deliberación” en el seno de la masa de asistentes... es tan imposible como en un caso taurino (no hay más que monólogos y aclamación o autoaclamación)... La confianza en que maior pars será la melior pars... se aplica en realidad a uno o varios socios “activos” que significan un tanto por ciento a veces de un solo dígito, frente a la ausencia de los demás o su suplencia con el aparato representativo indicado» (60).*

De hecho, el mismo modelo legal admitía importantes excepciones al principio de colegialidad. En particular la llamada representación pública supone, de alguna manera, que el socio toma su decisión en relación con los asuntos que se van a tratar en la Junta antes de que se celebre la reunión; lo mismo cabe decir del reconocimiento legal de la validez y eficacia de los pactos parasociales, que materialmente conducen a que los acuerdos se adopten al margen de la Junta; o de la legitimidad del «interés del grupo» ya se identifique este con el de la sociedad dominante o con el de la «empresa multisocietaria» (61).

Pero cuando se habla de la incidencia de las nuevas tecnologías en relación con el ejercicio del derecho de voto del accionista y de su repercusión en la configuración tradicional de la Junta, antes convendría referirse brevemente a las diferentes modalidades que podría asumir la utilización de los nuevos medios de información y comunicación. Las nuevas tecnologías (in-

Società di persone e consorzi, Padova, 2004, pág. 154; NOTARI, «L'assemblea e i processi decisionali dei soci nelle proposte di riforma delle società non quotate», en *Riv. Soc.*, 2001, pág. 130 y sigs.

(59) RESCIO, «L'assemblea della public company e la sua verbalizzazione», en AA.VV., *Assemblea degli azionisti e nuove regole del governo societario*, Padova, 1999, pág. 7 y sigs.

(60) GIRÓN, «Las reformas varias, pendientes y andantes de la sociedad anónima en España», en *La Ley*, 1989 (pág. 3-4 del periódico diario).

(61) Sobre el tema, GIRGADO, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Granada, 2001, pág. 237 y sigs., esp. pág. 266 y sigs.

ternet, el correo electrónico) pueden servir, en primer lugar, para ser soporte o instrumento de comunicación de la voluntad del socio que se manifestaría a través de ellas: piénsese en la atribución de una delegación de voto por estos medios o, incluso, de un posicionamiento previo del accionista en relación con las propuestas que se debatirán en la Junta. Ambos supuestos suponen que la voluntad se declara antes de la celebración de la Junta —y no «en» la Junta—, por lo que el accionista no ha podido tomar su decisión a la luz de la discusión y del contraste de opiniones. El voto (electrónico) que se emite antes de la Junta requiere una detallada regulación legislativa que contemple adecuadamente las numerosas implicaciones que comporta una ruptura tan radical del modelo corporativo vigente tradicionalmente en nuestro ordenamiento (62).

Pero normalmente cuando se habla de Juntas electrónicas o virtuales, no se está haciendo referencia a la utilización de las nuevas tecnologías para votar antes de la Junta sino durante la misma, facilitando una participación remota, pero directa y contemporánea, de los accionistas (63). Las modalidades

(62) El supuesto plantea los problemas típicos que suscita el «voto por correspondencia» y, por esta razón, allí donde se ha admitido el voto electrónico, ello se ha hecho con importantes cautelas: así en Italia, la posibilidad de esta forma de voto reconocida en el artículo 2.370 del Código Civil (según lo previsto en el 127 TUF 1998 y luego en el D. Legs. de 17 de enero de 2003) se ha desarrollado detalladamente en los artículos 139 y sigs. del Regolamentoo de la Consob n. 11971 (SABATELLI, «Voto per corrispondenza e modificabilità delle proposte nelle assemblee di società quotate», en *Riv. Soc.*, 2003, págs. 539, 551). En Francia el reconocimiento del voto por correspondencia (l. 83-1 de 3-1-1983, y actualmente art. L 225-107 del *Code de commerce —lois de sociétés—*) se ha realizado acompañando el desarrollo de esta previsión por decreto (Décrée N.º 67-236 article 131-1 y sigs.) y coordinándose con el régimen de la solicitud pública de representación (COZIAN-VIANDIER, *Droit des sociétés*, Paris, 1997, pág. 302, escéptico sobre la capacidad del voto por correo para sacar a los pequeños accionistas de su absentismo; SABATELLI, en *Riv. Soc.*, 2003, pág. 554, nota 38), dado que una y otra institución pueden utilizarse alternativamente para alcanzar los mismos efectos (COOLS, «The real difference in corporate law between the United States and continental Europe: distribution of powers», <http://ssrn.com/abstract=623286>). De hecho, cuando se introdujo el voto por correspondencia subyaciendo la preocupación por paliar los abusos que se cometieron con los *pouvoirs en blanc* al amparo de la previsión de que los votos se entenderían favorables a las propuestas del Consejo; en cambio, en ausencia de una indicación sobre el sentido del voto emitido por correspondencia, se estableció la presunción de que éste es contrario a las propuestas presentadas (LE CANNU, *Droit des sociétés*, pág. 487; RONCERO, «Poderes en blanco para la representación del accionista», en *RdS*, núm. 6, 1996, págs. 70, 94).

En España el artículo 391 de la propuesta de Código de Sociedades Mercantiles contemplaba la posibilidad de un voto a distancia, para lo que entendía necesario un desarrollo reglamentario, lo que hubiera sido conveniente con ocasión de la reforma introducida por la Ley de Transparencia (ALCOVER, en *RDM*, núm. 254, 2004, pág. 1366 y sigs.).

(63) Sobre la distinción entre voto anterior a la junta o «en» la Junta, y sobre el hecho de que el segundo supuesto es el relevante desde la perspectiva de la intensificación de la participación de los accionistas, mientras que el primero viene a incidir directamente sobre cuestiones fundamentales que afectan a la posición del socio, vid. NOACK, «Aktionärsrechte im EU-Kapitalbinnenmarkt –Bemerkungen zur Konsultation der EU-Kommis-

des que se pueden imaginar aquí son de lo más variadas: desde la Junta General multilocal que se transmite por videoconferencia o webcam entre dos lugares diferentes pero cercanos (64), hasta la utilización de internet para facilitar la intervención de los accionistas en la Junta a pesar de encontrarse en lugares muy distantes entre sí o respecto de la reunión. Ciertamente los problemas de orden técnico que existen para el desarrollo de este tipo de reuniones virtuales no son menores que los de orden jurídico. Sobre todo en las sociedades anónimas con accionariado amplio y disperso no será fácil conseguir que la Junta se celebre con la simultánea presencia de miles de accionistas conectados por internet que no sólo puedan saber lo que está sucediendo en ella, sino que, igualmente, puedan intervenir y expresar su opinión de manera tal que la puedan dar a conocer a los demás socios.

Por todo ello se han pretendido superar las dificultades que comporta el desarrollo de estas Juntas a distancia a través de técnicas intermedias en las que los socios sólo escuchan o ven lo que sucede en la Junta pero directamente no intervienen, ya que su participación es sólo indirecta o mediata, en concreto se realiza a través de representantes habilitados y presentes en la Junta a los que, por vía telefónica o por medios electrónicos, el socio imparte sus instrucciones (65).

sion», en AG, 2005, págs. 325, 331. También en Italia, aunque en el mismo precepto, artículo 2.370 del Código Civil italiano, se contemple la posibilidad de la participación por medios electrónicos y el voto por correspondencia, generalizadamente se entiende que se trata de dos supuestos muy diferentes, incluso desde su significación en relación con la democracia accionarial (por ejemplo, RESTAINO, en SANDULLI-SANTORO, *La riforma delle società*, Torino, 2003, pág. 308 y sigs.).

(64) Ésta constituye una práctica habitual en las Juntas de las grandes sociedades anónimas españolas que se desarrollan en locales contiguos mediante la utilización de pantallas que permiten el seguimiento y la participación en la reunión de los accionistas a través de dos salas. No deberían haber objeciones siempre que la transmisión del sonido y la imagen fuese en doble dirección (RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Reflexiones en torno a la retransmisión por televisión de la Junta General de la SA», en RDM, núm. 121, 1971, pág. 351 y sigs.; TAPIA HERMIDA, *Est. Sánchez Calero*, III, págs. 2917, 2944) y que la distribución de los socios entre los diferentes locales no responda a criterios discriminatorios o a la voluntad de los administradores de ubicar en la sala en que ellos se encuentran a los accionistas más afectos (FERNÁNDEZ DEL POZO-VICENT CHULIÀ, en RDM, núm. 237, 2000, pág. 960 y sigs.). Por ello, es discutible el criterio que siguen algunas sociedades de colocar en una de las salas a los accionistas con participaciones más elevadas, mientras que la segunda se habilita para los pequeños accionistas. En Francia se admite expresamente la posibilidad de la Junta transmitida por videoconferencia, siempre que así lo hubieran previsto los estatutos (LE CANNU, *Droit des sociétés*, Paris, 2002, pág. 486).

(65) NOACK, «Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und moderne Kommunikationstechnik- aktuelle Bestandaufnahme und Ausblick», en NZG, 2003, págs. 241, 245; MIMBERG, en ZGR, 2003, pág. 51; HABERSACK, en ZHR, núm. 165, 2001, pág. 182; este modelo era el que tenía en mente la SEC Release, núm. 33-7233, de 6-10-1995 (*Use of Electronic Media for Delivery Purpose*) (TURELLI, en Riv. Soc., 2004, pág. 126). El mecanismo que se ha seguido en los Estados Unidos es el de que la página web de la so-

La Ley de Transparencia se ha ocupado del derecho de voto del accionista y, a estos efectos, ha modificado varias normas de la Ley de Sociedades Anónimas. El nuevo régimen permite que tanto el ejercicio del derecho de voto sobre los asuntos del orden del día como su delegación pueda realizarse «mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto» (art. 105.4 LSA) (66); el artículo 106 LSA reitera la misma idea al indicar que la representación para asistir a la Junta se puede otorgar «*por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos previstos en el artículo anterior para el ejercicio del derecho de voto*». A continuación nos referiremos, brevemente, al marco legal que resulta de esta reforma para atender, luego, a la utilización que han venido haciendo en la práctica las sociedades anónimas españolas de las posibilidades que se les han abierto a través de estos preceptos.

En primer lugar, debe advertirse que sistemáticamente carece de sentido la ubicación de la norma en el precepto de la Ley de Sociedades Anónimas en el que se ha ubicado. En efecto, la previsión del ejercicio del derecho de voto o de su delegación a distancia nadan tienen que ver con el resto del artículo 105 LSA (67). Por otro lado, su inclusión en la Ley de Sociedades

ciudad permita el acceso reservado y seguro de los socios a través de puertas de seguridad y mecanismos de identificación. Esta página no sólo serviría de foro de debate y de instrumento para la recepción de propuestas en relación con la Junta (*supra* nota 46) sino que también durante la celebración de la Junta podría servir como cauce para la recepción de votos de los accionistas que asisten virtualmente. Los accionistas conocen directamente lo que sucede en la Junta, pues ésta se transmite a través de la citada página; pero no pueden intervenir, por lo que ejercitan el derecho de voto a través del representante (*proxy*) encargado de recibir sus votos. Indica TURELLI (*Riv. Soc.*, 2004, pág. 129, nota 38) que en varios Estados de los Estados Unidos (Washington, Virginia, Maryland, Minnesota y Pennsylvania) se viene admitiendo que los *articles on incorporation* pueden prever este tipo de asistencia; vid. también, NOTARI, en *Riv. Soc.*, 2001, pág. 149. En el Reino Unido también en el sentido de que el procedimiento recomendable para impulsar el voto electrónico sería el de la expedición de las instrucciones a un *proxy*, aunque sin precisar si ello es posible realizarlo durante el transcurso de la Junta, vid. MYNERS, «Review of the impediments to voting UK shares», <http://www.aic.co.uk/files/technical/04-02-04%20Final%20SVWG%20Report.pdf>.

(66) El artículo 2.370 del Código Civil italiano prevé que los estatutos consientan «la intervención en la asamblea mediante medios de telecomunicación o la expresión del voto por correspondencia». La primera posibilidad exigiría que se garantizara una participación en tiempo real en la discusión y en la votación sobre los asuntos del orden del día en un plano de paridad con los socios físicamente presentes en el lugar en que fue convocada (RESTAINO, Sandulli-Santoró, *La riforma delle società*, pág. 309).

(67) También en este sentido ALCOVER GARAU, «Aproximación al régimen jurídico del voto electrónico», en *RDM*, núm. 254, 2004, pág. 1363. En efecto, el artículo 105 LSA prevé la posibilidad de que los estatutos establezcan limitaciones de los derechos de asistencia (párrafos 1 y 3) o del número máximo de votos que puede emitir un accionista (párrafo 2) (al respecto, TOBIO, *Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista* (art. 105 LSA), Madrid, 1995, *passim*; RECALDE, *Limitaciones estatutarias del*

Anónimas permite interpretar que el voto a distancia sería una posibilidad aplicable estatutariamente a todas las sociedades anónimas, estén o no cotizadas, lo que a su vez puede plantear problemas respecto del sentido teleológico de esta previsión. En todo caso debe advertirse que en España hasta el momento el voto a distancia sólo ha tenido una amplia difusión en las sociedades cotizadas, mientras que en las no cotizadas los importantes costes administrativos y económicos que comporta este sistema de voto ha desalentado, lógicamente, su adopción.

Relacionada con este tema se encuentra una de las cuestiones más discutidas que plantea la interpretación del precepto. Nos referimos a si el voto a distancia es una posibilidad abierta a su adopción por las sociedades anónimas mediante la oportuna cláusula estatutaria o si es una cláusula que obligatoriamente deben contemplar los estatutos de todas las sociedades anónimas. En efecto, la Ley no deja claro si la remisión a los estatutos que se prevé en la norma es para que en ellos se establezca el sistema de votación a distancia cuando la sociedad lo considere conveniente, o sólo se establece para que los estatutos prevean los medios y controles aplicables a esta forma de voto que necesariamente debería regularse. Algún autor ha defendido que la Ley ha configurado el voto a distancia como un auténtico derecho individual del socio (68), por lo que los estatutos estarían obligados a regular esta posibilidad de votar por correo o por medios electrónicos de comunicación a distancia. Esta tesis no nos parece compartible (69), aunque aparentemente cuente a su favor con el argumento de la literalidad de la norma. A nuestro entender, no se obliga al desarrollo estatutario de un derecho individual e inderogable del accionista reconocido ahora en la Ley, sino que esta se limita a permitir que por vía estatutaria se contemplen las nuevas formas de manifestación de la voluntad de los socios junto a los mecanismos tradicionales. A esta conclusión conduce un atento análisis del proceso legislativo (70), el hecho de que este sistema de votos resultaría insoportablemente costoso para muchas sociedades anónimas no cotizadas (y recuérdese que la previsión se establece en la LSA sin discriminar el tipo de sociedades a las que sería

derecho de voto en las sociedades de capital, Madrid, 1996, pág. 60 y sigs.). Previsiones que carecen de cualquier relación con la posibilidad de ejercitar el derecho de voto sin asistir a la Junta (el art. 104 LSA que regula el derecho de asistencia como presupuesto del voto) o con que pueda delegarse el derecho en un tercero mediante la representación (arts. 106 y sigs. LSA).

(68) ALCOVER GARAU, en *RDM*, 254, 2004, pág. 1363 y sigs.; RAMOS HERRANZ, en *RDM*, núm. 255, 2005, pág. 212.

(69) En el mismo sentido, MUÑOZ PAREDES, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Madrid, 2005, pág. 137 y sigs.

(70) Durante la tramitación de la ley se presentó una enmienda (núm. 27 del Grupo Socialista) para obligar a las sociedades anónimas al establecimiento de sistemas de voto a distancia que fue rechazada.

aplicable) y la misma experiencia comparada de otros ordenamientos en los que se han adoptado sistemas similares (71).

Por otro lado, el contenido de las disposiciones legales sobre el voto a distancia resulta muy parco, con lo que las lagunas que se abren van a complicar necesariamente la interpretación. Sólo se prevé que los estatutos deben establecer sistemas que garanticen la identidad del sujeto que ejerce el derecho de voto (72) y que los accionistas que emitan sus votos a distancia «deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la Junta como presentes». En todo lo demás se ofrece una amplísima habilitación para que los estatutos desarrollen esta norma.

d) El enorme campo concedido a la autonomía privada justifica que el examen de esta materia necesariamente se deba realizar a la luz del uso que han hecho las sociedades anónimas cotizadas españolas de la posibilidad que se les ha abierto para introducir en sus estatutos los nuevos sistemas de voto a distancia.

Todas las grandes sociedades anónimas cotizadas españolas han previsto en sus estatutos y en los reglamentos de funcionamiento interno de la Junta la posibilidad del voto a distancia y lo han hecho con profusión de publicidad en la que proclamaban tanto su adecuación a la modernidad y a las nuevas tecnologías, como la respuesta que con ello daban a las exigencias planteadas para la mejora del gobierno corporativo. Sin embargo, en relación con esta última cuestión convendría introducir más de un matiz. En la mayor parte de los casos se ha previsto una amplia variedad de medios de emisión del voto

(71) El artículo 2.370 del Código Civil italiano tan sólo prevé que los estatutos permitan la utilización de medios de telecomunicación para participar en la Junta o la expresión del voto por correspondencia, pero no obligan a ello (TURELLI, en *Riv. Soc.*, 2004, pág. 148 y sigs.; MIRONI, «Il voto per corrispondenza nelle società quotate: profili di disciplina», en *Riv. Soc.*, 1999, págs. 751, 754; no obstante, SABATELLI, en *Riv. Soc.*, 2003, pág. 547, recuerda que en Francia el voto por correspondencia se configura como un régimen de orden público).

(72) Algún autor consideró que esta garantía sólo se encuentra en la firma electrónica avanzada (VIERA GONZÁLEZ, «Previsión estatutaria y en el Reglamento de Junta General de la emisión del voto y otorgamiento de representación por medio de comunicación a distancia», en *RdS*, núm. 22, 2004, pág. 195 y sigs.). Otros, probablemente con mayor fundamento, estimaron que no debería considerarse imprescindible este sistema de acreditación y que los estatutos podrían considerar suficientes otros sistemas, aunque con ello se redujera el nivel de seguridad (FERNÁNDEZ DEL POZO, en *RDBB*, núm. 93, 2004, pág. 93; MUÑOZ PAREDES, *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales*, págs. 140 y 168; para los límites de la firma electrónica respecto a la identificación del firmante, vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, *La seguridad de la firma electrónica*, Madrid, 2005, *passim*; ALCOVER, en *RDM*, núm. 254, 2004, pág. 1369 y sigs.). Más grave es que en la Ley de Transparencia sólo se exigiera la previsión de mecanismos de seguridad sobre la identidad del firmante y no de la integridad del mensaje, cuestión que queda, una vez más, al albur de la previsión estatutaria (ALCOVER, en *RDM*, núm. 254, 2004, pág. 1369).

a distancia (correo, fax, entrega de carta firmada, internet e incluso teléfono móvil), aunque lo más habitual sea la previsión genérica del voto a través del correo y por medios electrónicos (73). Habitualmente los estatutos conceden una amplísima habilitación al Consejo de administración para determinar las exigencias técnicas aplicables a la emisión del voto y al otorgamiento de la representación para asistir a la Junta por medios de comunicación electrónicos (74). En la mayor parte de los casos se suele admitir que, a los efectos de acreditar la identidad del accionista, se admitirá el voto mediante firma electrónica reconocida; no obstante, se suele prever que pueden utilizarse otros instrumentos que en cada momento precisará el Consejo de administración de la sociedad en función de los avances de la técnica.

No obstante, probablemente lo más destacable de la aplicación que han hecho las sociedades cotizadas españolas sea que en la gran mayoría de los casos analizados se haya previsto que los votos a distancia sólo surtirán efecto si se hubiesen recibidos por la sociedad con 24 horas de antelación a la celebración de la Junta, indicándose que el voto que se hubiese recibido con posterioridad se tendrá por no emitido (75). Es decir, la previsión legal

(73) Así los Reglamentos de Junta de Cintra, Unión Fenosa, Metrovacesa, Iberdrola, Ferrovial. En el caso de Bankinter se prevén todos los medios citados en el texto, aunque su régimen no siempre es el mismo (vid. convocatoria de la Junta Ordinaria de 2005). Aunque el Reglamento de la Junta del BBVA prevé tanto el voto a distancia por correspondencia postal, electrónica o por cualquier otro medio de comunicación a distancia, en la Junta General ordinaria de 2005 sólo se admitió la primera.

(74) Reglamentos de Junta de Iberdrola, Metrovacesa, Ebro Puleva. En el Reglamento de Junta de Bankinter se indica que el consejo «se reserva el derecho a solicitar a los accionistas medios adicionales de identificación que considere oportunos para garantizar la autenticidad del voto o de la delegación». En un sentido muy similar el Reglamento de la Junta General de Endesa. El Reglamento de la Junta General de Endesa indica: «*El Consejo de Administración queda facultado para desarrollar las previsiones del anterior apartado a), estableciendo las reglas, medios y procedimientos adecuados al estado de la técnica, así como las formas, condiciones, limitaciones y requisitos que consideren convenientes en orden a complementar la regulación prevista en este Reglamento para el ejercicio del derecho de voto por medios de comunicación a distancia. Asimismo, el Consejo de Administración, sobre la base del estudio y seguridad que ofrezcan los medios técnicos disponibles, establecerá el momento a partir del cual podrán los accionistas emitir su voto por medios de comunicación a distancia*». Habitualmente la convocatoria de la Junta suele incluir la previsión de que la sociedad se reserva el derecho a modificar, suspender, cancelar o restringir los mecanismos de voto y delegación electrónica «*cuando razones técnicas o de seguridad lo requieran o impongan*» (por ejemplo, convocatoria de Junta de 2005 de Ferrovial o Cintra).

(75) Metrovacesa, Bankinter, Endesa, Iberdrola, Acciona, BBVA, etc. La excepción la representa el Banco de Santander que en la convocatoria de su Junta de 2005 previó, al amparo de lo indicado en la disposición adicional de su Reglamento de la Junta General, la posibilidad de una asistencia remota de los accionistas que hubieran concluido alguna de las dos modalidades de contratos (contrato multicanal o contrato de acceso para voto y delegación electrónica y asistencia remota a la Junta) que les permitirá disponer del juego de claves y firma electrónica que permitirá la conexión y asistencia remota a la

se ha utilizado para adoptar el modelo que resulta más sencillo, desde el punto de vista de su implementación técnica; pero también el que menos favorece la participación activa de los accionistas en la Junta. No se ha contemplado, por tanto, una participación directa de los accionistas en la Junta General a través de medios de comunicación electrónicos, sino un voto que se ha emitido antes de la Junta sobre los asuntos del orden del día que se van a discutir en esta. Se trata, por lo tanto, simplemente de un voto anticipado, siendo irrelevante el medio —correo tradicional o electrónico— que utilice el socio para trasladar su voluntad. Ahora bien, como ya se advirtió, el voto por correspondencia plantea numerosas cuestiones que deberían ser resueltas de forma muy detallada y adecuada, tal como se ha hecho en los países que ya lo han incorporado a su ordenamiento. En todo caso, la forma en que se está haciendo uso de los sistemas de voto a distancia no puede dejar de suscitar serias reservas, dada la posibilidad de que realmente constituyan instrumentos que refuercen la posición de los administradores y de los socios de control (76), al servir únicamente para simplificar la constitución de las Juntas y para recoger un número amplio de adhesiones y de votos favorables a las propuestas de los administradores, en lugar de representar un mecanismo que propicie la participación de los accionistas y el control por estos de los ejecutivos, que era la razón que los justificaban.

Con relación a este riesgo conviene realizar alguna consideración: en todos los casos que se han podido analizar se prevé que la recepción por la sociedad de los votos emitidos a través de correspondencia postal o electrónica se realizará por medio de los representantes de la sociedad, es decir, serán los mismos administradores los que en representación de la sociedad se ocupen de la recogida de los votos. Ello supone que el Consejo de administración (y aquí se utiliza siempre un término genérico, que permite presumir que serán los administradores ejecutivos los que se ocuparán del asunto) disponga del exclusivo control sobre el cumplimiento del régimen estatutario o del desarrollo de lo establecido en el Reglamento de la Junta General en relación con el ejercicio del voto a distancia. La previsión de que el voto se

Junta; también podrán «intervenir en la Junta y, en su caso, solicitar informaciones o aclaraciones en relación con los puntos del orden del día o realizar propuestas». Estas intervenciones «serán accesibles para los asistentes físicamente presentes» y para los demás accionistas remotos accediendo a la página web que se indique. De igual manera se regula la votación. En todo caso, una vez más, el desarrollo de la escueta previsión del Reglamento de la Junta sobre la asistencia de los accionistas se ha hecho por el Consejo.

(76) MONTALENTI, *Giur. Comm.*, 1998, pág. 346, se muestra escéptico sobre la capacidad del voto por correspondencia para incrementar la participación accionarial en la fase deliberativa (id., *La società quotata*, pág. 182); MIRONE, *Riv. Soc.*, 1999, pág. 789, critica el voto por correspondencia desde la perspectiva de las reformas sobre *corporate governance*. Para el incremento de la competitividad y la lucha en las Juntas, los mecanismos más lógicos serían la promoción de las asociaciones de accionistas, respecto de las cuales el voto por correspondencia no opera con facilidad.

deba recibir por el Consejo con cierta antelación a la fecha de celebración de la Junta se suele justificar por la necesidad de «confirmar la condición de accionista, comprobando que la titularidad y el número de acciones que proporcionen cada una de las personas que emitan su representación o voto emitido por medios de comunicación a distancia son correctos» (77). Este argumento no carece de algún fundamento, pero tampoco se puede ignorar el riesgo de que, una vez que el Consejo de administración hubiera recibido con aquella antelación una cantidad significativa de votos contrarios a sus propuestas y, por tanto, evitándose todo «factor sorpresa» (78), sus miembros pudieran adoptar medidas dirigidas a privar de eficacia a los indicados votos tales como la modificación (directa o a través de algún accionista afecto) de las propuestas inicialmente presentadas para ser votadas en la Junta. La ineficacia de los votos originariamente emitidos resultaría de que estos no se habrían expresado respecto de las modificaciones presentadas. En efecto, los accionistas que votaron por correspondencia no pueden expresar su voluntad respecto de unas propuestas de acuerdos que han sido modificadas o que no conocieron cuando votaron (79). La ausencia de todo tipo de previsiones sobre este tipo de situaciones contrasta con lo previsto en los ordenamientos que han regulado el voto a distancia (80).

(77) Así la convocatoria de la Junta General ordinaria de 2005 de Ferrovial y, con la misma redacción, la convocatoria de Junta de Cintra. También la convocatoria de Red Eléctrica de España.

(78) El reglamento de la CONSOB de desarrollo del artículo 2.370 del Código Civil italiano, que prevé el voto por correspondencia, exige que la apertura de los votos se realice en el momento en el que se va a proceder al escrutinio, a los efectos de evitar conductas obstaculizadoras de los administradores como las modificaciones de las propuestas iniciales (MIRONE, en *Riv. Soc.*, 1999, pág. 778). La exigencia de que se conserve el secreto y el factor sorpresa ha sido reiteradamente destacada respecto de las OPAs y, en general, del mercado de control de empresas como instrumento de fiscalización de la gestión (por muchos, GONDRA-SÁNCHEZ ANDRÉS, «La viabilidad jurídica de la OPA formulada por el Banco de Bilbao a los accionistas del Banco Español de Crédito», en AA.VV., *La OPA del Banco de Bilbao*, Madrid, 1987, pág. 97 y sigs., pág. 102). Pero la misma exigencia se debe respetar si se quiere que la Junta sea un lugar en el que se produzcan las «contiendas» que garanticen un control de la gestión desarrollada.

(79) LE CANNU, *Droit des sociétés*, pág. 487.

(80) Es el caso de Italia, donde el artículo 143.3 del Regolamento Consob n. 11971, que desarrolla el artículo 2.370 del Código Civil, en el que se regula el voto por correspondencia, prevé que en caso de modificación de las propuestas iniciales o de que se integre el orden del día por nuevos asuntos (dentro del reducido ámbito en que ello es posible), el accionista que ya hubiera votado puede manifestar su voluntad eligiendo la abstención, el voto en contra o la adhesión a las propuestas de voto expresadas por el Consejo de Administración o por otro accionista; ahora bien, ello supone que se obliga a realizar una nueva consulta a los accionistas que ya votaron por correspondencia (SABATELLI, en *Riv. Soc.*, 2003, pág. 578 y sigs.; GUERRA, «Le assemblee e la “Draghi”», en *Riv. Soc.*, 1999, págs. 1087, 1101). En Francia, en caso de modificación de las propuestas originarias se prevé que el formulario de voto por correo que necesariamente ha de firmar el accionista que vota por esta vía, deberá abrir al accionista tres posibilidades: abstenerse

Por otro lado, en alguna ocasión las sociedades cotizadas españolas suelen establecer la presunción de que el voto emitido a distancia es favorable a las propuestas del Consejo (81) y ello se hace sin ninguna de las cautelas que prevé el régimen de la solicitud pública de representación, donde la libertad del beneficiario de la delegación para votar en ausencia de explícitas instrucciones del representado o en contra de estas instrucciones sólo se admite de forma muy restringida y sometida a rígidos controles (art. 107.1 y 2 LSA). Precisamente por la cercanía del voto por correo con la solicitud pública de representación, en otros países este tipo de cuestiones no se han dejado al ámbito de la autorregulación estatutaria sino que se ha establecido un régimen especialmente cauteloso por vía reglamentaria (82).

La conclusión que se obtiene de lo indicado es que un instrumento jurídico pensado para intensificar el control de los ejecutivos, en este caso a través de los accionistas, realmente puede estar utilizándose para reforzar el control de la sociedad y por parte de los ejecutivos. O, si se quiere, que el argumento del «gobierno corporativo» se utiliza, una vez más, como coartada para reforzar el poder de los administradores.

4. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES Y RESPONSABILIDAD POR SU INFRACCIÓN

a) *Consideraciones generales.* Los informes sobre el buen gobierno corporativo se han preocupado habitualmente por recomendar la imposición de rigurosos deberes de conducta a los administradores y directivos de las sociedades anónimas cotizadas, al constatar cómo, con cierta reiteración, se pro-

(lo que equivale a votar no), o delegar en el presidente o en un tercero las decisiones sobre el sentido del voto respecto de los asuntos en que se hubiesen producido modificaciones respecto de las propuestas iniciales (LE CANNU, *Droit des sociétés*, pág. 487; CARCANO, en MARCHETTI-BIANCHI, *La disciplina della società quotata*, Milano, 1999, pág. 962).

(81) El Reglamento de Bankinter prevé múltiples posibilidades de emisión de voto a distancia, pero en alguna de estas modalidades sólo se admite el voto positivo a «*todos los puntos del orden del día*», lo cual no deja de suscitar alguna duda, pues en cada punto del orden del día podrían haber diferentes propuestas. En la reglamentación italiana sobre el voto por correspondencia se exige que la tarjeta a través de la cual se emita el voto indique el sentido de la propuesta que será considerada en la Junta (art. 140 TUF) (MIRONE, en *Riv. Soc.*, 1999, pág. 755 y sigs.). Precisamente las dificultades que ha planteado el cumplimiento de esta norma han surgido cuando las propuestas no provenían del Consejo sino de los accionistas o en el caso de que se hubiesen modificado las propuestas inicialmente planteadas y dadas a conocer.

(82) En Ebro Puleva o en Iberdrola se prevén una serie de reglas de prelación entre la delegación, el voto a distancia y la presencia directa del accionista en la Junta. Sin embargo, entre estas reglas no se contempla la prelación aplicable en el conflicto entre quien hubiere delegado su voto y quien hubiese votado por un medio de comunicación a distancia, supuesto que hubiese sido de particular interés para apreciar cuál es el sistema que el citado reglamento considera «mejor».

ducen actuaciones inadecuadas desde el punto de vista del genérico deber de actuar con lealtad hacia los intereses de la sociedad. También en este ámbito en una primera fase (Código Olivencia) se confiaba en la autorregulación y en que las sociedades responderían de forma positiva a la recomendación de que los Reglamentos internos de conducta del Consejo incluyesen catálogos de deberes de lealtad, a una segunda fase en la que se entendió que era la Ley la que debía imponer este tipo de obligaciones (informe Aldama). En aparente respuesta a esta demanda, la Ley de Transparencia reformó varios preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 127 y sigs.); no obstante, también previó una norma especial aplicable en este caso a los administradores de las sociedades cotizadas (art. 114 LMV).

Es cierto que uno de los más eficaces instrumentos para conseguir un mejor gobierno corporativo lo constituye la posibilidad de reclamar de los administradores los daños que estos hubieran causado a la sociedad al actuar infringiendo los deberes inherentes al cargo (83). No obstante, mientras que desde 1989 abundan las demandas y las sentencias que han condenado a los administradores de sociedades anónimas no cotizadas con ocasión del ejercicio de acciones de responsabilidad, estas resoluciones brillan por su ausencia en las sociedades cotizadas. Nadie duda de que ello se debe menos a la tipificación de la conducta ilícita, que a razones adjetivas o procesales. Fundamentalmente a la dificultad existente para que los accionistas minoritarios, que no están en el Consejo, alcancen el umbral del 5 por 100 del capital requerido para que la minoría pueda ejercitar la demanda en sustitución del acuerdo de la mayoría (art. 134.4 LSA) (84) y a los altísimos costes procesales que el demandante tiene que afrontar y que resultan inasumibles para pequeños inversores. En efecto, los principales problemas que plantea el régimen español de responsabilidad civil de los administradores de las sociedades anónimas cotizadas son de *enforcement*, es decir, se refieren a los mecanismos y medios jurídicos establecidos para forzar al cumplimiento por los administradores de sus obligaciones o para hacerles responder por sus actos ilícitos. Aunque el informe Aldama (85) advertía sobre la conveniencia de reformas en este ámbito —y así se está haciendo en otros países— (86), la

(83) PAZ-ARES, «La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo», en *RdS*, 20, 2003, pág. 67 y sigs.

(84) JUSTE MENCIA, «Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social», en ROJO/BELTRÁN, dirs., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2004, págs. 115, 118.

(85) El informe Aldama indicaba que «es necesario facilitar los procedimientos y requisitos de exigencia de esta responsabilidad por parte de los accionistas».

(86) Destaca especialmente el caso alemán, donde la reforma de 2005 de la *Aktien-gesetz* (UMAG) atribuye a los accionistas titulares de acciones equivalentes al 1 por 100 del capital o que tienen un valor nominal de 100.000 euros la legitimación para ejercitar estas acciones (pudiendo los pequeños accionistas agrupar sus acciones contactando a

única modificación de la Ley de Transparencia es la que ha previsto la extensión al «administrador de hecho» de la legitimación pasiva por las acciones de responsabilidad social (87).

b) *El sistema de los deberes de los administradores.* La Ley sí que ha modificado las normas que definen el supuesto de hecho de la conducta ilícita de los administradores que puede generar responsabilidad. Como en todo supuesto de responsabilidad civil, para que los administradores de una sociedad anónima respondan hace falta daño, relación de causalidad entre la conducta que causa el daño y el daño, y que la conducta contemplada sea antijurídica, es decir, que suponga la vulneración de los deberes inherentes al cargo. Obviamente, no todo incumplimiento da lugar a responsabilidad sino sólo el culpable. Es este último el supuesto que pudiera dar lugar a controversias (88). La Ley de Transparencia ha traído consigo una importante modificación de la norma que tipifica los deberes inherentes al cargo de administrador, es decir, del precepto que determina el *standard* de actuación de los administradores cuyo incumplimiento generaría responsabilidad. En relación con la determinación de las obligaciones de los administradores, el Derecho

través del foro que se cree al efecto en el boletín oficial electrónico de sociedad) y que los costes de la demanda puedan trasladarse a la sociedad en determinados casos; para evitar demandas abusivas se prevé un procedimiento judicial de examen previo sobre la procedencia de la demanda (SEMLER, «Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft», en *AG* 9/2005, págs. 321, 331; siguiendo la propuesta de ULMER, «Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsrats», en *ZHR*, núm. 163, 1999, pág. 290 y sigs.; no obstante, tampoco cabe desconocer que el texto definitivamente aprobado resulta mucho menos audaz que las propuestas inicialmente publicadas, vid. JUAN Y MATEU, en *RdS*, núm. 25, pág. 2005). Igualmente debe señalarse que la página web del Ministerio de Justicia alemán se refiere a un Proyecto de Ley del Gobierno alemán de modificación de la legislación procesal con el objetivo de crear un procedimiento para el ejercicio de acciones colectivas (*class actions*) por los pequeños inversores (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes* KapMuG) (<http://www.bmj.bund.de>); también en Italia existe una propuesta legislativa en este mismo sentido (LENER, «L'introduzione della *class action* nell'ordinamento italiano del mercato finanziario», en *Giur. Comm.*, 2005, pág. 269 y sigs.; para otras propuestas de introducir las *class actions* en Francia, vid. LACROIX, «Les *class actions* devant le juge francais: reve ou cauchemar? », <http://www.iutcolmar.uha.fr/internet/recherche/Jcerdacc.nsf/0/5dd249778545fa80c1256f6a002fb1b5?OpenDocument>).

(87) LATORRE, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003, especialmente pág. 170 y sigs.; *id.*, «El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA», en *RDM*, núm. 253, 2004, pág. 853 y sigs.; PERDICES, «Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran», en *RdS*, núm. 18, 2002, pág. 277 y sigs.; MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo de la responsabilidad», en ROJO-BELTRÁN, *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, 2005, pág. 56 y sigs.; EMBID, «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia», en *RCDI*, núm. 685, 2004, pág. 2391 y sigs.

(88) ESTEBAN VELASCO, «Responsabilidad civil de los administradores», *EJB*, 5912, Madrid, 1995.

español utilizaba tradicionalmente una técnica de cláusula general. El artículo 127 LSA indicaba que «*Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*». Tras la Ley de Transparencia este párrafo sigue apareciendo, ahora, como primer párrafo del artículo 127 LSA, pero ya no se titula «ejercicio del cargo» sino «deber de diligente administración». El párrafo que seguía antes, en el que se establecía el deber de secreto, ha adquirido autonomía constituyendo un precepto independiente (127 quater LSA) (89). Y se ha incluido ahora un segundo párrafo en el artículo 127 en el que se señala que «*cada uno de los administradores deberá informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad*». Pero más importancia que estas modificaciones tiene el hecho de que se hayan incluido dos nuevos preceptos: el primero es el artículo 127 bis y se titula «*deberes de fidelidad*», el segundo es el 127.ter y se titula «*deberes de lealtad*» (90).

Estas normas revelan graves defectos de carácter técnico-jurídico, como la injustificada e insólita diferenciación semántica entre «deberes de fidelidad» y «deberes de lealtad» (arts. 127.bis y 127.ter LSA) o la tautológica identificación del interés social con el interés de la sociedad (art. 127.bis LSA). Pero el mayor interés se sitúa en la distinción (habitual en la doctrina estadounidense en la que se inspira) entre los deberes de diligencia (*duty of care*) y de lealtad (*duty of loyalty*). No obstante, es muy discutible que no se pudiera sustentar la preexistencia de esta diferenciación en la referencia de la cláusula general al deber de actuar como un «ordenado empresario», que obliga a actuar diligentemente, y como un «representante leal», que exige un particular cuidado en la tutela de los intereses ajenos por parte de los administradores; de la misma forma que es también discutible la diferenciación cualitativa y cuantitativa de los deberes de diligencia y de lealtad de los administradores (91).

(89) Lo cual no deja de sorprender, dado que el deber de secreto es una manifestación del deber de lealtad (FARRANDO MIGUEL, *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Madrid, 2001, pág. 85, con la matización de que el deber de secreto no sólo se aplica al que es administrador, sino también al que dejó de serlo; aunque en último caso el origen del citado deber se sigue situando en la relación orgánica por la que fue elegido).

(90) En fase de corrección de pruebas de este trabajo se ha podido leer un excelente trabajo sobre la materia de JUSTE MENCIA/IGARTUA ARREGUI, «Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», en *RdS*, núm. 24, 2005, pág. 75, cuyas conclusiones no siempre han podido ser incorporadas ni citadas, pero con las que se constatará la sustancial coincidencia con lo aquí mantenido.

(91) QUIJANO, «Recomendación de buen gobierno corporativo y responsabilidad de los administradores», en EMBID/VÍTOLO, dirs., *Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno corporativo. II Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Iguazú, 2003*, Buenos Aires, s.g. (pero 2005), págs. 127, 163.

c) La doctrina española que ha defendido la importación de este modelo de distinción de deberes de conducta con parámetros diferentes propugna que, con relación al *deber de diligencia*, la Ley debería reflejar una actitud de flexibilidad o indulgencia. Ello facilitaría el funcionamiento de la *business judgement rule* e impediría que los jueces procediesen a realizar un juicio de mérito sobre la gestión empresarial para el que no estarían profesionalmente capacitados. Mientras tanto, en relación con los deberes de lealtad el rigor debería intensificarse tanto porque el riesgo de las infracciones de estos deberes es mayor que respecto de los deberes de cuidado o diligencia, como porque el mercado carece de mecanismos sancionatorios sustitutivos ante las conductas ilícitas de los administradores en los que estos anteponen sus intereses particulares a los ajenos que deben tutelar (92).

En relación con los deberes de gestión diligente la Ley de Transparencia no ha modificado la normativa previgente, más allá del deber de informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad: el parámetro de diligencia aplicable sigue siendo el del ordenado empresario. A mi entender, no hay razones para defender una indulgencia para los administradores en relación con la conducta que deben seguir que no se prevé para otras personas. Simplemente la correcta aplicación del *standard* de diligencia del ordenado empresarial serviría para evitar que los jueces se inmiscuyesen en el ámbito de gestión de la empresa (93). Lo que en ningún caso se puede decir es que el rigor derivado de la obligación de actuar diligentemente pueda crear administradores temerosos de tomar decisiones empresariales arriesgadas ante el peligro de que *a posteriori* los tribunales entrasen a valorar el mérito de su actuación, pues precisamente aquel tipo de decisiones arriesgadas son las que a menudo serán exigibles de un ordenado o diligente empresario. Por otro lado, visto que prácticamente no se conocen supuestos de responsabilidad por

(92) PAZ-ARES, en *RdS*, núm. 20, 2003, pág. 68 y sigs. En el informe Aldama se indicaba que «el régimen de responsabilidad de los administradores debe tratar con el debido rigor la infracción de los deberes de lealtad, sin menoscabo del tratamiento adecuado del deber de diligencia. Por su parte, las exigencias derivadas del deber de diligencia —obtención de información, dedicación, participación en la formación colegiada del criterio— no deberían eliminar el ámbito de discrecionalidad o competencia técnica de las decisiones empresariales propias de la administración de la sociedad».

(93) El reconocimiento de lo que se conoce en los Estados Unidos como *business judgement rule* (LLEBOT, *Los deberes de los administradores de la sociedad* anónima, pág. 73 y sigs.) se hacía ya en el informe Aldama (vid. cita nota anterior). En Alemania se ha señalado que no resultaba necesario reconocer expresamente este principio a cuyas consecuencias se podía llegar por la doctrina y la jurisprudencia en aplicación de las normas generales (SEMLER, en *AG*, 9/2005, pág. 324; para los argumentos a favor y en contra del reconocimiento de este principio, FLEISCHER, en *ZIP*, 2004, págs. 685, 687); a pesar de ello, en la reforma de la *Aktiengesetz* de 2005 (UMAG) modifica el § 93 *AktG*, reconociendo la no responsabilidad de los administradores cuando estos hubiesen adoptado una decisión empresarial por el bien de la sociedad sobre la base de una información adecuada (JUAN Y MATEU, en *RdS*, núm. 25, 2005).

infracción de estos deberes de diligencia entre los administradores de sociedades cotizadas (y, fuera de este ámbito, tampoco abundan los supuestos de responsabilidad por la falta de cuidado en la gestión) es difícilmente admisible el manido argumento de que pueda existir un cierto temor o renuencia a la aceptación del cargo por los graves riesgos que el sistema de responsabilidad comporta.

d) Por otro lado, en relación con la infracción de los *deberes de lealtad*, se defendía que el legislador debería imponer un rigor mayor que el previsto en el régimen vigente, dado el mayor riesgo estadístico de que se produjeran unas conductas para las que el mercado no tendría mecanismos sustitutivos y que posibilitan grandes ganancias a los infractores. Pues bien, la reforma ha consistido, por un lado, en mantener la cláusula general que establece que el administrador debe obrar como un representante leal; por otro lado, se ha previsto un catálogo de situaciones que pueden dar lugar a la infracción de los deberes de lealtad en los artículos 127 *ter* y 127 *quater* LSA; y, por último, el artículo 114 LMV ha regulado un supuesto específico de deberes de lealtad aplicable exclusivamente a los administradores de las sociedades cotizadas.

La sustitución de la técnica exclusiva de la cláusula general por la tipificación de determinados supuestos de ilicitud es arriesgada (94), ya que puede inducir a pensar que sólo constituyen infracciones de los deberes de lealtad los enumerados en el catálogo legal y, en todo caso, se puede concluir que con relación a los supuestos no incluidos en el citado catálogo o lista, la carga de la prueba de su antijuridicidad recaería sobre el demandante. Pero además, las nuevas normas son muy deficientes no sólo en la configuración típica de los supuestos mencionados (95), sino también por sus lagunas. De hecho, algunos de los supuestos que son objeto de mayor atención en la doctrina y que han causado serios escándalos en nuestro país (por ejemplo, retribución de administradores o adopción de medidas de blindaje anti-OPA) han sido ignorados por la Ley.

Por otro lado, sin entrar en el detalle de cada uno de los supuestos, sí cabe decir que el artículo 127 *ter* LSA no responde al esquema tradicional de

(94) Críticos también JUSTE MENCIA/IGARTUA ARREGUI, en *RdS*, núm. 25, 2005, pág. 77.

(95) Basta con advertir que el primer supuesto de deber de lealtad de los administradores consiste en no utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administrador para la realización de operaciones por cuenta propia o de personas a ella vinculada. Esta norma no puede aplicarse en su literalidad, pues carecería de sentido que se prohíba al administrador de una sociedad que solicita un préstamo personal declarar su cargo o condición. Por ello debe entenderse en el sentido de que sólo se le prohíbe utilizar el nombre de la sociedad como garantía de operaciones particulares. Para otras críticas a los supuestos tipificados, vid. JUSTE MENCIA/IGARTUA ARREGUI, en *RdS*, núm. 25, 2005, págs. 79 y sigs.

imposición de un deber de lealtad y consiguiente prohibición absoluta de que se infrinja aquel deber. En relación con el aprovechamiento de las oportunidades de negocios para sí mismo o para personas vinculadas con los administradores o en las situaciones de conflictos entre los intereses de la sociedad y los de estos, la Ley se ha limitado a prever un protocolo o procedimiento de actuación (96). Este protocolo pasa por las siguientes fases: comunicación de la situación de conflicto o de la «oportunidad de negocios» existente a la sociedad, publicación del supuesto y abstención de actuar hasta que la sociedad no hubiese desestimado la realización para sí del negocio o no hubiese autorizado al consejero a intervenir en la operación a la que se refiere el conflicto de intereses (97).

El problema es que el órgano social al que el consejero comunica la situación de conflicto de intereses o del que solicita su autorización para aprovecharse de las «oportunidades de negocio» que, en principio, deberían considerarse que «perteneían» a la sociedad es el Consejo de administración (art. 127.ter.3 LSA) (98). Dado que el consejero pertenece a este órgano y, en muchas ocasiones, puede ser el socio de control (o una persona designada por este) la mera obligación de abstenerse en la decisión del órgano no es garantía suficiente de que el Consejo actuará con independencia en el momento en que se deba pronunciar sobre el conflicto o sobre la oferta de utilizar en provecho propio la «oportunidad de negocio».

Por otro lado, en los supuestos en que un administrador desempeñara cargos en empresas competidoras de la sociedad o de su grupo la Ley exige ahora (art. 127.ter.4 LSA) la transparencia al mercado de esta situación de conflicto a través de la memoria, lo que puede resultar excesivamente engorroso, caro y complicado de realizar en supuestos de escasa relevancia como aquellos en que el administrador lo es de varias empresas del mismo grupo. Por otro lado, los mismos datos deben reflejarse en el informe anual del gobierno corporativo (OM 3722/2003). La previsión de que la misma información conste en dos diferentes documentos está ya creando serias dudas interpretativas (99).

(96) LLEBOT, *Deberes y responsabilidad de los administradores*, pág. 41 y sigs.

(97) La conclusión de que los administradores tienen prohibido realizar el negocio en el que se suscita el conflicto de intereses, sin embargo, no se deduce de la letra de la ley. En este ámbito debe incluirse el supuesto más grave de un contrato entre el consejero y la sociedad (la cual manifiesta su voluntad a través del mismo consejero), en donde la prohibición absoluta podría derivarse de otras normas de nuestro ordenamiento de las que se deduce que con carácter general prohíbe la autocontratación.

(98) La norma se aplica a todas las sociedades y, por lo tanto, también a aquellas cuyo órgano de administración se configura como un administrador único, dos mancomunados o varios solidarios. Pero la Ley no parece haberse dado cuenta de ello, lo que dificultará enormemente su aplicación.

(99) Al respecto, JUSTE MENCIA/IGARTUA ARREGUI, en *RdS*, núm. 25, 2005, pág. 82.

En fin, la transparencia expresa únicamente se pide para aquellas operaciones «*ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado*» (100).

Pero lo más grave es que, dado el esquema seguido en la Ley, se corre el riesgo de que el mero cumplimiento formal del protocolo y la publicidad que se de a la situación a través del informe de gobierno corporativo pueda servir para entenderse como una conducta suficiente que excluiría ya la responsabilidad del consejero. Antes de la aprobación de la Ley el principal defensor del nuevo modelo indicaba que con él se pretendía evitar «*que el administrador tenga dificultades de prueba, al menos si está establecido un protocolo o procedimiento formal homologado para la aprobación de las transacciones potencialmente conflictivas*» (101). Lo cierto es que la simplificación de la prueba de que una conducta no es desleal a través de un mero cauce procedimental está lejos de representar el endurecimiento del régimen que se afirmaba promover.

Por otro lado, debe advertirse que la Ley prevé un caso particular de deber de lealtad en el que sí opera la técnica o el esquema tradicional de prohibición de actuar en los supuestos en los que se identifica un conflicto. Nos referimos a la prohibición que ha impuesto el artículo 114 LMV a los administradores que acudan a la Junta en representación de accionistas en virtud del régimen de solicitud pública de representación, de ejercer el voto por cuenta de estos accionistas en relación con los puntos del orden del día en los que estos administradores se encuentren en un conflicto de intereses; la Ley, en particular, se refiere a los supuestos de nombramiento, separación, cese, ejercicio de acción de responsabilidad, o la aprobación o ratificación de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate o con sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta. Probablemente la norma resulta excesiva cuando el administrador tenía instrucciones precisas de los accionistas (102). Pero, por otro lado, quienes confían en la capacidad del mercado para depurar las prácticas incorrectas o desleales y que están convencidos que, por ética o por cálculo económico, los administradores y las sociedades seguirán ese camino, algo deberían decir respecto de la previsión de numerosas sociedades cotizadas españolas de que, cuando los administradores, en aplicación de aquella norma, no puedan votar, podrán nombrar a un tercero para subapoderarlos o para que los sustituya (103). A pesar de que en las tarjetas de solicitud de repre-

(100) Como advertía PAZ-ARES (*RdS*, núm. 20, 2003, pág. 102) no es imaginable que un administrador comunique al mercado que la operación que ha realizado con la sociedad no se efectuó en condiciones de mercado.

(101) PAZ-ARES, en *RdS*, núm. 20, 2003, pág. 71.

(102) Ya PAZ-ARES, en *RdS*, núm. 20, 2003, pág. 100.

(103) Por ejemplo, Reglamento de la Junta del BBVA (pero en el mismo sentido los Reglamentos de otras muchas sociedades). No obstante, algún sector de la doctrina se ha

sentación o en la convocatoria de las juntas se prevea que los administradores se reservan la facultad de situar a un tercero en su lugar para respetar la prohibición de voto, tenemos serias dudas de que ello se ajuste a la finalidad de la reforma legal que era prohibir participar en la deliberación y votación de acuerdos de Junta en los que el administrador pudiera tener un interés particular, utilizando las delegaciones de voto de los socios. Es obvio que desde el punto de vista de esta finalidad resulta irrelevante que el consejero no pueda votar en representación del accionista, si se admite que libremente pueda nombrar a un tercero para que vote en su lugar con las delegaciones de los accionistas.

ANDRÉS RECALDE CASTELLS
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Jaume I (Castellón)

manifestado a favor de este tipo de prácticas de subapoderamiento por los representantes incurso en conflicto de intereses (SÁNCHEZ ÁLVAREZ, «Cuestión sobre la licitud de la sustitución en la solicitud pública de representación», en *RdS*, núm. 22, 2004, pág. 199 y sigs.). En contra, se ha señalado que el subapoderamiento es, en todo caso inadmisibles, pues el representante afectado por el conflicto de intereses sigue formando parte de la relación representativa, de modo que el subrepresentante está afectado por la prohibición del ejercicio del voto por cuenta del accionista y que lo único admisible sería una sustitución plena (RONCERO SÁNCHEZ, «Modelo de documento de poder de representación del accionista en sociedades cotizadas», en *RdS*, núm. 23, 2005, pág. 196; de esta manera, este autor considera que podría atribuirse al representado incurso en el conflicto de intereses la posibilidad de designar un nuevo representante, con lo que vuelve a aparecer el problema de que la persona que decide es aquella a la que la Ley ha querido privar de toda posibilidad de interferir con sus intereses particulares en una decisión que afecta a los accionistas representados).

Representación legal de hijos menores de edad en particiones hereditarias: Problemática jurídica

SUMARIO: INTRODUCCIÓN AL TEMA.—ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE 2 DE ENERO DE 2004: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Hay que partir, por lo que respecta al tema de la representación de los hijos por sus progenitores, del contenido del artículo 154 de nuestro Código Civil, en el que se establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, ejerciéndose siempre esta función en beneficio del hijo y comprendiendo, entre otros deberes y facultades, la de representarles y administrar sus bienes.

La problemática que se plantea, tras la lectura de este precepto, radica en la compleja distinción entre lo particional y lo dispositivo y, en consecuencia, en la necesidad, o no, de la aprobación o autorización judicial para determinadas actuaciones, problemática esta que abordo a continuación a través del análisis de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de enero de 2004, así como de otras interesantes Resoluciones dictadas a este respecto.

ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE 2 DE ENERO DE 2004: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 166 del Código Civil nos dice que los padres no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles de sus hijos menores de edad, ni los establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mo-

biliarios, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

La autorización judicial no es precisa cuando el menor ha cumplido los dieciséis años y consintiere en documento público.

Hay que resaltar que las posibilidades de actuación judicial en las relaciones paterno-filiales son relativamente recientes y han ido dirigidas, inicialmente, a paliar las situaciones de abandono y de extrema pobreza de los menores. Es evidente que, en la actualidad, se ha incrementado, de manera notable, desde la Ley de 13 de mayo de 1981, que reformó el Derecho de Familia, otorgándole una nueva visión más progresista y liberalizadora tras los largos años de legislación paternalista y conservadora.

Efectivamente, la Reforma del 81 incrementó las medidas de control. No hay más que acercarse a la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1.979, en la que se declaraba que «la consideración prioritaria del interés del hijo ha conducido a acentuar en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia del Juez, árbitro en muchos aspectos de las relaciones paterno-filiales, hasta el punto de concedérsele una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas cuando el hijo —su vida, su seguridad, su salud— se halle en peligro».

El problema que planteaban estas medidas de control, siempre en beneficio e interés del hijo, venían referidas a que parte de la doctrina jurídica y un sector amplio de la sociedad española las consideró como una injerencia, intolerable, en la vida familiar, entendiendo que las relaciones paterno-filiales eran un ámbito reservado a la intimidad. Esta tesis, naturalmente, pasaba por alto la trascendencia que, de cara al exterior, tienen las relaciones familiares y, en particular, por lo que respecta al tema que estoy tratando, las relaciones paterno-filiales, no pudiéndose considerar restringidas al ámbito privado de una manera exclusiva.

Voy a entrar en el análisis de este tema a la luz de una interesante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 2 de enero de 2004, que paso a examinar a continuación, así como del análisis y estudio de otras Resoluciones dictadas a este respecto.

Los hechos se recondujeron a una escritura notarial otorgada en Cartagena, compareciendo la madre, viuda, de un hijo de catorce años de edad, dueño de una participación indivisa de una finca (participación de 5,79624 por 100), procediendo a extinguir el condominio sobre la vivienda o casa, adjudicándose dicha vivienda a uno de los condueños, abonando éste a cada uno de los restantes copropietarios, entre ellos al menor legalmente representado, el valor de su respectiva participación en dinero.

La escritura anteriormente citada fue presentada en el Registro de la Propiedad, siendo calificada con la siguiente nota: «Por la presente se le notifica la calificación negativa del documento que usted presentó/autorizó al Nota-

rio... por las siguientes causas: No consta la autorización judicial para la extinción del condominio con exceso de adjudicación realizada por doña María, en nombre de su hijo menor de edad don Ángel (art. 166 del Código Civil). Impide la inscripción. Contra esta calificación se podrá interponer recurso que se presentará en este Registro para la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de un mes a contar desde su notificación...»

La madre interpuso, contra la anterior calificación, recurso gubernativo, alegando que sólo hay una causa que, a juicio del Registrador, impide la inscripción, cual es la falta de autorización judicial del artículo 166 del Código Civil.

También alegaba que, a esta única motivación, era preciso añadir los restantes elementos que integran el negocio jurídico llevado a cabo por los interesados en la mencionada escritura.

En este sentido, se debía examinar la cuantía de la participación proindivisa del menor, que era, como ya ha quedado expuesto anteriormente, de un 5,79624 por 100, razón más que suficiente para entender el asentimiento que la madre del menor presta a la extinción del condominio. Como una exigencia en defensa de los intereses de todos los comuneros, éstos exigieron, como requisito previo a la extinción del condominio, que una empresa, de valoración independiente, formulara la valoración del bien objeto de ello. Y en aras de exigir el máximo rigor en la valoración de la finca a efectos de garantizar el valor real de la misma, todos los comuneros acordaron que el valor de adjudicación debía ser superior a la efectuada por la empresa de tasación y convinieron unánimemente que el valor de la finca objeto de división sería de un 10 por 100 más del valor de tasación.

La vivienda se adjudicó a uno de los condueños y éste abonó, en el acto de la escritura, su respectivo haber a los demás comuneros.

Se alegó, asimismo, que el Registrador, al calificar el documento, no tuvo en cuenta que a la extinción de condominio de la finca descrita, que es indivisible, se han de aplicar los preceptos contenidos en los artículos 1.060 y 1.062 del Código Civil.

Cita, asimismo, la Resolución de la Dirección General de 27 de noviembre de 1986, que contempla la posible divergencia de intereses entre los hijos menores de edad y su madre usufructuaria, quien, en la división de bienes a que se refiere, sólo actuaba en nombre de sus hijos. Y que, tanto la nota de calificación como la resolución antes dicha, se mueven por recelos, avivados por ser menor el valor de la adjudicación que el precio de tasación, señalado en otro asiento registral, y esta Resolución salva sus recelos exigiendo la intervención del Defensor Judicial.

Por su parte, el Registrador informó que la única cuestión planteada en el recurso era la de si resultaba aplicable o no el párrafo segundo del artículo

lo 166 del Código Civil, y que la cuestión parece resuelta por las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986 y 26 de enero de 1998.

El párrafo segundo del citado artículo 166 del Código Civil establece la no necesidad de la autorización judicial cuando el menor hubiere cumplido los dieciséis años y consintiere en documento público (ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en valores seguros, supuesto este último que es ajeno a nuestro estudio).

En los Fundamentos de Derecho de esta Resolución, se afirma que el Registrador suspendió la inscripción de la adjudicación de una vivienda, que había sido acordada por todos los condueños a favor de uno de ellos, al ser ésta indivisible, y uno de los copropietarios era menor de catorce años, estando legalmente representado por su madre. La razón para suspender esta inscripción consistía en que no constaba la autorización judicial para la extinción del condominio.

La nota de calificación recurrida parece dar a entender que la facultad de adjudicar el bien indivisible a uno solo de los condueños, si concurre el consentimiento de todos, ex artículo 404 del Código Civil, o a uno de los coherederos si ninguno de los demás herederos pide su venta en pública subasta, ex artículo 1.062 del Código Civil, indemnizando a los demás o abonándoles el exceso en dinero, es, en todo caso, un negocio jurídico de carácter dispositivo, no particional y, por tanto, concurriendo menores representados por sus padres precisa la autorización judicial exigida por el artículo 166 del Código Civil.

Sin embargo, la Dirección General de los Registros entendió que, tal como ha sostenido dicho Centro Directivo de manera reiterada, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida, y son varias las Resoluciones que, en supuestos de hecho asimilables al planteado en este recurso, en cuanto dan como resultado la adjudicación de unos bienes a unos y la compensación en metálico a otros interesados, han declarado que, existiendo menores, pueden éstos comparecer debidamente representados por sus padres, sin que, por ello, sea necesaria la aprobación judicial, citando, en este sentido, la Resolución de 6 de abril de 1962, que señaló que tal adjudicación del único inmueble inventariado «no envuelve una transmisión del dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa particular de toda partición, y con la posibilidad de ser rescindida y con los demás efectos civiles e hipotecarios diferentes a los de una enajenación, por lo cual este Centro Directivo reiteradamente ha sostenido que la partición en el supuesto especial del artículo 1.062 del Código Civil no constituye, cuando existan menores interesados, un acto dispositivo que requiera la aplicación del hoy artículo 166 del Código Civil».

La Resolución cita, frente a lo expuesto anteriormente, las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986 y 26 de enero de 1998, en las que el Registrador

basa su informe, la primera porque en ella se plantean otras cuestiones de discrepancia de valoraciones de las fincas (en nuestro supuesto se supera la valoración fijada para el bien adjudicado por una empresa de tasación) y concurrencia de un autocontrato transgresor de los límites legales; y la segunda porque la composición del caudal inventariado posibilitaba otras adjudicaciones más conformes con la exigencia legal de que los lotes formados sean iguales o proporcionales cuantitativa y cualitativamente.

La problemática, tal como puede apreciarse tras lo expuesto, se centra en dilucidar la naturaleza de la partición, enfocando esta cuestión en relación con la debatida cuestión de los menores de edad y la representación legal de los padres o, en este caso, de la madre, viuda.

La partición, naturalmente, presupone la existencia de una pluralidad simultánea de sucesores, cada uno de ellos con una cuota del caudal hereditario.

El problema de la naturaleza de la partición viene de antiguo, pues se planteó ya en el Derecho romano. Suelen contraponerse dos tesis: *a)* la tesis que asigna a la partición naturaleza traslativa, como si se produjera, según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1), entre los partícipes un intercambio o permuta de las cuotas de casa uno sobre los objetos singulares, a fin de concentrar la titularidad de cada bien en un solo sujeto; y *b)* la tesis que le atribuye naturaleza declarativa, entendiendo que la división declara una situación existente desde el óbito del causante, a cuyo momento se retrotraen las titularidades singulares producidas por las adjudicaciones.

Una tercera tesis proviene de la doctrina italiana, que habla de una subrogación de los bienes adjudicados en el lugar de la cuota, tesis aplicable por igual a la comunidad sobre un objeto singular y a la universal.

La tesis de la naturaleza declarativa no tiene en nuestro país un texto legal que la imponga y, además, contradice una realidad evidente, que los sucesores fueron y vienen siendo, desde la apertura de los sucesores del caudal relicto. Una vez practicada la división es cuando llegan a ser, en sustitución de su anterior cuota global, dueños exclusivos de algunos de los concretos bienes del causante.

En cuanto a la naturaleza traslativa, no es convincente tampoco, porque ningún comunero tenía en la comunidad hereditaria ninguna cuota sobre singulares bienes relictos y, por tanto, no podía cambiarla.

En nuestro país, la realidad, por lo que a este tema se refiere, es que, en el instante mismo en que se abre la sucesión y los sucesores aceptan la herencia, los coherederos reciben del causante el activo relicto de la comunidad y, tras un tiempo, más o menos largo, como consecuencia de la división, las cuotas abstractas quedan reemplazadas por cosas singulares, sin que

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Barcelona, 1983.

se produzca una traslación de los bienes, sino, en todo caso, la determinación o concreción del derecho de cada uno en partes u objetos individualizados.

Las cuestiones de capacidad y representación que suscita la partición de herencia, cuando concurren menores, son, en su mayoría, consecuencia directa del modo en que ésta se efectúe. Efectivamente, puede limitarse a transformar la comunidad hereditaria en una comunidad romana o por cuotas, manteniendo, en consecuencia, la situación de comunidad.

Desde otro punto de vista, puede realizarse adjudicando bienes concretos de la herencia a cada uno de los herederos. Pero también puede, finalmente, porque la naturaleza de los bienes así lo exija o porque sencillamente los herederos así lo quieran, realizarse adjudicando los bienes a alguno de ellos mediante abono compensatorio a los restantes.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, en adelante) ha recordado que es doctrina suya muy reiterada, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 del Código Civil, la de que en las particiones debe salvarse, siendo ello posible, la homogeneidad de los lotes y sólo en los casos de «indivisibilidad o grave desmerecimiento» puede excepcionarse dicha regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto, que seguirá siendo particional. Pero cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a razones objetivas, sino a la libre voluntad de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en su régimen jurídico, especialmente en sede de capacidad y de representación. En este sentido, hay que recordar, de nuevo, la Resolución de 27 de noviembre de 1986.

Ya MANRESA señalaba que, cuando entre los interesados en la herencia haya personas que no tengan la plena capacidad, los respectivos representantes no gozan de la facultad de distribuir los bienes en la forma que estimen más oportuna, sino que habrán de atenerse a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062 (2). CÁMARA resaltaba que, si se prescinde de la regla de la igualdad cualitativa sancionada por el artículo 1.061, la partición puede resultar un acto de suma gravedad y trascendencia, susceptible de causar perjuicios a los interesados (3).

El artículo 1.060 del Código Civil establece que, cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria ni la intervención ni la aprobación judicial.

En base a este precepto, hay que entender que el padre o la madre, cuando no tiene intereses contrapuestos, puede representar a su hijo o hijos en la partición en que éstos estén interesados. Así, además, lo han declarado numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado,

(2) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, revisado por BONET, RAMÓN, 1957.

(3) CÁMARA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, 1984.

como las de 9 de octubre de 1901, 23 de noviembre de 1910 ó 7 de junio de 1915, entre otras muchas.

Pero hay que tener en cuenta que, en ocasiones, las operaciones particionales documentan varios actos y no todos son de naturaleza particional. Por tanto, para aquellos actos que excedan de un contenido particional, no alcanzará la facultad representativa de los padres.

Plantea dudas, sin embargo, el tema que estoy tratando, es decir, cuando, por existir indivisibilidad o desmerecimiento por la división, resulta necesario adjudicar un bien a un coheredero, el cual debe abonar el exceso en metálico a los otros coherederos, porque es obvio que el dinero es un bien de mayor dificultad en su control. No obstante, el artículo 1.061 del Código Civil determina que en tal caso se admite la adjudicación a uno a cambio de compensar a los coherederos, por lo que, a la vista de esta normativa, parece que nos encontramos en el ámbito de la partición y, siendo esto así, habría que entender, con carácter definitivo ya, que el padre o la madre tiene facultades, sobre todo cuando el adjudicatario del bien resulta elegido por un procedimiento objetivo, como un sorteo ante Notario, por ejemplo.

La DGRN se ha pronunciado en diversas Resoluciones sobre esta compleja temática —tengamos en cuenta que lo que está en juego, al fin y al cabo, es el beneficio y el interés del menor de edad, algo que debe estar siempre por encima de cualquier otro factor—, concretamente en la Resolución de 22 de febrero de 1943, en la que indicó que «la adjudicación a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás no implica enajenación y, en su consecuencia, no se halla regulada por el artículo 164 del Código Civil». Idéntica doctrina se sienta en la dictada el 6 de abril de 1962.

La Resolución de 26 de enero de 1998 es sintomática de la preocupación que se experimenta cuando están en juego, efectivamente, los intereses de menores de edad. Así, el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada Resolución declaró que «...en las particiones de herencia está admitida la distinción entre las operaciones simplemente particionales y las que exceden de la mera actividad particional y rozan o entran de lleno en la categoría de actos de enajenación. Esta distinción se aprecia también por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado..., señalando en alguna de ellas la necesidad de que los representantes de los menores o incapacitados interesados en la herencia hubieran obtenido autorización judicial para la realización de actos que implicaban enajenación de bienes o derechos de sus representados por exceder de los límites de lo puramente particional. 2.º Que la anterior distinción lleva al problema de fondo planteado en este recurso en determinar si la misma es o no aplicable a las particiones de herencia en que esté interesado un menor de edad representado legalmente por su madre (la cual no tiene intereses en la herencia) y, por tanto, si en estos supuestos no es necesaria en ningún caso

autorización judicial por no exigirlo el artículo 1.060 del Código Civil, o si dicho artículo no comprende los actos que impliquen disposición o enajenación de bienes o derechos del menor, a los que se aplicaría el régimen del artículo 166 del Código Civil y, en consecuencia, sería necesaria la pertinente autorización judicial, como se entiende por el Registrador en base a lo siguiente: *a)* el artículo 1.058 del Código Civil, para el caso en que los herederos sean mayores de edad, utiliza el término más amplio de «distribuir» la herencia, que el empleado en los artículos 1.057 y 1.058 que utilizan el término «partición»; *b)* la naturaleza contractual de la partición realizada por los herederos y las facultades limitadas que concede el Código a los padres en relación a los bienes y derechos de sus hijos menores de edad, circunscritas a la Administración en su artículo 164, mientras que para los actos de enajenación, gravamen o renuncia de derechos exige autorización judicial (...); *c)* que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han reconocido la posibilidad de que las operaciones particionales impliquen actos de enajenación, como se ha dicho; *d)* que sostener lo contrario podría llevar a hacer ilusoria la protección que el Código pretende establecer respecto de determinados bienes y derechos de los hijos menores de edad, pues no hay que olvidar que la sucesión hereditaria es el modo más frecuente de adquirir bienes los menores. 3.º Que uno de esos actos necesitados de autorización judicial, conforme al artículo 166 del Código Civil, es la capitalización de un usufructo universal legado al viudo y adjudicación de inmuebles en pleno dominio en pago del mismo, como se señala en el defecto segundo de la nota de calificación recurrida, lo que se puede apoyar en lo siguiente: *a)* no se trata de un acto previsto por el testador e incluso se aparta de su voluntad, que es ley de la sucesión; *b)* tampoco está previsto por la ley, ya que no se dan los presupuestos exigidos por el Código Civil para la aplicación de los artículos 839 y 840, al tratarse de un usufructo atribuido al cónyuge viudo basado en la voluntad del testador; *c)* que aun en el caso de considerarse aplicable el artículo 839, éste no prevé entre sus posibilidades la conmutación del usufructo por el pleno dominio de bienes inmuebles, supuesto que el Tribunal Supremo rechazó en sentencia de 28 de junio de 1962; *d)* que es un acto totalmente voluntario realizado por los herederos que envuelve una enajenación de derechos de la heredera menor de edad que necesita autorización judicial por aplicación del artículo 166 del Código Civil, y *e)* que, finalmente, la conmutación implica un perjuicio para la menor. 4.º Que también se considera necesaria la autorización judicial, conforme al precepto antes citado, por implicar igualmente disposición de derechos de la heredera menor de edad, la adjudicación a la misma de sólo dinero en efectivo, existiendo, además, bienes inmuebles en la herencia, como se señala en el defecto tercero de la calificación recurrida, lo que se puede apoyar en lo siguiente...;

d) que no se considera el artículo 1.060 como complemento del artículo 1.058, sino artículos que contemplan dos supuestos diferentes, según sean todos los herederos mayores de edad o existan entre ellos menores; que se entiende que, en consecuencia, en los dos casos concretos señalados en la nota de calificación se ha sobrepasado el ámbito meramente particional y se ha entrado en el campo de los actos dispositivos que no pueden realizar los padres en representación de sus hijos menores de edad sin autorización judicial, previa la aplicación del artículo 166 del Código Civil y, por tanto, se mantiene en todos sus extremos la nota de calificación».

Asimismo, afirmó el Fundamento de Derecho Sexto de esta importante Resolución que «la capitalización del usufructo universal implica un acto dispositivo que excede de lo particional, al suponer una transformación de los derechos que correspondían a la heredera menor de edad realizada por su representante legal sin apoyo en la voluntad del testador, ni en la Ley y que de haberse realizado fuera del marco de las operaciones particionales hubiera necesitado autorización judicial previa...»

El Registrador denegó la inscripción porque entendió que tanto la conmutación del usufructo, como las propias adjudicaciones efectuadas en pago de los derechos hereditarios, excedían de lo meramente particional, implicando, en cambio, verdaderos actos dispositivos que precisan la necesaria autorización judicial por parte del representante legal del heredero menor de edad.

La Resolución citada declaró, no obstante, que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida. Pero se insiste en un extremo que estimo es importante: se afirma que es presupuesto básico de la partición hereditaria el que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente, añadiéndose a ello que, por la composición del patrimonio hereditario en cuestión, era perfectamente posible la adjudicación a los distintos interesados de bienes de la misma especie, y que los actos calificados no podían ser considerados como de mera partición, a la que sería aplicable el artículo 1.060 del Código Civil, sino que evidencian una esencia dispositiva que necesariamente ha de trascender al régimen jurídico aplicable, en particular en sede de representación y capacidad, siendo inexcusable la autorización judicial prevenida en el artículo 166 del Código Civil.

La citada Resolución, efectivamente, ofrece puntos que son de gran interés para la problemática que estoy tratando y que, sin duda, arroja alguna luz sobre esta controvertida cuestión. Sin embargo, la problemática se ha de enfocar en torno a la distinción entre lo dispositivo y lo particional. Lo dispositivo, indudablemente, cuando hay menores, requiere de la autorización judicial. Lo particional, no. Según exponía CÁMARA (4), para entrar en lo

(4) *Ídem: ibidem.*

dispositivo, es necesario que la regla del artículo 1.061 se conculque innecesaria y manifiestamente. En este sentido, hay que resaltar que, en muchos casos, la partición va a venir exigida por las circunstancias. Así, la Resolución de 6 de abril de 1962, para una partición en que, con once hijos, sólo había un bien inventariado, una sola finca, que se adjudicaba a un solo heredero, con la obligación de pago en metálico a los demás, consideró que no se trataba de acto dispositivo, excluyendo la necesidad de aprobación judicial: las circunstancias concurrentes «no deben obligar a mantener una comunidad contraria al espíritu del Código y a la naturaleza del acto particional». Es significativo que en un mismo sentido a esta Resolución se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 1981.

Hay que citar, a efectos de clarificar aún más la cuestión, la Resolución de 27 de noviembre de 1986: se trataba de la disolución de un condominio proveniente de herencia que recaía sobre tres fincas. Estaban interesados tres menores de edad, representados por su madre, usufructuaria de su cuota. La disolución se llevó a cabo entre la madre y los cuatro tíos paternos, adjudicándose uno de ellos las tres fincas mediante abono compensatorio a los demás.

De las manifestaciones de los otorgantes en la escritura, resultó que dichas fincas constituían una unidad de explotación, de modo que la división haría desmerecer sensiblemente su valor, que precisaba «capital circulante adecuado». Pero, por lo que respecta a su extensión, las tres fincas eran susceptibles de división. En el recurso gubernativo, el Notario distinguió entre la posibilidad teórica de división material, o, en otras palabras, que la finca fuera materialmente divisible, de un lado, y, de otro, la necesidad práctica de no dividirla al tratarse de una explotación unitaria.

La DGRN apreció, como una cuestión al margen del recurso, un conflicto de intereses entre la madre y los hijos. Hay que resaltar que este posible conflicto no había sido apreciado, como defecto, por el Registrador, por lo que no había sido objeto de controversia alguna. La concepción de la DGRN pasó por apreciar que la partición efectuada producía una alteración sustancial —cambio de cuota sobre inmueble por cuota sobre dinero—, del objeto sobre el que confluyen los derechos opuestos. La actuación de la madre usufructuaria compromete dos intereses que, en el planteamiento legal, aparecen como enfrentados: el suyo propio y el de sus hijos. Y, frente a ello, declara la Resolución que «no cabrá oponer la abstracta argumentación de coincidencia de los intereses del usufructuario y nudo propietario de cuota en la disolución de la cosa común, en el sentido de que tanto más reciba éste, cuanto más se beneficiará aquél, pues, si ello es cierto, olvida como el objeto del usufructo y nuda propiedad de ser de una u otra especie, puede beneficiar alternativamente a uno de los titulares sin perjuicio del otro (piénsese en que la conversión del inmueble usufructuado en dinero y la puesta de éste a

interés (arts. 507.2 y 492 del Código Civil) puede posibilitar, dado el proceso inflacionista actual, la derivación a favor del usufructuario del mismo capital usufructuado, al recibir el tratamiento de rédito, lo que no es sino cobertura frente a la depreciación monetaria».

Es oportuno señalar que, cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a razones objetivas, sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable y, en concreto, por lo que respecta a nuestro tema, en sede de capacidad y representación.

Como puede apreciarse por lo expuesto hasta el momento, siempre, en estas adjudicaciones está presente el temor y el recelo por lo que respecta a los intereses del menor de edad. Este temor y este recelo son, precisamente, los que movieron al Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 1969, a considerar que eran actos dispositivos, y no de mera partición, los efectuados atribuyendo unos bienes muebles a los menores y parte al ajuar, mientras que los mayores se adjudicaron el único inmueble existente en el caudal relicto.

El problema deviene, sin duda, aún más polémico cuando existe contraposición de intereses o conflicto de intereses entre el padre o la madre y el hijo o hijos menores de edad, supuesto este que, en la práctica forense, es muy frecuente, como he tenido ocasión de comprobar a lo largo de mi trayectoria profesional. Un supuesto reiterado, por ejemplo, se da en relación al usufructo del cónyuge viudo, tal como han puesto de relieve diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y la denominada «cautela socini». La «cautela socini» ha sido descrita magistralmente por ALICIA REAL PÉREZ (5), como aquélla en virtud de la cual el testador llama a sus legitimarios a la totalidad de la herencia por partes iguales y deja a su cónyuge viudo el usufructo universal previniendo que, de no aceptar los legitimarios el gravamen, se les entregue únicamente su legítima estricta, acreciendo su porción en la mejora a los conformes. Se suele añadir, asimismo, para mayor prevención, que, en caso de no aceptar la cláusula alguno o ninguno de los legitimarios, se asigne al cónyuge viudo su cuota legal en usufructo y, además, la porción libre en pleno dominio, es decir, el tercio libre de disposición del causante o cónyuge premuerto.

La opción que plantea la «cautela socini», para algunos autores es implícita, aunque no comparto esta tesis; de hecho, la «cautela» es bien explícita, y, desde luego, enfrenta dos intereses opuestos, porque, en definitiva, lo que vaya a recibir el cónyuge supérstite —usufructo universal o el usufructo viudal más el tercio de libre disposición en pleno dominio— va a depender

(5) REAL PÉREZ, ALICIA, *El usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988.

de la decisión del heredero legitimario, pero si por éste, al ser menor de edad, ha de decidir el padre o la madre, habrá claramente una situación de conflicto.

A nivel práctico, y dado el uso generalizado de esta cláusula o disposición testamentaria, habría que entender que sería requisito o exigencia indiscutible el nombramiento del defensor judicial. Una Resolución de 6 de febrero de 1995 abordó esta problemática: se trataba de una partición que había sido practicada por albacea contador-partidor especialmente nombrado para el supuesto de que, entre los herederos, hubiera algún menor o incapaz. Las adjudicaciones se efectuaron conforme al testamento, en primer lugar por cuotas: la viuda, la mitad en pago de sus gananciales, y el usufructo universal de la otra mitad, que pasa a los hijos en nuda propiedad por partes iguales entre ellos. A la partición concurrieron la viuda y el contador-partidor, así como los tres hijos mayores de edad, que aprobaron todas las operaciones practicadas. Sólo había un menor de edad.

Los únicos elementos integrantes del activo de la sociedad de gananciales, en el momento de su disolución por fallecimiento del esposo, estaban constituidos por dos bienes inmuebles, indivisibles, comprados constante matrimonio e inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos cónyuges para su sociedad ganancial. No existía otro pasivo social que la parte pendiente de amortizar del crédito hipotecario que recae sobre una de las fincas.

Comparecieron ante Notario el albacea contador-partidor, los tres hijos mayores del causante y la esposa de éste, que intervienen en su propio nombre y derecho y en representación legal de su hijo menor, otorgando escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales y de aceptación, partición y adjudicación de la herencia, que se llevó a efecto del modo siguiente: los dos únicos bienes inmuebles se atribuyeron por mitad y pro indiviso a las dos únicas partes interesadas en la liquidación de la sociedad conyugal y, determinada ya la masa hereditaria, se adjudicó, conforme al testamento, una mitad indivisa en nuda propiedad, en pro indiviso y por iguales partes a los cuatro herederos, y el usufructo vitalicio al cónyuge supérstite. Como resultado de tales operaciones divisorias, se adjudicó a la esposa el pleno dominio de la mitad indivisa de cada una de las dos fincas en pago de su haber ganancial, y el usufructo vitalicio sobre las dos mitades restantes en pago de su haber hereditario, en tanto que a cada uno de los cuatro hijos se le atribuyó, en nuda propiedad, una octava parte indivisa de cada uno de los inmuebles.

El Registrador apreció conflicto de interés en la formación del inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que entendió necesaria la intervención del defensor judicial. La calificación de la «cautela socini» quedó, por tanto, al margen. La DGRN puso de manifiesto la excepcional importancia del inventario, relativizando, para este caso, la citación del artículo 1.057 del Código Civil, por apreciar el cambio de naturaleza que la

conurrencia de los herederos opera en la partición, transformándola, en la mayoría de los casos, «en un verdadero contrato particional», de manera que la finalidad de la citación no aparece tan nítida cuando a la actuación del contador se superpone simultáneamente la de todos los interesados en la herencia, que aprueban todos sus actos, haciendo suyas sus declaraciones y actuaciones. En este caso, hay que reconocer que el contador no realiza por sí mismo ninguna operación testamentaria, sino que son los mismos herederos, en unión del contador-partidor, los que formalizan el inventario, avalúo, liquidación y adjudicación correspondiente.

La DGRN aplica su doctrina, pero situándose ya en el plano propiamente contractual, estimando ausencia de conflicto en un inventario en el que la naturaleza de los bienes está previamente determinada y la adjudicación se realiza por cuotas indivisas, declarando: «en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes», idea esta que ya había encontrado eco y expresión en anteriores Resoluciones.

Por lo que respecta al usufructo, agrega que «esta situación se mantiene aunque la adjudicación, en la parte que afecta a la herencia, se realice en nuda propiedad y pro indiviso a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, según lo dispuesto en el testamento».

La cuestión que voy a entrar a examinar está referida a la problemática de si la citación, para formación de inventario, ha de hacerse a los coherederos menores de edad en la persona de su representante legal, por no existir conflicto de intereses entre ambos —tal como se hizo en el supuesto que estoy analizando— o si, por el contrario, al concurrir contraposición o incompatibilidad de intereses entre el progenitor-representante legal y el menor, la citación ha de hacerse al defensor judicial del menor, expresamente nombrado para estos fines.

Naturalmente, la disyuntiva pasa por apreciar si, efectivamente, existió, o no, conflicto de intereses entre el progenitor y su hijo menor de edad, punto este de examen y atención que, lógicamente, requiere ser muy cuidadosos, porque están en juego los intereses de un menor y su beneficio, hay que insistir en este extremo, debe ser prioritario.

Según ha puesto de relieve JUAN PABLO GONZÁLEZ DEL POZO (6), no se puede dar por sentado que en todos los casos en que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un hijo menor haya de existir siempre una contradicción de intereses. Y, en concreto, en los supuestos de cónyuge que concurre a la herencia del premuerto con hijos

(6) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, «Inexistencia de conflicto de intereses entre un menor y su representante legal a efectos del nombramiento de defensor judicial a aquél: El supuesto contemplado por la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1995», en *Diez años de abogados de familia, La Ley*, Madrid, 2003.

menores comunes, si la partición se realiza adjudicando a los herederos cuotas indivisas de cada uno de los bienes en la proporción fijada en el testamento, o en nuda propiedad y en pro indiviso a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, no será necesario nombrar defensor judicial a los menores al no implicar tales operaciones particionales contradicción de intereses alguna, en cuanto si los bienes se adjudican en comunidad romana la situación de proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes, el cual sí podría producirse en caso de adjudicarse bienes concretos como consecuencia de las distintas valoraciones que se atribuyeran a cada uno de ellos, sea sobrevalorando el bien o bienes adjudicados al menor, o bien infravalorando los restantes.

Tal como insiste la Resolución últimamente citada, la partición de la herencia, en la forma antes descrita, impide introducir desigualdad en las adjudicaciones de los coherederos y supone, en todo caso, una operación sin trascendencia económica, que solamente va a suponer la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre cada uno de los bienes, no envolviendo peligro o riesgo alguno de perjuicio o lesión para el hijo menor, ya que las deudas que, hipotéticamente, pudieran existir, se mantienen, ex artículo 1.984 del Código Civil, y el posible perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos es común a todos los interesados, sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

La doctrina que sostiene esta importantísima Resolución no es, sin embargo, nueva. En todo caso, hay que elogiarla por su claridad expositiva y por dejar sentado un principio del que hay que partir siempre: la imposibilidad de atenerse a criterios genéricos o formulaciones generales a la hora de establecer una solución, justa y conveniente, para el hijo menor de edad cuando éste se ve inmerso en una comunidad hereditaria. A priori, hay que resaltar que sobran las generalizaciones y que, por el contrario, habrá que ponderar las circunstancias y factores concurrentes en cada supuesto, a efectos de que el interés del menor quede incólume.

Una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1987 ya estableció, en su doctrina, que los menores representados por su madre en la partición hereditaria del padre de aquéllos no necesitan defensor judicial, siempre que no se adjudiquen a los herederos bienes concretos, sino partes alcuotas de conformidad con las proporciones fijadas en el testamento. Esta Resolución fue dictada a propósito del recurso gubernativo que planteaba la cuestión, única, de si era necesario o no el nombramiento de defensor judicial para tres menores de edad en una escritura, calificada por el Notario como de manifestación y aceptación de la herencia.

Los Fundamentos Jurídicos de esta Resolución insisten en que el nombramiento de defensor judicial es imprescindible siempre que, en algún asunto,

el padre o la madre tengan un interés opuesto al del hijo menor de edad no emancipado, ya que esa oposición de intereses puede redundar, como es obvio, en perjuicio del hijo sujeto a patria potestad y, por ello, debe entonces usar la representación legal ordinaria conectada a esta institución, que daría lugar a una autocontratación fuera de los límites admitidos, y surge una representación extraordinaria, ocasional y limitada al asunto concreto, encomendada al defensor judicial.

Reconoce la mencionada Resolución que, de acuerdo con la doctrina científica y con reiterada Jurisprudencia, existe contradicción de intereses en una partición de herencia en la que aparezcan interesados como copartícipes el cónyuge viudo y sus hijos menores. Pero es necesario descender de esta afirmación general, al examen del caso específico, en el que únicamente se unifica la aceptación de la herencia y la adjudicación de dos fincas hereditarias en las mismas cuotas indivisas que se corresponden con la proporción fijada por el testador.

La Resolución continúa declarando que «la aceptación de la herencia por los padres en nombre de los hijos menores (aunque no se entendiera como hecha a beneficio de inventario)... no implica aquí oposición de intereses, porque supone una actuación paralela entre la madre, que también ha aceptado pura y simplemente, y sus hijas; no hay desigualdad de régimen entre una y otras y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos, es común a todas ellas, sin que pueda dar ocasión de una ventaja o beneficio de la madre sobre las hijas. Además, si la madre podía en aquel momento, sin ningún requisito especial, haber aceptado, en nombre de sus hijas, pura y simplemente, la herencia de un extraño, no hay razón para que, respecto de la herencia del marido y padre, no pudiera, en el régimen de igualdad expresado, aceptar pura y simplemente esta herencia, como actitud la más respetuosa con la memoria del difunto y con los deberes morales hacia el esposo y padre».

La Resolución llega a una afirmación contundente cuando expresa que la adjudicación pro indiviso de las dos fincas heredadas es una operación sin trascendencia económica y que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, supone solamente que la comunidad sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo —comunidad germánica o en mano común—, se transforme en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia. Esta transformación no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio para las hijas, manteniéndose las deudas de la herencia que pudieran existir sin variación, y lo mismo ocurrirá con otros bienes de la herencia que, quizá, no hayan sido incluidos, los cuales habrán de engrosar el caudal hereditario para luego ser repartidos en la misma proporción fijada por el testador. Hace, asimismo, hincapié esta Resolución en que la madre, como consecuen-

cia de la adjudicación, podrá disponer de su cuota concreta sobre cada una de las fincas, cosa imposible antes de esa adjudicación. Pero también es cierto que la madre podía, ya antes, enajenar su cuota hereditaria y que los derechos y garantías de sus hijas son muy semejantes antes y después, con la posibilidad de pedir la división a través de la *actio familiae erciscundae* o de la *actio communi dividundo*.

Por último, esta Resolución pone de manifiesto que la adjudicación realizada en la escritura tiene un carácter provisional, que supone, desde luego, una actuación paralela entre madre e hijas menores, totalmente respetuosa con la voluntad del causante, y que el carácter excepcional de la representación legal conectada al defensor judicial no autoriza a ampliar el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos.

Como se aprecia, no hubo ningún pronunciamiento en lo que respecta al ejercicio de la «cautela», que no fue calificado como defecto en la nota, por lo que tendría que quedar al margen del recurso gubernativo. En todo caso, este silencio tiene una indudable utilidad práctica, teniendo en cuenta el carácter no unilateral, sino contractual que se atribuye a la partición. Desde el momento en que los tres hermanos mayores aceptaron el gravamen, la no aceptación de éste en nombre del menor representaría la mayor penalidad de la «cautela», privándole de la participación en el tercio de mejora y, si la hubieran rechazado todos, la conservarían para sí o, cuando menos, para sus descendientes, según la redacción de la «cautela». En consecuencia, la aceptación del gravamen podía considerarse como la actuación más ventajosa para el menor, habida cuenta, como expresa CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (7), que la elección de sus hermanos condiciona la cuantía de los derechos que su propia elección le pudiera proporcionar. Por ello, en este supuesto, el verdadero perjuicio estaría en el rechazo del usufructo universal, que supondría dejar reducida la institución a favor del menor a su legítima estricta en beneficio de sus hermanos mayores de edad.

No obstante, al tratarse de la aceptación de un gravamen sobre la legítima, podría parecer aventurado generalizar casos concretos, entendiendo que siempre que no hubiera problema de inventario y las adjudicaciones fueran pro indiviso, no sería necesario el nombramiento de defensor judicial.

El artículo 166.2 del Código Civil, que no es de interpretación extensiva, sólo exige que el padre (o la madre) cuente con autorización judicial para repudiar herencias dejadas al hijo menor de edad, por lo que, *a sensu contrario*, podrá aceptar, sin ella, la herencia o legado deferidos al hijo.

Para renunciar a derechos de los que sean titulares los hijos, como, por ejemplo, el derecho a la legítima, los padres deberán contar con autorización

(7) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, JOSÉ, «La patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Familia, Vol. 1.º, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

judicial, que se concederá por causas justificadas de utilidad o necesidad, ex artículo 166.1 del Código Civil.

Sin embargo, tal como ha apuntado ALICIA REAL PÉREZ (8), no parece que entrañe verdadera renuncia de derechos elegir una u otra de las alternativas que al llamado se le presentan cuando existe cláusula Socini. Si se elige la legítima estricta, desde luego no se renuncia a ella. Y, si se opta por respetar el usufructo universal, tampoco se renuncia a la legítima, porque el llamado recibe más de lo que estrictamente le correspondería, a pesar de que lo recibe gravado con el usufructo universal, ya que su situación patrimonial irá robusteciéndose a media que aumente la edad del usufructuario, para consolidarse, a la muerte de éste, la plena propiedad o pleno dominio sobre una porción hereditaria más sustanciosa, de manera que el legitimario no sólo no pierde su derecho a la legítima, sino que, a la larga, obtiene más.

Es interesante reseñar una importante Resolución dictada por la DGRN en fecha 10 de enero de 1994, en relación con un expediente en el que se planteaba la cuestión de si era inscribible una escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y aceptación de herencia, en la que la única compareciente, la viuda del matrimonio, lo hacía por sí y en nombre de su hijo menor, designado heredero universal por su difunto padre, o, por el contrario, si se requiere, además, la presencia del defensor judicial en representación de dicho menor, dada la posibilidad de intereses contrapuestos en la liquidación de la sociedad conyugal. Hay que resaltar que los bienes incluidos en el inventario tenían todos el carácter de privativos al haber sido adquiridos por el difunto con posterioridad a la sentencia de divorcio con su cónyuge compareciente, salvo uno que se adjudicó por mitad y proindiviso entre la viuda-divorciada y el hijo menor, al haber sido comprado durante el matrimonio por el marido para su sociedad conyugal, constando inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad conyugal de gananciales.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta Resolución reconoce que, efectivamente, en aquellas materias en las que pueda estar implicado un menor, se hace preciso actuar con la debida cautela a fin de que no sean mermados sus derechos e intereses, que nuestra Ley sustantiva trata de defender con el máximo rigor y, de ahí, las medidas adoptadas por el Código Civil en su defensa, lo que hay que interpretar con la necesaria amplitud para impedir que resulte inaplicado por criterios extremadamente restrictivos, aunque no siempre ello suponga que haya que ver, en todo caso concreto, una contradicción de intereses.

Sin embargo, en este supuesto, en el que el régimen matrimonial era el de gananciales, la Resolución cita, a su vez, la dictada el 14 de marzo de

(8) REAL PÉREZ, ALICIA, *El usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, citado en nota 5.

1991, que entendió la necesidad de nombramiento de defensor judicial, al haber comparecido en la escritura de aceptación de herencia y liquidación de la sociedad conyugal, solamente la madre-viuda por sí, en nombre de sus dos hijas menores de edad, adjudicándose aquélla una mitad indivisa de cada uno de los bienes en pleno dominio en pago de su cuota ganancial, y la otra mitad en usufructo, con facultad de disponer durante la minoría de edad de sus hijas, quienes recibían por iguales partes indivisas la nuda propiedad de esta mitad.

La Resolución fundamentaba su aserto en que la oposición de intereses tenía lugar en la misma determinación del inventario de los bienes que son gananciales, al plantearse, en su formación, un problema de determinación de masas patrimoniales, que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible y, por ello, al existir un conflicto de intereses, priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea deferida a un defensor nombrado por el Juez.

Insiste esta Resolución en que es en el supuesto en que se adjudiquen bienes concretos, cuando, en realidad, puede producirse la contradicción de intereses, como consecuencia de la distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes.

En el supuesto concreto, objeto de estudio, la única finca de carácter ganancial se adjudicó por mitad y pro indiviso a los dos únicos interesados en la liquidación de la sociedad y, determinada ya la masa hereditaria, se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre. Estas operaciones no implican, por tanto, contradicción de intereses, al no haber desigualdad entre uno y otra, siendo, asimismo, la responsabilidad por deudas del causante de carácter *ultra vires*, sin que pueda dar lugar a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

De acuerdo con la citada Resolución, la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y pro indiviso es una operación sin trascendencia económica, que supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre el mismo bien, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo. Y, por lo que respecta a las deudas que pudieran existir, se mantienen sin variación, ex artículo 1.084 del Código Civil y, en definitiva, la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional, manteniéndose por la madre, respetuosamente, la voluntad de su ex esposo. Será más tarde, si durante la minoría de edad del hijo se produjera la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaleciendo de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

Hay que tener en cuenta que, por lo que se refiere al inventario, cuando el matrimonio formado por el finado y el cónyuge viudo estuviere sujeto al régimen económico de sociedad de gananciales, será preciso, en primer lugar, proceder, como paso previo para determinar posteriormente la masa hereditaria del difunto, a la liquidación de la sociedad de gananciales y, por ende, deberán ser examinados tanto el inventario del activo como el del pasivo de la sociedad conyugal disuelta, como el que se forme en relación con la herencia, pudiendo decirse, con carácter general, que existirá contradicción de intereses, en principio, siempre que se incluyan, como partidas del pasivo, créditos que el cónyuge supérstite ostente contra el patrimonio ganancial o la masa hereditaria o se hagan valer, al liquidar el consorcio conyugal, créditos personales contra el causante al amparo de lo prevenido en el artículo 1.405 del Código Civil.

Igualmente, se dará contradicción de intereses en la fase de formación del activo ganancial cuando se incluyan en el mismo bienes cuya ganancialidad se establezca en virtud del juego de la presunción del artículo 1.361 del Código Civil, ya que, al ser una presunción *iuris tantum*, puede ser destruida. En este sentido, cabe citar la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1995, conforme a cuya doctrina, «cuando el régimen económico-matrimonial sea el de gananciales y los bienes que lo integran reciban aquella cualidad del título de adquisición (art. 1.347 del Código Civil), al no operar la presunción de ganancialidad, no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y, por consiguiente, no surge oposición de intereses en la realización del inventario, sino que esa posibilidad sólo puede darse en el momento de las adjudicaciones».

Por lo que respecta a las fases de avalúo y adjudicación, la contraposición de intereses sólo podrá darse cuando se adjudiquen bienes concretos e individualizados, o se atribuyan por cuotas partes indivisas, pero desiguales, al ser posible entonces la irrogación de perjuicios al menor como consecuencia de valoraciones de los bienes no ajustadas a la realidad.

GONZÁLEZ DEL POZO ofrece, a mi juicio, una solución, bastante acertada, al poner de relieve que, siempre que existan dudas razonables en torno a la existencia de contradicción de intereses entre un menor y su progenitor cuando éste deba representarle en un acto o negocio jurídico particional, parece conveniente y aconsejable para el Letrado a quien se le hubiere encomendado el asunto, acudir al Juez de Primera Instancia competente —que será el Juez de Familia—, donde lo hubiere, y pedir, en Expediente de Jurisdicción Voluntaria, con exposición detallada de las operaciones que se pretenden realizar, que se declare la inexistencia de intereses contrapuestos entre el menor y su representante legal, para que éste intervenga en nombre de aquél, en dichas operaciones, con el *petitum* subsidiario de que se nombre defensor judicial del menor a la persona a quien corresponda, en caso de estimarse que se da contraposición de intereses. Obtenida la Resolución Judicial que así lo

declare, la Escritura Pública otorgada, entre otros, por el progenitor en nombre del menor, será inscribible en el Registro de la Propiedad, con independencia de que el Registrador aprecie la necesidad de nombramiento de defensor judicial al menor. A través de esta solución, es decir, acudiendo, en primer lugar, a la vía judicial, se otorga la posible oposición de intereses al Juez y se le sustrae al Registrador, consiguiendo la garantía de que la no intervención del defensor judicial del menor en el otorgamiento de la escritura pública no constituirá un defecto insubsanable que motive la denegación de la inscripción de aquélla en el Registro (9).

En consecuencia, y sintetizando sobre este espinoso problema, hay que decir que los padres no van a necesitar autorización judicial para aceptar la herencia deferida al hijo menor, pero tampoco para proceder a la elección reseñada anteriormente. Es decir, que optar por respetar el usufructo universal legado no implica una auténtica renuncia de derechos, por lo que si el padre o madre superviviente toma esa decisión por el hijo, no va a precisar, para ello, de autorización judicial.

Por lo que respecta a la problemática que plantea la conmutación del usufructo del viudo, ex artículo 839 del Código Civil, la doctrina ha venido entendiendo que estamos ante un acto particional y no dispositivo, de modo que la autorización judicial no es necesaria. Pero sí cabe que surja conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y sus hijos menores, por lo que, en estos casos, será necesario el nombramiento de defensor judicial. Hay que reseñar, en este sentido, que el artículo 839 del Código Civil permite tres formas de pago: renta vitalicia, productos de determinados bienes o capital en efectivo, pero no incluye la adjudicación en pleno dominio de bienes inmuebles. Pensemos en el supuesto en que se pretenda precisamente esta adjudicación en pleno dominio, alterando, así, el régimen normal de propiedad de los bienes. Aquí, estamos, efectivamente, en el marco de un acto dispositivo, que va a exigir autorización judicial. No obstante, una sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1962, dejó abierta la posibilidad de que todos los bienes hereditarios o la mayor parte de ellos fueran improductivos, considerando, en este último supuesto, suficiente la intervención del defensor judicial y no precisar la autorización judicial.

En todo caso, no obstante, hay que precisar que la aceptación de un gravamen sobre la legítima, como lo es, efectivamente, la «cautela socini», es, cuanto menos, compleja y delicada, por lo que habría que examinar los supuestos, uno por uno, para poder entrar a valorar si es preciso, o no, el nombramiento de defensor judicial. A mi juicio, siempre que haya intereses contrapuestos entre el menor y el padre o la madre, habría que estimar nece-

(9) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, *Inexistencia de conflicto de intereses entre un menor y su representante legal...*, citado en nota 6.

saría la actuación del defensor judicial. La existencia de intereses contrapuestos en un asunto, negocio o pleito, se producirá cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo. Y, ante esta situación, según una sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1968, el padre o madre, «para proveer a la defensa de sus intereses, se ve compelido a limitar la participación útil del hijo», pudiendo «perder la ecuanimidad necesaria para tutelar, a nivel de los suyos propios, los intereses de los hijos».

Para VICENTE MONTES (10), la simple concurrencia de intereses no es suficiente para solicitar el nombramiento de defensor judicial, por lo que, cuando se habla de intereses opuestos, quedan excluidos los intereses concurrentes, que podrán ser coincidentes, paralelos o comunes e incluso distintos, siempre que sean compatibles.

Algunos autores, en el marco de la doctrina patria, han puesto de relieve que hay que partir de la presunción de que la actuación de los padres se orienta de modo natural al beneficio de sus hijos, por lo que el interés contrapuesto debería interpretarse de modo estricto o, en todo caso, se impondría una interpretación restrictiva, para evitar hacer de igual condición los intereses comunes y los opuestos. De este modo, en una comunidad hereditaria, por ejemplo, tal como hemos tenido ocasión de analizar en páginas atrás, habría un interés paralelo cuando el padre o la madre reclama para la herencia un crédito.

En cualquier caso, hay que resaltar que la concurrencia de intereses no siempre es tal y habrá que ser muy cuidadoso para saber discernir cuándo no hay, en realidad, contraposición de intereses entre el hijo y su progenitor. En algunos supuestos, está muy claro y es muy evidente que se produce una ganancia para el padre o la madre y un perjuicio para el hijo menor de edad. Y, en otros supuestos, hay, efectivamente, actos que no suponen tan siquiera, por sí solos, una modificación jurídica que conlleve desplazamiento patrimonial o alteración de un status previo. Este último supuesto ya lo he analizado al referirme a las particiones con adjudicaciones pro indiviso.

A la vista de las Resoluciones de la DGRN que he ido examinando a lo largo de la elaboración de este estudio, he podido llegar a la conclusión de que, en algunos supuestos, las operaciones particionales pueden implicar actos de enajenación y que, sostener lo contrario, podría llevar a hacer ilusoria la protección que el Código Civil establece respecto de determinados bienes y derechos de los hijos menores de edad, tal como ha puesto de relieve una Resolución de 27 de noviembre de 1986.

Es evidente, asimismo, que uno de esos actos necesitados de autorización judicial, conforme al artículo 166 del Código Civil, es la capitalización de

(10) MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* (obra colectiva), Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

usufructo universal legado al viudo/a y adjudicación de inmuebles en pleno dominio en pago del mismo, y ello en base a que no se trata de un acto previsto por el testador e incluso se aparta de su voluntad, considerada como Ley de la sucesión, y tampoco está previsto por la Ley, al tratarse de un usufructo atribuido al cónyuge viudo basado en la voluntad del testador y que, aun en el caso de considerarse aplicable el artículo 839 del Código Civil, éste no prevé, entre sus posibilidades, la conmutación del usufructo por el pleno dominio de bienes inmuebles, que es un acto totalmente voluntario realizado por los herederos y que envuelve una enajenación de derechos de los herederos menores de edad que necesita autorización judicial. Esta misma Resolución citada pone de relieve que la capitalización del usufructo lleva a una doble consecuencia: de un lado, evitar la aplicación del artículo 166 del Código Civil y, de otro, producir una desigualdad cualitativa de los lotes y consiguiente infracción del artículo 1.061 del citado *corpus* legal.

Hay que resaltar que, con anterioridad a las reformas efectuadas en el Derecho de Familia, especialmente a la Reforma, crucial, del año 1981, se argumentaba que había que limitar el conflicto de intereses entre padres e hijos a la patrimonialidad de la situación. Sin embargo, si contemplamos los supuestos referidos a la excepción de la representación legal de los hijos por sus progenitores, parece evidente que también haya que incluir —y que, desde luego, no sea descabellado hacerlo— las cuestiones que recaigan o tengan una repercusión en el orden personal. De esta forma, se logra, en alguna medida, «despatrimonializar» la concepción del Derecho Civil, orientándolo, cada vez más y en dirección ascendente, hacia el conjunto global de las situaciones en las que una persona, en este caso un menor de edad, puede encontrarse. A mi juicio, se trata, en definitiva, de «desmercantilizar», en lo posible, el Derecho Civil.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Doctora en Derecho. Abogada

DICTÁMENES Y NOTAS

Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles en general y del Registro de Condiciones Generales de la Contratación en particular

I. El Gobierno, en sesión del Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 2005, aprobó la remisión a las Cortes Generales del proyecto de ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Entre otras novedades, el proyecto de ley introduce nuevos supuestos de cláusulas abusivas, considerando nulas las siguientes estipulaciones insertas en los contratos entre profesional y consumidor: la renuncia a desvincularse de un contrato de prestación de servicios de tracto continuado; la imposición al comprador de los gastos o impuestos que corresponden al vendedor (caso de atribuir al comprador el pago de la plusvalía o impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana); obligación del comprador de subrogarse en la hipoteca concertada por el promotor; el redondeo al alza del precio de los productos (1), etc.

La sociedad ha recibido esta reforma con gran satisfacción, ya que son frecuentes en la práctica estas cláusulas abusivas, que los promotores inmobiliarios y empresas de servicios venían imponiendo al consumidor en la «letra pequeña» de los contratos, y que por tanto no se negocian (las condiciones generales por definición se dan en los contratos de adhesión, de manera que las cláusulas están predeterminadas por el profesional o empresario para su incorporación a una pluralidad de contratos).

Sin embargo, y a pesar de la dicción legal, tales cláusulas van a seguir utilizándose si no son objeto de un mayor control por las Asociaciones de

(1) La prohibición de cláusulas de redondeo no afecta a los servicios financieros, ya que la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, admitió, respecto de los mismos, cláusulas al alza o la baja al intervalo de octavo punto más próximo.

Consumidores y Usuarios. Van a seguir utilizándose porque aunque estén contenidas en lista negra de cláusulas abusivas según la Disposición Adicional primera de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, en la práctica se impondrán en los contratos privados, mientras no se dicte una sentencia judicial de nulidad, bien en el ejercicio de una acción individual o en el de una acción colectiva (2). Pero la interposición de una acción colectiva no será fácil si no se incrementa la posibilidad de control por parte de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios de los modelos contractuales.

Y para lograr ese control, debería potenciarse el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Este Registro, regulado por la Ley 7/1998, de 13 de abril y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, se configuró con carácter voluntario, de forma que sólo los empresarios o profesionales que así lo quisieran podrían depositar en él las condiciones generales utilizadas en el clausulado de sus contratos. La única ventaja o incentivo de dicho depósito es la prescripción de las acciones colectivas de manera que a los cinco años (3) del depósito entiende la ley que ya no se pueden combatir por esa vía. El resultado es que pocas empresas depositan sus clausulados y que no se conoce por los consumidores y sus asociaciones las cláusulas que se están utilizando en la práctica comercial (por lo que, a su vez, esto provoca que se ejerciten poquísimas acciones colectivas de declaración de nulidad de cláusulas por abusivas) (4).

Por eso, en ciertos sectores específicos, se hace hoy en día necesario imponer el depósito con carácter forzoso, como vía para conocer realmente las condiciones generales que se están utilizando en la vida comercial y que las Asociaciones de Consumidores puedan realmente ejercer sus acciones colectivas con efectos horizontales (esto es, en beneficio de todos los consumidores).

El mejor y mayor uso de este Registro es defendido por muchos sectores sociales. Puede leerse al respecto el diario «El País» de 17 de septiembre, en el que se pronuncia muy favorablemente el Presidente de la Fundación para la Defensa de los Derechos Civiles.

(2) Notarios y Registradores sí que estarán obligados a rechazar esas cláusulas, aunque no estén previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales una sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva por aplicación de su deber general de ajustarse a la legalidad, los primeros (art. 145 del Reglamento Notarial), y por aplicación de su deber de calificación de la misma, los segundos (art. 18 de la Ley Hipotecaria).

(3) El artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales ha sido modificado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, dejando fijado definitivamente el plazo de prescripción en cinco años.

(4) Desde su entrada en funcionamiento el año 2000, tan sólo se han depositado en el Registro Mercantil de Madrid, 600 condiciones generales, 25 anotaciones de demanda y no llegan a la decena las sentencias de nulidad.

De la misma forma «El País» de 30 de septiembre de 2005, en su gaceta inmobiliaria (denominada «propiedades»), contiene como principal artículo uno titulado «Publicidad contra los abusos». En él se defiende que el empleo de cláusulas abusivas en los contratos de compraventa descendería si el Gobierno hiciera obligatoria su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Se propone en el artículo, que recoge la opinión general de las Oficinas de Atención al Ciudadano de la Comunidad de Madrid, que se dé mayor uso al Registro de Condiciones Generales de la Contratación como mecanismo para incrementar la defensa del comprador de viviendas.

En concreto se insta a que el Gobierno promueva el depósito obligatorio de los contratos tipo correspondientes a cada promoción inmobiliaria en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con lo que podrían ser estudiados con anterioridad a la celebración del contrato, tanto por los compradores como por entidades públicas y privadas que trabajan en defensa de los consumidores. El modelo de contrato de compraventa de vivienda elaborado por la Comisión Mixta de Cláusulas Abusivas (5), aunque sirve de referencia, no ha impedido que muchos promotores sigan utilizando cláusulas nulas por abusivas.

No es sólo el sector de la promoción y construcción de viviendas el único necesitado de protección. Los sectores específicos donde debería existir un depósito obligatorio de condiciones generales de los contratos, serían: sector financiero, sector inmobiliario, telefonía móvil, agencias de viajes. Se trata de sectores donde se acapara el 80 por 100 de las denuncias y consultas de los organismos de protección del consumidor por cláusulas abusivas.

II. Por otro lado, debería potenciarse el contenido del Registro. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2000 (Sala Tercera) declaró nulos algunos preceptos del Reglamento del Registro de Condiciones Generales, en concreto la posibilidad prevista en él (no contemplada en la Ley 7/1998) de que se inscribieran las sentencias desestimatorias y no sólo las estimatorias dictadas en el ejercicio de las acciones colectivas, así como las sentencias firmes dictadas en el ejercicio de acciones individuales. El Tribunal Supremo, basándose en el principio de jerarquía normativa, consideró una extralimitación del reglamento esa posibilidad. Sin embargo, hoy en día se vuelve a reclamar la necesidad de que en el Registro de Condiciones Generales incluya el mayor ámbito posible de doctrina jurisprudencial, con la finalidad de que sea mayor el conocimiento general de lo que es o no es cláusula abusiva.

(5) Integrada por el Instituto Nacional de Consumo, Dirección General de los Registros y del Notariado, y Asociación de Promotores y Constructores de España.

En este sentido, el presidente de la Fundación de Derechos Civiles («El País», sábado 16 de septiembre de 2005) manifestaba que dicha fundación *«considera favorablemente que la modificación de la ley incluya como abusiva esas prácticas, pero considera que su efectividad sería mayor si el Gobierno obligara a inscribir en el citado Registro las cláusulas declaradas abusivas por jueces y tribunales»*.

El contenido del Registro quedó limitado en definitiva, tras los recursos formulados contra el Reglamento 1828/1999, a las sentencias estimatorias dictadas en acciones colectivas, cuando en la práctica son pocas las acciones de esta naturaleza que se ejercen. El resultado es que es mínimo el impacto de la obligación que tienen notarios y registradores de rechazar las cláusulas judicialmente declaradas nulas por abusivas e inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 10, apartado 6 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios).

En consecuencia, debería promoverse una reforma legal que modificara la Ley 7/1998 con la finalidad de imponer la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de las sentencias firmes estimatorias o desestimatorias dictadas en el ejercicio de todo tipo de acciones (individuales o colectivas) en las que la demanda hubiera tenido por objeto la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contractual contenida en contratos de adhesión.

III. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación está articulado como una sección más del Registro de Bienes Muebles, en concreto la Sección Quinta (Disposición Adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre). Tiene su sentido, dado que los contratos de venta a plazos, *leasing*, *renting* y otros muchos relativos a bienes muebles, contienen condiciones generales, y la Dirección General de los Registros y del Notariado, al aprobar los modelos contractuales, tiene que comprobar que no existen cláusulas abusivas.

Aprovechando la reforma del reglamento del Registro de Condiciones Generales, podría impulsarse también alguna reforma legal necesaria en materia de contratación mobiliaria y del Registro de Bienes Muebles en general.

La Ordenanza del Registro de Bienes Muebles (antes Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles) es de 19 de julio de 1999, lo que en un sector tan dinámico la convierte ya en una norma necesitada de actualización. Alguno de los principios contenidos en la misma, que tanta seguridad dan a la contratación sobre vehículos y demás bienes muebles, y fomenta la financiación de los mismos, deberían tener un rango legal explícito. Es cierto que tienen su amparo legal en la Ley 28/1998, de 13 de julio, en cuyo artículo 15 se proclama el principio de legitimación (presunción de validez de los asientos, de la que luego derivan otros principios como el de inoponibilidad o fe pública registral contenidos en la Ordenanza); la Disposición Final segunda

de dicha ley habilitó al Ministerio de Justicia para desarrollar el funcionamiento de ese Registro y a su amparo se dictó la Ordenanza, que es un verdadero Reglamento (a pesar de estar aprobada por Orden Ministerial) merced a la delegación legislativa antes referida. Igualmente la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha consagrado ese tratamiento de los bienes muebles registrables, equiparando las normas de ejecución sobre los mismos a la de la ejecución sobre bienes inmuebles; y ha atribuido una acción real sumaria para la recuperación de los bienes muebles financiados a plazos o en *leasing*, inscritos en el Registro de Bienes Muebles, para el caso de impago del precio aplazado o de la renta del arrendamiento (art. 250.10 y 11).

Pero aún queda mucho por hacer. En concreto, debería promoverse una reforma legal para modificar el artículo 464 del Código Civil que aún sigue afirmando la regla «posesión equivale a título», cuando esto no es así —como se ha visto— tratándose de bienes muebles inscritos en el Registro de Bienes Muebles. Debería consagrarse legalmente para los bienes muebles registrales los principios de prioridad, inoponibilidad y fe pública registral recogidos en la Ordenanza. Y sobre todo debería dictarse un nuevo Reglamento que se adecuara al nuevo contenido del Registro de Bienes Muebles (mucho más amplio que el del antiguo Registro de Venta a Plazos), pues al refundir otros muchos Registros (como el de buques o aeronaves) tiene en la actualidad un objeto muy dispar: vehículos, maquinaria industrial, buques, aeronaves, hipoteca mobiliaria sobre propiedad intelectual e industrial, derechos incorporeales transmisibles, etc.

CONCLUSIONES

1.º Debería promoverse una reforma de la Ley 7/1998 con la finalidad de imponer la inscripción en el Registro de Condiciones Generales las sentencias firmes estimatorias o desestimatorias, de todo tipo de acciones (individuales o colectivas) en las que la demanda hubiera tenido por objeto la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contractual contenida en contratos de adhesión.

2.º Debería imponerse por Real Decreto el depósito con carácter forzoso en el Registro de Condiciones Generales, de los clausulados contenidos en los contratos celebrados dentro del sector financiero: sector inmobiliario, telefonía móvil y agencias de viajes, con la finalidad de que las Asociaciones de Consumidores puedan tener un conocimiento mayor de las cláusulas contractuales abusivas y potenciar el ejercicio por las mismas de las acciones colectivas con eficacia horizontal.

3.º Debería promoverse la redacción y aprobación de una nueva Ordenanza del Registro de Bienes Muebles (en definitiva, de un nuevo Reglamen-

to del Registro de Bienes Muebles), que actualizara la regulación contenida en la actual Ordenanza de 19 de julio de 1999, previa reforma legal que modificara el artículo 464 del Código Civil para dejar fuera del principio «posesión equivale a título» a los bienes muebles registrables y lo cohonestara con lo que ya dispone a este respecto el artículo 15 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

4.º El Registro de Bienes Muebles deberá asumir como una sección más, el Registro de Contratos de Seguros de Cobertura de Fallecimiento (seguros de vida), regulado y creado por la Ley 20/2005, de 14 de noviembre, dado que se trata de un Registro Público con efectos jurídicos, dependiente del Ministerio de Justicia. Esto permitirá el desarrollo eficaz y la aplicación inmediata de este Registro aprovechando la infraestructura ya existente y los medios telemáticos del Registro de Bienes Muebles.

JAVIER GÓMEZ GÁLIGO

Garantías registrales del crédito tributario (*)

SUMARIO: HIPOTECA LEGAL TÁCITA.—DERECHO DE PRELACIÓN: A) CRÉDITOS SALARIALES. B) CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. C) CONCURRENCIA CONCURSAL.—LAS AFECCIONES LEGALES Y LA AFECCIÓN LEGAL TRIBUTARIA: AFECCIÓN LEGAL TRIBUTARIA. LA NOTA DE AFECCIÓN.—MEDIDAS CAUTELARES: CARACTERÍSTICAS. MEDIDAS CAUTELARES DE EFICACIA REGISTRAL.—APÉNDICE.

HIPOTECA LEGAL TÁCITA

Con palabras de ROCA SASTRE: son Hipotecas Legales aquellas cuya constitución la Ley da derecho a exigir en determinados casos, en garantía de intereses necesitados de protección. La Ley crea la obligación de constituir la hipoteca (A. DE COSÍO y CORRAL), es decir, debe admitirse por la ley con tal carácter (art. 158 LH), y precisa para su constitución la inscripción del título (art. 159 LH). Concepto que resulta conforme al expuesto por el artículo 1875.2 del Código Civil.

Existe un grupo de derechos por naturaleza de hipotecas legales o afín a las hipotecas que pueden clasificarse en tres subdivisiones: La Hipoteca Legal a favor del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales con dos variantes, la Tácita y la Expresa, ésta forzosa o voluntaria; otro grupo formado por los Privilegios Generales *ex lege*; y, por último, las Afecciones Legales o Derecho de Afección.

La HLT del número 6 del artículo 168 y artículo 194 de la LH a favor del Estado, las Provincias y los Pueblos sobre los bienes de los contribuyentes en garantía de la anualidad corriente y de la última vencida y no pagada (dos

(*) Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Tributario de Thomson Aranzadi y Academia Vasca del Derecho, por Juan Antonio Leyva de Leyva, Registrador de la Propiedad de Barakaldo.

anualidades) de las contribuciones e impuestos que gravitan sobre ellos, se encuentra regulada en diversas normas; tiene, como ha señalado la doctrina, una regulación dispersa y poco armónica. Por una parte, la Legislación Civil formada por los artículos 1.875, 1.923 y 1.924 y los artículos citados de la LH, prelación no coincidente con la reconocida en las leyes fiscales. Señala ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Derecho Hipotecario*, pág. 101): «Existe unanimidad en el foro y en la doctrina en que por tratarse de un privilegio nacido en leyes especiales y posteriores, debe darse preferencia a éstas».

R. FALCÓN Y TELLA (*Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen II, Civitas) dice que el Código Civil se refiere en los artículos 1.923 y 1.924 a la última anualidad vencida y no pagada (una anualidad), pero es claro que sobre esta norma prevalece la LGT como *lex posterior*. En el mismo sentido, SERRERA CONTRERAS P. («La anualidad corriente en la Hipoteca Legal Tacita por contribuciones», en *RCDI*, núm. 524, 1978, pág. 9).

La legislación fiscal estatal se contiene en los textos siguientes: artículo 31 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria; Real Decreto 1091/1988, de 23 de septiembre, y Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989. Conforme a la Ley General Presupuestaria: «Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingreso de derecho público debe percibir, la Hacienda Publica ostentará las prerrogativas establecidas legalmente...».

La regulación específica de la HLT la forman el contenido del artículo 73 de la LGT de 1983, de 28 de diciembre, hoy artículo 78 de la vigente LGT 58/2003, de 17 de diciembre, desarrollado por el Reglamento General de Recaudación 1684/1990, de 20 de diciembre, modificado por Real Decreto 448/1994, de 24 de marzo; el artículo 35 del Reglamento General de Recaudación constituye hoy norma fundamental en esta materia.

En relación con las Comunidades Autónomas, no mencionadas en el Código Civil ni en la LH, ya que su creación jurídica ha sido posterior (Constitución de 1978). La organización actual del Estado, que ha dado lugar al llamado «Estado de las Autonomías», atribuye a las Comunidades Autónomas autonomía financiera, artículo 156 de la Constitución, y artículo 2.3.º de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) equipara las Comunidades Autónomas al Estado: «Las Comunidades Autónomas gozarán del tratamiento fiscal que la ley establezca para el Estado». De manera que las leyes o normas forales reguladoras de las haciendas de cada Comunidad Autónoma disponen que las Comunidades Autónomas respectivas gozarán de las mismas prerrogativas y potestades que corresponden al Estado, principio también reconocido por los Estatutos de Autonomía.

Ejemplo de la identidad de regulación es el Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Bizcaia de 18 de marzo de 1997, artículos 35 y

siguientes, relativos a las garantías del pago de los créditos a favor de la Hacienda Foral. La actual regulación bajo el título de la Sección 5.ª: Garantías del Crédito Tributario (garantías del pago según la expresión del Reglamento de Recaudación) se ocupa la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Bizcaia 2/2005, de 10 de marzo: Derecho de Prelación, artículo 78; HLT, artículo 79; Afección de bienes, artículo 80, y Medidas cautelares, artículo 81.

Por lo que atañe a la HLT a tenor del artículo 79 de la Norma Foral: «En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un Registro Público, la Hacienda Pública tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque estos hayan inscrito sus derechos para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior».

Para las Entidades Locales rige el mismo principio de igualdad estatal, así resulta del artículo 106.3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 y la Ley de las Haciendas Locales, artículo 212 y artículo 12 que se remiten a la Ley General Tributaria y demás leyes del Estado en cuanto a las prerrogativas establecidas para la Hacienda del Estado; las mismas que ostentará la Hacienda de las Entidades Locales.

Respecto a la naturaleza de esta preferencia debe decirse que la HLT se constituye por ministerio de la ley y surte efecto sin título ni inscripción, por tanto es una carga tácita, oculta, propia del antiguo régimen anterior a la LH de 1861.

GALINDO y ESCOSURA criticaban la Hipoteca Legal a favor del Estado con frase ampulosamente retórica, considerando que «afeaba con impune mancha el espléndido sol del moderno sistema hipotecario».

Esta hipoteca y otras cargas ocultas del Derecho Fiscal y Administrativo se han creado posteriormente, a saber: Créditos Privilegiados, Hipotecas y Afecciones ocultas en contra de los principios hipotecarios y, en consecuencia, en perjuicio de la seguridad jurídica.

Sin embargo, esta prelación, señala ROCA SASTRE, no puede ser de hipoteca, sino más bien una afección real, derivada de un crédito singularmente privilegiado, añadiendo que se trata de «una especie de carga pública excluida de los principios hipotecarios». Ya el Código Civil en los artículos 1.923 y 1.927 merece el concepto de crédito singularmente privilegiado y este es el carácter que ha recogido la nueva Ley Hipotecaria evitando la palabra hipoteca y en su lugar utiliza el nombre de «preferencia».

Se discute el fundamento de esta preferencia que, según el citado ROCA SASTRE y LA RICA en unión de otros hipotecaristas como MORELL, se encuentra en la publicidad que el mandato legal lleva consigo, y en el interés inherente a la realización de fines públicos relativos a los tributos (ver CHICO ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, 4.ª edición revisada).

El Límite Temporal de esta preferencia es conforme a la redacción del artículo 79 de la Norma Foral: «El año natural en que se exija el pago y el inmediato anterior».

«Año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior», según el artículo 35 del Reglamento General de Recaudación.

«Anualidad corriente y la última vencida y no satisfecha», según palabras del artículo 194 de la LH.

Cuestión debatida es el cómputo de la anualidad vencida y la corriente. El artículo 192.2 de la LH dispone que: «A los efectos del párrafo anterior, se entenderá por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal del pago».

A estos efectos del cómputo, el número 2 del artículo 35 del Reglamento General de Recaudación: «Se entiende que se ejercita la acción administrativa de cobro (según la Norma Foral “se exija el pago”) cuando se inicie el procedimiento de recaudación en período voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio en que se haya inscrito el derecho o efectuada la transmisión». El cómputo, siguiendo este criterio, opina SERRERA CONTRERAS, P. (obra citada):

- a) Cuando se trate de tercer acreedor, se atiende a la fecha de adquisición de su derecho.
- b) Cuando de un nuevo adquirente, si hubo transmisión de la finca, sería el del momento de su adquisición, haya inscrito o no su derecho. Este sería el año natural, que con el inmediato anterior forman las anualidades protegidas. Dicho al revés, la anualidad corriente o natural es la constituida por todo el tiempo posterior a la última anualidad vencida.

Aunque el Código Civil se refiere únicamente «a la última anualidad vencida y no pagada» (arts. 1.923 y 1.924), conforme a la normativa fiscal posterior, son dos y no una las anualidades garantizadas, la jurisprudencia ha optado (R. FALCÓN Y TELLA, *Enciclopedia Jurídica Civitas*, vol. II) por considerar anualidad corriente la fecha de inscripción del tercero o la fecha de adquisición, de acuerdo al sentido ya expuesto del artículo 32.2 del actual RGR, cuando se remite al inicio del plazo de ingreso en período voluntario, y no al inicio de la vía de apremio, en relación con los débitos que correspondan al ejercicio económico en que se haya efectuado la adquisición del derecho o la transmisión. En cuanto a los créditos posteriores a la anualidad en que hubiera inscrito su derecho, el adquirente responde como propietario, es decir, como sujeto pasivo del impuesto, mientras que el acreedor hipotecario no tiene responsabilidad alguna (STS de 21 de diciembre de 1979).

Sentencia que señala anualidad corriente la fecha de inscripción del derecho del tercero. Otras sentencias del TS confirman la misma tesis. Anualidad corriente es la que transcurre al efectuar la transmisión del dominio, es decir, la adquisición por los terceristas (STS de 23 de diciembre de 1983) la fecha de inscripción en el Registro del derecho del tercero, así sentencia la Audiencia Provincial de Tarragona, de 28 de enero del 2000, y el tribunal EAC en Resolución de 13 de enero de 1987, sigue la misma doctrina estimando que la anualidad corriente es la anualidad de la adquisición, y comprende con el artículo 5-8 LGT los intereses de demora, pero no las costas.

La HLT puede hacerse constar en el Registro mediante AP de embargo, si bien la omisión de esta última no modifica la preferencia de la HLT (art. 35.3 del RGDR).

Junto a la HLT, los artículos 168, 194 y 197 de la LH y 36 RGR prevén la posibilidad de que la Hacienda Pública exija, en el caso de impuestos que gravan los bienes inmuebles, la constitución de Hipoteca Especial Expresa forzosa.

Frente a terceros se establece la retroacción máxima constituida por las dos anualidades. Las anualidades anteriores no quedan protegidas por la HLT, sin perjuicio de que se exija hipoteca expresa. En este caso, la prelación, sin duda, no afectará a los terceros que hubieran escrito su derecho con anterioridad a la inscripción de la hipoteca (Resolución de la DGRN de 20 de enero de 1960).

Así lo dispone el artículo 168 de la LH, que surtirá efecto desde el momento de su inscripción (art. 194 LH), extendiendo la preferencia a anualidades anteriores a las expresadas o por mayor cantidad. Dicha garantía adicional resulta innecesaria si se ha practicado AP de embargo en el correspondiente procedimiento de apremio. Sin embargo, la hipoteca tiene la doble ventaja de su eficacia constitutiva, evitando el orden de los embargos y su carácter de asiento definitivo, no sujeto a la caducidad de la anotación (FALCÓN y TELLA).

Volviendo al estudio de la HLT, deben señalarse las diferencias de contenido del artículo 35.1 RGR con el antiguo RGR de 1968 (puede verse el trabajo de J. CASTILLO CASTILLO en *Comentario a las leyes tributarias y financieras*, Tomo XVI-D-I). El actual RGR parece ampliar el ámbito de protección de la HLT, pues sustituye el término tributos, que es también de la Norma Foral de 2005, por la expresión de Recursos Públicos.

La preferencia de la HLT se concede frente a cualquier acreedor y tercer adquirente por las contribuciones e impuestos que recaigan sobre el inmueble (art. 217 del Reglamento Hipotecario), criterio que comparte la Resolución de 22 de noviembre de 1974. Tributos que gravan periódicamente los bienes (art. 79 de la Norma Foral). Tanto CASTILLO CASTILLO como ZABALA RODRÍGUEZ, LLOPIS GINER, DAGO ELORZA, prácticamente toda la doctrina piensa que

la HLT garantiza conforme al artículo 35 de RG de R los tributos de carácter real directo y periódico, por lo que su actual campo de aplicación se reduce a los impuestos sobre bienes inmuebles e Impuestos sobre Actividades Económicas.

A la vista de la normativa fiscal, ROCA SASTRE entiende que los conceptos de anualidad del inmueble, sujeción directa e individual al tributo y periodicidad de éste, hacen que el único impuesto comprendido en la repetida prelación sea la Contribución Territorial.

A juicio de L. SÁNCHEZ SOCIAS y J. J. TORRES FERNÁNDEZ («La Hacienda frente a las quiebras y suspensiones de pagos», en *Diálogos de Derecho*, 1992) el ámbito objetivo del privilegio que el RGDR (art. 35) califica de HLT queda circunscrito al impuesto sobre bienes inmuebles, y también puede defenderse su aplicación al impuesto sobre vehículos de tracción mecánica, según lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley de Haciendas Locales. Sin embargo, la LHT no tendrá aplicación alguna a juicio de dichos autores, salvo para el impuesto sobre vehículos. En efecto, dicen los citados autores, el Impuesto sobre bienes inmuebles aparece en la Ley de Haciendas Locales con una protección superior, la que establece el artículo 76: «En los supuestos de cambio de titularidad... los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de las deudas tributarias y recargos pendientes por este impuesto, en los términos previstos en el artículo 41 de la Ley General Tributaria». Es una afección de los inmuebles al pago de la totalidad de la deuda, es decir, sin límite temporal.

Copia de esta norma es el artículo 7 de Reforma de Régimen de Tributación Local del Territorio Histórico de Bizcaia, de 26 de marzo de 2003: «A este efecto, sigue el artículo 7, los notarios advertirán a los comparecientes sobre las deudas pendientes por el impuesto sobre bienes inmuebles del inmueble que se transmite». Y la STS de 9 de abril de 2003 considera al adquirente de un bien como sucesor del anterior sujeto pasivo y, por tanto, las deudas del IBI no prescritas para el anterior sujeto tampoco se entienden prescritas para el adquirente.

Existe abundantísima jurisprudencia sobre la HLT, sobre el carácter privilegiado de los créditos, sobre colisión de créditos, sobre concurrencia de créditos en suspensiones y quiebras, sobre el carácter no preferente del Impuesto de Lujo (sentencia de 17 de marzo de 1978), y del Impuesto de Sociedades (sentencia de 24 de mayo de 1983) y de la Tasa de recogida de basuras (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 29 de noviembre de 1996). A este respecto, puede consultarse la obra de CONSUELO ARRANZ DE ANDRÉS, «La Hipoteca Legal Privilegiada de la LGT», Editorial Aranzadi, 2004.

Por último, hacer referencia que se expondrá más adelante al tratar la Afección de Bienes a la necesidad de derivación de la responsabilidad subsidiaria (STS 1988 y Resolución de la DGRN de 2 de febrero de 1999)

cuando los bienes no pertenezcan ya al sujeto pasivo, siguiendo el procedimiento para exigir la responsabilidad subsidiaria previsto en los artículos 176 de la LGT de 27 de diciembre de 2003 y artículo 181, traslado del anterior de la Norma Foral de 2005.

En relación con otras deudas (art. 36.2) se podrá constituir Hipoteca Expresa Especial, con carácter voluntario, como garantía a favor de la Hacienda en los casos de aplazamiento y fraccionamiento y demás supuestos previstos por las normas. La especialidad de la constitución consiste en que en el supuesto de haberse establecido la hipoteca unilateralmente, la aceptación se hará mediante documento administrativo (reforma del RGR de 24 marzo de 1995). La Hacienda, en su caso, consentirá la cancelación en la misma forma establecida para la aceptación, es decir, mediante documento administrativo. Quiero hacer notar que en la práctica aparecen, de vez en cuando, estas hipotecas expresas.

DERECHO DE PRELACIÓN

Pasamos a examinar el privilegio *ex lege* o Derecho de Prelación General del artículo 78 de la Norma Foral de 2005 que reproduce el artículo 77 de la LGT de 2003. Derecho de Prelación General a favor de la Hacienda, relativo a los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, a excepción de los acreedores de dominio, hipoteca u otro derecho real inscrito con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el Registro el Derecho de la Hacienda. Por lo tanto, respecto a estos créditos inscritos con anterioridad, no existe prelación de la Hacienda Pública.

El Estado se encontró siempre en primer término entre los acreedores privilegiados: Ley de Contabilidad de 1850, de 1870, artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, fielmente reproducido por el artículo 130 del antiguo Estatuto de Recaudación de 1948.

Preferencia y prelación se utilizan como términos sinónimos, antelación o ventaja de una cosa sobre otra, según el diccionario de la Lengua Española. Con este significado se usan aquí.

El estudio de los artículos 1.923-4 y 1.927-11 le lleva a ERDOZAIN LÓPEZ (*Anotación preventiva...*, Aranzadi, 1998) a entender que un crédito es preferente en una fase previa de definición del orden de los créditos, y la prelación es una fase posterior en la que se decide el orden de los créditos ya declarados preferentes y que concurren entre sí. La preferencia es ventaja del crédito anotado, pero no en relación con otros créditos.

Al privilegio *ex lege*, que venimos estudiando del artículo 78, así como los Laborales o de la Seguridad Social, por razón de su carácter público o de

política social, la Ley les otorga preferencia frente a otros créditos. La prelación, según ROCA, no es un derecho sino una cualidad del crédito que traduce el privilegio en preferencia (BONNECASSE). La preferencia quiere decir, en mi opinión, que un crédito es de mejor derecho en comparación con otros créditos, relativismo frente a otros créditos, creándose un orden jerárquico de preferencias legalmente preestablecido. En los procedimientos de ejecución colectiva es principio opuesto a la igualdad de trato.

Este privilegio *ex lege*, como se ve, es obvio que respeta los principios hipotecarios conforme al *Prior Tempore*, siempre que se trate de acreedores anotados o inscritos con anterioridad al derecho de la Hacienda. El privilegio del Estado se detiene ante estos acreedores (STS de 17 de mayo de 1978).

En cuanto al momento en que nace la Prelación General del Crédito Tributario, siguiendo a SÁNCHEZ SOCÍAS y TORRES FERNÁNDEZ, dos posturas son posibles: La prelación nace desde la expiración voluntaria de pago o desde la realización del hecho imponible. Estos autores se pronuncian por la solución concreta a cada tributo.

Vale la pena detenerse en la liquidación de los créditos como requisito previo para la preferencia de la Hacienda Pública.

Hace años escribía GIANNINI: «Todavía se discute si la deuda impositiva nace de la realización del presupuesto (hecho imponible) o, por el contrario, en el momento de la liquidación y en virtud de ésta» (Institución di Diritto Tributario).

«La obligación nace, según BERLINI, no de la mera realización del hecho imponible, sino cuando se ha producido la liquidación del tributo y se le ha notificado al contribuyente» (*Principi di Diritto Tributario*, Milán, 1967).

Según citas de ANTONIO MOLINA GARCÍA (*La Prelación de Créditos Tributarios*, Editorial Montecorvo, S. A., 1977); para este autor, la doctrina del TS se ha pronunciado en el sentido de que los créditos han de ser liquidados para gozar del privilegio de la preferencia.

A diferencia de la afección legal de bienes (hecho imponible): «Cantidades liquidadas o no».

Si hubo anotación de embargo a favor de la Hacienda, al no ser el crédito de los protegidos por la HLT, no inviste de privilegio o preferencia respecto a los créditos anteriores y preferentes. Su preferencia ha de ser computada a tenor de la antigüedad de los títulos en colisión (STS de 14 de noviembre de 1992 y 30 de marzo de 1993).

Guarda relación el artículo 78 de la Norma Foral con el artículo 174, que es el 170 de la LGT, que regula la Anotación preventiva en el procedimiento de apremio. A tal efecto: Expedición de mandamiento, Anotación del embargo, Certificación de cargas y Nota registral al margen de la anotación de embargo de expedición de la certificación de cargas.

«El embargo se notificará a los titulares de cargas posteriores a la anotación de embargo y anteriores a la nota marginal de expedición de la certificación».

«La anotación de embargo no alterará la prelación del artículo 78, siempre que se ejercite la tercería de mejor derecho. Si no se ejercita la tercería prevalece el orden registral de las anotaciones de embargo».

Prelación sólo en cuanto a las anotaciones de embargo de los créditos personales, que son las únicas que pueden resultar afectadas por la tercería de mejor derecho. Los acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real con anterioridad al Derecho de la Hacienda son preferentes, en todo caso, al crédito Tributario, a salvo la Hipoteca Legal Tácita y Afección de Bienes.

El RH en el artículo 271 se refiere a la AP de embargo: Cuando se trate de contribuciones e impuestos distintos de los señalados en el párrafo precedente, la prelación no afecta a los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el registro el derecho al cobro mediante la correspondiente AP de embargo.

Si sus efectos se refieren sólo respecto a los créditos posteriores, como dispone el artículo 44 de la LH o incluye también a los anteriores, deben tenerse en cuenta diversas Resoluciones, 14, 15 y 16 de diciembre de 1971 y 22 de noviembre de 1974 y 16 de octubre de 1974.

El artículo 44 de la LH y reiterada jurisprudencia declaran la preferencia que sobre las anotaciones de embargo tienen los actos dispositivos anteriores, hechos por el titular registral, aunque la inscripción de estos actos haya tenido lugar después de practicada la anotación.

Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria y Asturias, respectivamente. Cantabria de 16 de abril de 2001 y 17 de octubre de 1995, consideran que la Anotación de embargo no modifica la naturaleza de los créditos a los que protege, que debe seguirse el orden de las anotaciones en el registro, que prima la prioridad registral, que la anotación preventiva de débitos por tributos, cuando no estén protegidos por la HLT, queda sometida a la normativa establecida en el artículo 1.903-4 del Código Civil y sólo atribuye preferencia respecto a créditos posteriores a la anotación.

El adquirente posterior (el anterior no), a la anotación de embargo o antes de ser embargada si no inscribió su derecho con antelación a la AP de embargo ha de pechar con éste. Principio de prioridad registral y no prevalencia sobre los actos dispositivos otorgados con anterioridad (sentencia de 29 de noviembre de 1962).

Es doctrina jurisprudencial reiterada los siguientes principios:

- Las anotaciones preventivas no cambian la realidad jurídica.
- El embargo debe recaer sobre los bienes pertenecientes al deudor en ese momento.

- Las anotaciones de embargo producen efectos de futuro. No lesionan derechos ya adquiridos.
- Prioridad de la anotación preventiva de embargo sobre asientos ulteriores (numerosas Resoluciones de 25 de abril de 1986, 7 de noviembre de 1996).
- En cuanto a los actos dispositivos anteriores a la anotación, inscritos después, ¿continúan manteniendo su preferencia como si la anotación no se hubiera practicado? (art. 44 LH y 1923.4.º del Código Civil).

Sin embargo, hoy el artículo 175 del Reglamento Hipotecario y su aplicación por las Resoluciones de la DGRN de 23 de marzo y 5 de mayo de 1993, condiciona la cancelación de asientos inscritos después de la anotación de embargo, relativos a títulos de fecha anterior a que no se basen en asientos anteriores.

A continuación examinaremos los privilegios laborales de la Seguridad Social, la concurrencia concursal y su problemática frente al crédito tributario. Todos ellos, títulos susceptibles de entrar en colisión:

A) CRÉDITOS SALARIALES

La preferencia del crédito tributario, como se ha visto, está limitada:

1. En el tiempo hipoteca legal tácita, artículo 79. Dos anualidades.
2. En relación a determinados créditos de dominio, hipotecas y derechos reales, inscritos en el Registro con anterioridad, artículo 37 LGT y artículo 78 de la Norma Foral.
3. La preferencia del crédito tributario tampoco es absoluta en concurrencia con los créditos salariales. Artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Ley de 10 de marzo de 1980 redacta al Real Decreto de marzo de 1995, que regula el número 1 el llamado superprivilegio salarial: «por los salarios de los últimos treinta días, en cuantía que no supere el Salario Mínimo Interprofesional».

El Tribunal Supremo por sentencia de 11 de mayo de 1992 equipara las indemnizaciones por cese, traslado o rescisión contractual del trabajador a los salarios singularmente privilegiados del artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores, basándose en el número 4 del mismo precepto. Son preferentes, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en que sean preferentes. Se incluyen en este grupo, por disposición del mismo artículo 32.3, las indemnizaciones por despido.

En cuanto a los créditos del Fondo de Garantía Salarial gozan de los privilegios que el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y 73 de la Ley General

Tributaria conceden a los créditos de Hacienda que no pueden verse afectados por ningún crédito, en este caso, ni siquiera los de tipo fiscal, en atención a que estos créditos laborales tienen la cualidad de retribución dirigida a satisfacer las necesidades vitales del trabajador y su familia (sentencia de 10 de octubre de 1987).

No debe ignorarse que cuando el superprivilegio lo ejercita por subrogación el Fondo de Garantía Salarial, ya no se puede decir que se trate de un problema de inmediata y dramática subsistencia de los trabajadores y sus familias (RODRÍGUEZ CEPEDA, *RCDI*, NF 1989, núm. 590).

Respecto a la concurrencia de créditos salariales con los tributarios y de la Seguridad Social, debe tenerse en cuenta el Dictámen del Consejo de Estado de 23 de enero de 1992, que concede una posición prioritaria a los mismos respecto a los tributarios. En el mismo sentido, ANA MUÑOZ MORENO (*El Derecho de prelación general*, 1996, Aranzadi). SEGOVIA SÁNCHEZ, citado por CHICO ORTIZ (*Estudio de Derecho Hipotecario*, última edición actualizada, 2000), concede preferencia al crédito salarial frente a los créditos con derecho real y del Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, Municipio, en los supuestos en que con arreglo a la LH sean preferentes.

Es importante subrayar, conforme algunas sentencias del Tribunal Supremo, que frente al crédito hipotecario sólo son preferentes los créditos superprivilegiados del número 1 del artículo 32, como así lo declara este precepto (sentencias de 8 de enero de 1983 y 21 de febrero de 1989). Preferencia del superprivilegio reconocida también en otras sentencias, pues el trabajador ha de cobrar antes que el acreedor con garantía real, en caso contrario, si subsiste el gravámen hipotecario, el crédito laboral fácilmente quedaría sin satisfacer.

Frente a esta tesis, la *DGRN* proclama en reiteradísima jurisprudencia la siguiente doctrina:

- Resolución de 3 de abril de 1998. Deniega la cancelación de cargas y gravámenes inscritos anotados con anterioridad a la anotación del crédito laboral. Es preciso que el acreedor, pretendidamente preferente, acuda a la tercería de mejor derecho, en procedimiento contradictorio entre los acreedores concurrentes. La hipoteca implica un acto dispositivo que sitúa el bien fuera del patrimonio del deudor, por lo que el superprivilegio no tiene eficacia cancelatoria de cargas anteriores (ver trabajo de RAFAEL LINARES NOCI, «Consideraciones sobre el conflicto de preferencia entre crédito salarial y crédito hipotecario», en *Libro homenaje al profesor Albaladejo*).

La preferencia de un crédito, añade la Resolución, es una cualidad intrínseca del mismo y cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro. Se trata de mera preferencia creditual. La preferencia no se niega, pero debe hacerse valer, como se ha dicho, en tercería de mejor derecho.

- Resolución de 22 de noviembre de 1988. Dispone esta Resolución la cancelación del crédito salarial posterior por ejecución de hipoteca anterior. La preferencia de crédito debe dilucidarse ante los Tribunales de Justicia y no en el procedimiento de ejecución en el artículo 131 de LH, prevaleciendo la prioridad registral mientras no se haya sustanciada la tercería de mejor derecho, por lo que la ejecución de la hipoteca determinará, conforme a los principios registrales de prioridad y legitimación (art. 17 y 38 de LH), la cancelación de toda carga posterior y no preferente y entre ellas las anotaciones cuestionadas —Resolución de 12 de noviembre de 1998 reitera doctrina anterior—. Deniega la cancelación de una anotación de embargo, a cuyo titular de fecha anterior le fue notificada la existencia del procedimiento.
- Resolución de 29 de abril de 1988. La anotación de embargo por créditos salariales no cancela asientos anteriores por la falta de notificación a sus titulares. La necesidad de notificación se fundamenta no sólo en el derecho constitucional a la tutela judicial, garantía jurisdiccional de los derechos del artículo 24 de la Constitución Española, sino también en los principios de prioridad y tracto (art. 1.720 LH), en los artículos 1.490, derogado, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 131 de la Ley Hipotecaria y 225, 233 del Reglamento Hipotecario —Resolución de 29 de noviembre de 2000—. No admite la cancelación ordenada en mandamiento dictado por el Juzgado de lo Social respecto de varias anotaciones de embargo de fecha anterior.

B) CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social goza de la potestad de recaudación ejecutiva de las Haciendas Públicas, así se regula en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social de 11 de octubre de 1991, modificado el 4 de junio de 1999, que había sido ya modificado por Real Decreto de 6 de octubre de 1995. El régimen jurídico de los derechos de prelación resulta de los artículos 29 y 30 del Reglamento. Hoy artículo 48, número 1 y 3 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social de 11 de junio de 2004. El número 1 del artículo 30 dispone: «Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre tales créditos procedan, gozan, respecto de la totalidad de los mismos, de igual preferencia que los créditos a que se refiere el apartado primero del artículo 1.924 del Código Civil.

Los demás créditos de la Seguridad Social gozan del mismo orden de prelación establecido en el apartado segundo, párrafo E) del artículo 1.924 del Código Civil.

Como vemos, el artículo 48 actual, antiguo 30, distingue dos clases de créditos: los créditos por cuotas de la Seguridad Social, conceptos de recaudación conjunta y los recargos e intereses que procedan, que el Consejo de Estado les reconoce el mismo rango o preferencia del artículo 71 de la Ley General Tributaria, es decir, la prelación general de los créditos tributarios. Los demás créditos de la Seguridad Social gozan de inferior prelación (Dic-tamen citado del Consejo de Estado de 22 de enero de 1992).

En cuanto a los créditos de la Seguridad Social contra el concursado, dispone el repetido precepto que tendrán la preferencia que corresponda en aplicación de la Ley 22/2003 de 9 de julio.

En el artículo 50 se regula el procedimiento recaudatorio y en relación con el deudor de la Seguridad Social declarado en concurso.

C) CONCURRENCIA CONCURSAL

La Ley 22/2003, de 9 de julio, somete los créditos tributarios a lo establecido en la Legislación Concursal (núm. 2 del art. 78 de la Ley Foral 2/2005, de 10 de marzo).

Diferente redacción tiene el artículo 77.2 de la LGT, de 17 de diciembre de 2003: «en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecta el convenio quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003».

Es primordial destacar el derecho de abstención en los procesos concursales a favor de la Hacienda Pública —sólo a favor de los acreedores privilegiados—. No obstante, ésta podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la Legislación Concursal (art. 168, núm. 4 de la Norma Foral 2005 y art. 164, núm. 4 de la LGT de 2003). Supera la antigua limitación para transigir, acuerdo en Consejo de Ministros, por Decreto. El convenio será autorizado por el órgano competente de la Administración Tributaria.

Ejemplo relativo al Registro es que una vez practicada la anotación del concurso (art. 24 LC), no podrán anotarse otros embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el Juez de éste, salvo lo establecido en el apartado 1 del artículo 55, sobre continuación de procedimientos administrativos anteriores a la fecha de declaración del concurso.

Los principios de universalidad de la masa activa del concurso (art. 76 LC), eficacia, rapidez, simplicidad, son característicos del procedimiento, conforme declara la Exposición de Motivos.

La Ley se inspira también en los principios de legalidad, tanto respecto a la integración de los créditos en la masa pasiva, como en cuanto que no admite ningún privilegio o preferencia, que no esté reconocido en esta Ley, y el de tutela judicial en el procedimiento.

Los créditos privilegiados se clasifican (art. 89-1) en créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes, derechos o créditos; y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor.

Pertenecen al primer grupo, es decir, disfrutan de privilegio especial (art. 90), los créditos garantizados con hipoteca sobre los bienes hipotecarios, y los créditos con determinadas garantías reales, pacto de reserva de dominio, prohibición de disponer o condición resolutoria (art. 90).

Para que dichos créditos, añade el artículo 90, puedan ser clasificados de privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en la legislación para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

El privilegio especial otorga preferencia respecto del producto de la enajenación de los bienes a ellos sujetos.

Principio de prevalencia de las causas de preferencia especiales sobre las causas de preferencia generales.

El privilegio general tiene preferencia de cobro sobre los créditos denominados subordinados, que se hacen efectivos en último lugar.

Son créditos con privilegio general (art. 91):

1. Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, con el límite de cuantía que se determina en el texto legal.
2. Las retenciones tributarias y créditos de la Seguridad Social debidos por el concursado.
3. Los créditos tributarios y demás de derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial... hasta el 50 por 100 de su importe.

El aumento del número y cuantía de los créditos privilegiados tiene consecuencias perjudiciales para los créditos denominados subordinados, en cuanto reducen las posibilidades de cobro en los procedimientos concursales.

La norma foral de 2005 regula la concurrencia del procedimiento de apremio con otros procedimientos singulares de ejecución o procedimientos concursales. Considera preferente el procedimiento o proceso más antiguo, y el procedimiento de apremio cuya providencia se hubiera dictado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.

Por último, debemos tener en cuenta en esta materia el Reglamento 1364/2000, de 29 de mayo, sobre procedimiento de insolvencia, que aborda la dimensión internacional de los procedimientos concursales de los deudores establecidos en la Comunidad Europea. Dicho reglamento crea un marco legal uniforme en materia de derecho concursal dentro de Europa.

Por su naturaleza de reglamento comunitario es directamente aplicable en cada Estado miembro, sin necesidad de transposición nacional. La Ley Concursal contiene algunas normas de derecho internacional privado sobre esta materia, que siguen el modelo del Reglamento de 2000 sobre procedimiento de insolvencia.

LAS AFECCIONES LEGALES Y LA AFECCIÓN LEGAL TRIBUTARIA

Las afecciones legales son garantías de determinados créditos que, por ley, vinculan los bienes transmitidos al cumplimiento de la obligación derivada de la transmisión.

La afección legal tributaria vincula el bien transmitido al cumplimiento de la obligación tributaria, en consecuencia, es una de las formas de garantía del crédito tributario.

Merecen citarse entre las afecciones legales no tributarias:

- A) *La afección del piso o local* al pago a favor de la Comunidad por los gastos generales en PH regulada por el párrafo 2.º del artículo 9.1.e) de la Ley de PH de 21 de julio 1960, modificada el 6 de abril de 1999, que hace responsable al adquirente de la vivienda o local en PH de las cantidades adeudadas a la comunidad por los gastos generales del titular anterior, hasta el límite de la anualidad en la cual tenga lugar la obligación y al año natural inmediato anterior (cómputo conforme a la redacción vigente: fecha de adquisición de la finca). Se trata de una garantía real a favor de la comunidad que obliga *ob rem* por razón de la totalidad de la finca, es decir, una obligación conexa al derecho real principal en garantía del débito común. La DGRN en Resoluciones de 9 de febrero de 1987 y 15 de enero de 1997 declara que se vulneraría el derecho a la tutela judicial si se reclaman cantidades y ejecuta (el mismo fundamento de los créditos salariales) sin citación del titular registral, convirtiendo la afección del artículo 9.1 de la Ley de PH en un gravamen oculto. Si el piso o local hubiera pasado a poder de un tercero en el momento de interponer la demanda, debe dirigirse ésta contra él, e igualmente contra los titulares de cargas ya registradas.
- Demanda o al menos, requerimiento de pago, al adquirente del piso y titulares de cargas y anotaciones anteriores (conforme a los principios de legitimación procesal y tracto sucesivo).
- Cancelación de anotación de demanda si falta la tercería de mejor derecho y cancelación de la anotación de embargo, pues el artículo 134 LH no establece esta excepción. DÍAZ FRAILE, RUIZ RICO,

FERNÁNDEZ GALBIS, VALLE MUÑOZ, analizan los efectos de dicha anotación y su cancelación.

- B) *Las afecciones en urbanismo* para garantizar los gastos de urbanización, artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997 de julio. Afección al saldo de la cuenta de liquidación definitiva, pero deberá constar el importe de la liquidación provisional. Prelación del Estado en cuanto a los créditos del artículo 73 LGT, vencidos y no satisfechos que constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la práctica de la afección.

A los créditos salariales no se les reconoce ninguna preferencia, por lo que los trabajadores deberán soportar los gastos de urbanización. Pregunta, ¿puede el Reglamento de 1997 establecer un orden de prelaciones en pugna con el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores?

Se permite que en el proyecto pueda establecerse que la afección no surta efectos respecto a los acreedores hipotecarios posteriores con el fin de facilitar la financiación de las obras de urbanización (sobre esta materia, ver J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, 1999).

- C) *Afección por gastos en el derecho y aprovechamiento por turnos*. Artículo 14.1 de la Ley 42 de 15 de diciembre de 1998, sobre derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles. Responsabilidad de las dos últimas cuotas de los gastos comunes a partir del momento de la reclamación al inscribir la primera transmisión, que se hace constar por nota marginal.

AFECCIÓN LEGAL TRIBUTARIA

La afección legal tributaria o afección de bienes, como se ha dicho, es una de las garantías legales del crédito tributario, artículo 80 de la Norma Foral de 2005 y 79 LGT (2003), que vincula el bien transmitido al cumplimiento de la obligación tributaria. Los adquirentes de bienes afectos por disposición legal al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria si la deuda no se paga (art. 80).

Garantiza el derecho de afección los créditos vencidos, aunque estén pendientes de liquidación, referentes a los tributos que graven la transmisión, adquisición o importación de bienes (art. 74 LGT).

Esta garantía, según algún autor, aparece en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 26 de la Ley y 56 del Reglamento de 7 de noviembre de 1947. Sin embargo, hay sentencias del año 1936 y anteriores, por lo que su existencia debe datarse en la legislación del Impuesto de Derechos Reales de 1927, 1932 y textos sucesivos.

La afección es garantía independiente y distinta de la H. legal, la sentencia (TS SL de 9 de marzo de 1933) sostiene que el Impuesto de Derechos Reales no podía estar incluido en la H. Legal por no ser de devengo periódico.

En cuanto a su naturaleza. Sin gran precisión técnica, el TS considera la afección de bienes como «derecho real administrativo» de garantía ejercitable, mediante un procedimiento administrativo de naturaleza subsidiaria (sujeto a limitaciones). JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 1986, pág. 740) afirma que esta garantía guarda cierto parecido a las obligaciones *propter rem*, pero diferenciándose de las mismas, porque el sujeto pasivo no se libera de su obligación tributaria, transmitiendo el bien.

Discrepo de esta opinión porque si bien es cierto que el sujeto pasivo (el deudor de la obligación), no se libera de la obligación de pago que garantiza la afección, los sucesivos adquirentes sí se liberan, que no son sujetos pasivos sino responsables subsidiarios.

El adquirente, tercer poseedor, se libera de responsabilidad por la transmisión o entrega del bien (en este sentido, ROSA LÓPEZ GIL, *B Cole Re*, núm. 93).

Lo fundamental es que el bien queda sujeto al cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su poseedor, efecto real, pero los terceros poseedores, responsables subsidiarios, sí se liberan.

En mi opinión, puede asumirse la teoría formulada magistralmente por el antiguo profesor de Derecho Civil de Roma, F. SANTORO PASSARELLI («Doctrinas Generales del Derecho Civil», en *Revista de Derecho Privado*, 1964, págs. 83 y 55). «En la categoría de las relaciones obligatorias, expone el docto profesor, deben incluirse por su estructura algunas relaciones ordinariamente consideradas como intermedias entre las relaciones reales y las obligatorias, como son las “cargas reales”. En este caso, pasivamente *ob rem* o ambulatorias. Como el objeto de la afección tributaria es una conducta y precisamente una prestación de dar el pago, nos encontramos en presencia de una relación de estructura no real sino obligatoria».

La carga real se caracteriza porque la posición pasiva de la relación depende de la posición activa del sujeto: la relación real (adquisición) que tiene por objeto la cosa gravada con la carga.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de octubre de 1996, así califica la afección de «carga real», de índole fiscal sobre la finca. (Para un conocimiento más extenso, ver BIONDI, «Oneri reali ed obbligazioni *propter rem*», en *Foro Padano*, 1953).

Son características de la afección:

- a) La responsabilidad dimana de la adquisición del bien. Es una obligación que tiene como nota común con los derechos reales la tipicidad

legal, reducida a los casos previstos por la ley, por ser obligación accesoria al derecho real (transmisión).

- b) El tercer poseedor, en la carga real o en la obligación pasiva *ob rem* se libera del deber de pago, prestación de la obligación mediante el abandono de la cosa (MESSINEO, *La renunzia al fondo servente*) y la novación en el pago de la deuda, de carácter subsidiario, se verifica automáticamente con la transmisión del bien, que es la cosa gravada con la carga, dependiente de la relación real, pues el destinatario de la afección o carga real es el adquirente.
- c) Son figuras excepcionales justificados por estar al servicio de un interés público, los tributos o contribuciones territoriales.
- d) La responsabilidad queda limitada al valor del bien. La STS de 9 de abril de 2003, así lo dice: «el adquirente responde con los bienes afectos y sólo con ellos; la responsabilidad se limita al valor del bien afecto». No hay responsabilidad (CALVO ORTEGA, *Curso de Derecho Financiero, Parte General*, Madrid, 2002), en caso de transmisión del bien afecto, a menos que se haya iniciado el procedimiento de derivación de responsabilidad. (SSTS de 1 de febrero de 1999, 2 de octubre de 1997, 12 de junio de 1996, 12 de marzo de 1997 y 19 de julio de 2002).
- e) La responsabilidad es subsidiaria (cuando la Hacienda no ha podido cobrar del sujeto pasivo), quiere decir que «si la deuda no se paga»; si el deudor principal (sujeto pasivo) no paga y es declarado fallido, se precisa el inicio de un nuevo procedimiento contra el adquirente por derivación de responsabilidad (posición del adquirente subsidiario de la deuda principal).

Son responsables subsidiarios de la deuda tributaria, los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria (art. 43 de LGT 2003; art. 42 de la Norma Foral 2005).

Hoy, promulgadas la LGT de 2003 y la Norma Foral 2005, no existen todas las dudas que había sobre la necesidad de derivación de la acción de responsabilidad contra el responsable subsidiario. Así lo exigió la DGTRN en Resolución de 2 de febrero de 1999, deber de notificación al responsable subsidiario por cumplimiento de tracto registral y salvaguardia judicial.

La derivación de la acción administrativa que exige el pago de la deuda tributaria y, en su caso, de las sanciones a los responsables subsidiarios, se efectúa de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 180 y 181 de la Norma Foral. En el caso de responsabilidad subsidiaria requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal de los responsables solidarios (art. 40 de la Norma Foral; art. 41 LGT). La Administración dictará acto de declaración de responsabilidad, que se notificará al responsable subsidiario, puesta a dis-

posición del expediente, con el contenido previsto, y en el artículo 179 de la Norma Foral (arts. 176 y 181 LGT). La responsabilidad no es automática (TS 14 de octubre de 1996), la Administración, como ya se ha dicho, dictará acto de declaración de responsabilidad. La notificación al responsable subsidiario es preceptiva y recurrible como tal acto administrativo con independencia.

Señalamiento del plazo para efectuar el pago en período voluntario. Si el responsable no paga en dicho plazo, la deuda le será exigible por el procedimiento de apremio (art. 179 de la Norma Foral). Con anterioridad a esta declaración, la Administración podrá acordar las medidas cautelares del artículo 8.1 de esta Ley (art. 41 LGT). (Entre ellas, el embargo preventivo, prohibición de enajenar o disponer del bien.)

Respecto a la cuantía de la deuda, la responsabilidad alcanzará el pago de la totalidad de la deuda tributaria exigida en período voluntario.

Cuando haya transcurrido el plazo voluntario de pago sin realizar el ingreso, se iniciará el proceso ejecutivo y se exigirán los recargos e intereses que procedan. Salvo excepciones, la responsabilidad no alcanzará a las sanciones (art. 41.h LGT, 40 de la Norma Foral y art. 58 de la vigente LGT de 2003).

Las sanciones, por ser personales, serán intransmisibles, no responde el responsable subsidiario; y habida cuenta también del principio del personalidad de la pena (art. 25 de la Constitución).

Sólo responderá el responsable subsidiario de las sanciones, intereses y costas en la medida que le sean imputables.

En cuanto a la prescripción. La prescripción ganada aprovecha por igual a todos los obligados al pago de la deuda tributaria (art. 68 LGT). La interrupción se extiende a las demás obligaciones.

Tratándose de responsables subsidiarios, el plazo de prescripción comenzará *dies a quo*, desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada al deudor principal o a cualquiera de los responsables solidarios (art. 68 de la Norma Foral). De este modo, las anteriores dudas después desaparecen sobre el *dies a quo*, a favor del tercer adquirente; si era el día inicial el momento de la transmisión sujeta al impuesto o el de su adquisición, por existir otras transmisiones intermedias.

Límite de la responsabilidad. La responsabilidad, en todo caso, queda limitada al valor del bien, por razón de cantidades liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven las transmisiones, cualquiera que sea poseedor («carga real»), salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral (art. 79 LGT, art. 80 de la Norma Foral).

Cuando la ley concede un beneficio fiscal, la Administración girará liquidación caucional por el importe que había debido girarse de no mediado el beneficio, haciéndose constar por Nota Marginal de Afección. Es el único supuesto en que se determina la cantidad de la responsabilidad. Pero ésta se

fija provisionalmente, después si resulta por comprobación un importe superior, se hará constar este importe superior en la nota marginal.

Por lo demás, en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (nota de afección genérica) y AJD con el sistema imperante de autoliquidaciones, la única cantidad que se hace constar es la pagada, precisamente la que ya no vuelve a pagarse. La cantidad que menos interesa. Un planteamiento jurídico poco razonable.

En consecuencia, la responsabilidad de los adquirentes es totalmente indeterminada. El único límite es el valor de la finca.

La seguridad jurídica y los principios hipotecarios son completamente conculcados.

Así, Boletín del Colegio, número 60, 2000. Nota Marginal de Afección Fiscal (BERNAL QUIRÓS, J. J. CASCIARO, MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Libro Homenaje a López Medel*, Tomo II). Tanto en Transmisiones Patrimoniales como en AJD, también en las sucesiones y donaciones (art. 113 de la Norma Foral de 2001 de Sucesiones; art. 122 de la Norma Foral de 2001 de Impuesto de Transmisiones).

Siguiendo a BAS: La carga real que supone la afección sólo desaparece ante el titular del dominio, según el Registro, que tenga la condición de tercero (sentencia de 29 de mayo de 1936), frente al titular de cualquier otro derecho no desaparece, sino que se «posterga». Ese tercero es el que adquiere un derecho, a título oneroso, de buena fe, de persona que lo tenga inscrito y que, a su vez, lo inscribe en el Registro (art. 34 LH).

«No se considera protegido por la fe pública registral el tercero cuando en el Registro conste expresamente su afección» (art. 5 del Texto Refundido, ITP y AJD).

La afección se hará constar por los Notarios por medio de la oportuna advertencia.

Los responsables, tanto en LGT, artículo 41 LGT y artículo 40 de la Norma Foral, tienen derecho de reembolso frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil. Ver artículos 1.158, 1.145, 1.838 y 1.844.

El Fundamento Jurídico directo no es, como algún autor ha señalado, el enriquecimiento injusto, sino la obligación de reembolsar a quien paga por cuenta del deudor, conforme a los preceptos del Código Civil citados.

LA NOTA DE AFECCIÓN

Casos:

1. Autoliquidación (ya visto).
2. Desmembración de dominio.

Pago de la liquidación que a la extinción del usufructo hará constar la Oficina Liquidadora, la que posiblemente proceda según las bases y tipos al momento de la constitución.

3. Otros supuestos de nota son los beneficios fiscales condicionados (art. 37 RGR) y las notas previstas en TP y AJD en garantía de liquidaciones futuras, condicionales suspensivas y en general aquellas liquidaciones cuya eficacia se encuentra suspendida.

El cumplimiento por el contribuyente de cualquier requisito, para el caso de no cumplirse en el plazo señalado por la ley el requisito exigido en ella.

Si no consta en las notas de la Oficina Liquidadora, los Registros practicarán de oficio la Nota Marginal.

La naturaleza jurídica de la nota es confusa, entre sus principales efectos, R. de TEAC de 14 de diciembre de 1988, destaca que no es constitutiva de la garantía de la Hacienda Pública, sino que tiene únicamente carácter informativo, en cuanto advierte de la vinculación de los bienes, al cumplimiento de las obligaciones fiscales, y lo que es más importante, enervamiento de la fe pública registral.

Como garantía indeterminada es contraria a los principios registrales y recibe por ello duras críticas.

Su duración es de cinco años, Hacienda Pública Estatal, salvo beneficios fiscales y desmembración de dominio.

En el ámbito foral son tres años desde la fecha de presentación de la declaración a que se refiere el artículo 105 del Reglamento (4 n del art. 122 Rto.) en Transmisiones Patrimoniales. Y tres años desde su fecha (4 art. 113) en Sucesiones.

La duración de la nota ha sido siempre independiente del plazo de prescripción, porque la nota se practica al inscribir, sin tener en cuenta la fecha de devengo del impuesto. Y, por lógica, la garantía no debiera durar más que la deuda.

Su cancelación se produce (ver RDGRN de 21 de enero de 2002): por pago o transcurso del plazo de caducidad, consentimiento de la Hacienda Pública o resolución judicial que ordene la cancelación.

Por otra parte, atendiendo estrictamente a consideraciones tabulares, la nota marginal como asiento accesorio, puede sostenerse que procede su cancelación si el asiento principal al que acompaña se llega a cancelar. En efecto, la LEC no salva de la cancelación de asientos posteriores estas notas, y la doctrina parece inclinarse a favor de la cancelación.

MEDIDAS CAUTELARES

Los artículos 81 de la Ley General Tributaria y de la Norma Foral nos aproximan a la noción de medida cautelar: «para asegurar el cobro de la

deuda tributaria, la Administración podrá adoptar medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado».

CARACTERÍSTICAS

1. Son temporales y transitorias. Sus efectos terminan en el plazo de seis meses desde su adopción, ampliable mediante acuerdo motivado por plazo máximo de seis meses. Pueden convertirse en embargos, en el procedimiento de apremio o en medidas cautelares judiciales, con efectos desde la fecha de adopción de la medida cautelar primitiva.
2. Son provisionales. En cuanto cesarán cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron la adopción.
3. Son condicionadas y susceptibles de modificación, subordinadas al procedimiento tributario. Pueden sustituirse por otra garantía. Pensemos en los casos de aplazamiento y fraccionamiento de la deuda (art. 82 LGT, párrafo 2), medidas cautelares en sustitución de las garantías previstas en el párrafo anterior (una de ellas la hipoteca), a solicitud del obligado tributario. En este supuesto no será de aplicación la duración de la medida por el plazo de seis meses.
4. Son medidas complementarias de los procedimientos tributarios y, en su caso, judiciales; carecen de independencia procesal.
5. Son susceptibles de alzamiento en la forma prevista en la Ley, cuando el obligado tributario presente aval solidario de entidad de crédito o certificado de seguro de caución (caución sustitutoria).
6. Son proporcionales al daño que se pretende evitar y en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda. En ningún caso se adoptarán las que puedan producir perjuicio de difícil o imposible reparación.
7. Garantizan deudas tributarias vencidas (sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1986, que luego veremos).
8. Tipicidad legal: cualquier otra legalmente prevista (d) artículo 81.
9. Son de oficio, a diferencia de las judiciales. «La Administración podrá acordar», pero téngase en cuenta que la Administración Tributaria es el acreedor, es decir, es parte, por lo que puede considerarse mixta, de oficio, y a instancia y por orden del acreedor.
10. Se anticipan a la ejecución. Podrán hacerse efectivas en cualquier momento del procedimiento (¿acordadas?) anteriores o simultáneamente al procedimiento, pero nunca una vez finalizado el procedimiento.

11. Son motivadas. Deben fundarse en indicios racionales que puedan suponer peligro para el cobro.
12. Su finalidad es aseguratoria del cobro de la deuda tributaria, que puede verse frustrado o gravemente dificultado.
13. Las medidas cautelares deben, según la jurisprudencia, cumplir también con el requisito de la homogeneidad, es decir, no cabe adoptarlas si producen consecuencias que nunca habrían de derivarse de la resolución final.

MEDIDAS CAUTELARES DE EFICACIA REGISTRAL

- A) La anotación P de prohibición de enajenar, gravar o disponer. Su efecto fundamental es que produce cierre registral temporalmente durante la sustanciación del procedimiento. Estas prohibiciones y su anotación decretadas por la Administración, en cuanto limitan el dominio, tienen carácter excepcional.
- B) La anotación preventiva del embargo preventivo. Este es el nombre redundante de la anotación que pasamos a estudiar. El embargo, como se sabe, puede ser ejecutivo o preventivo. El ejecutivo se adopta una vez que se ha obtenido sentencia ejecutoria de condena del demandado, mientras que el preventivo es una medida cautelar que se hace efectiva con anterioridad a la finalización de] proceso principal o procedimiento administrativo (J. C. ERDOZAIN LÓPEZ, *Anotación preventiva de embargo, prelación de créditos y transmisiones a terceros*, E. Aranzadi, 1998).

El embargo preventivo, según el Diccionario de la Lengua Española, preventivo es sinónimo de anticipado, por si acaso; y su anotación es la medida cautelar que mediante el instrumento de la anotación P en el Registro, afectando el inmueble al procedimiento tributario, asegura el cobro de la deuda. Su carácter urgente ha sido destacado por la DGRN en Resolución de 23 de junio de 2000, señalando límites a la calificación registral, doctrina, en mi opinión criticable, pues la urgencia no puede dispensar del cumplimiento de las normas jurídicas. En la jurisdicción civil tiene la misma finalidad de garantía de cumplimiento de la sentencia condenatoria, una prestación pecuniaria (MOLINA, «Consideraciones en torno al embargo preventivo», en *RDP*, 1955).

En el ámbito tributario, el embargo preventivo reúne todas las características expuestas de las medidas cautelares fiscales. Como tal garantía refuerza el derecho de la Hacienda.

Su eficacia no es constitutiva. Se limita como en el embargo ejecutivo (art. 44 LH), a los créditos posteriores a la anotación. Este es el criterio que sostiene, con alguna excepción, el TS y la DGRN.

Con palabras de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861: «Las anotaciones de embargo se limitan a asegurar las consecuencias del juicio».

La anotación hace que el embargo sea oponible a los terceros en la doctrina procesal. PLAZA, al estudiar el embargo preventivo, señala que su finalidad es la de limitar en mayor o menor grado las facultades de disposición del titular de un bien o determinados bienes con el fin de que no se frustre el resultado de un proceso de cognición o ejecución. De este modo, se traba el inmueble del demandado, futuro o presente.

A diferencia de la LEC, artículo 721 y LRJCA de 13 de julio de 1998, en que la anotación se ordena a instancia de parte, la anotación cautelar tributaria es de oficio, ya se dijo, pero obsérvese que la Administración es el acreedor, en definitiva, parte.

La práctica de la anotación debe acomodarse a los principios hipotecarios, en especial prioridad y tracto sucesivo (art. 20 LH).

La medida cautelar debe tener como objeto deudas vencidas. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 31 de enero de 1986, rechaza que se puedan adoptar medidas de aseguramiento concretas y específicas, individualmente determinadas ante obligaciones tributarias no vencidas, que es tanto como decir ante deudas tributarias no devengadas, exigencia coincidente con lo establecido para el aseguramiento de obligaciones de índole privada.

La obligación ha de estar vencida y el tributo devengado. Se halle el tributo liquidado o no, la liquidación determinará el *quantum*. Continúa la sentencia que no cabe el aseguramiento provisional por obligaciones no vencidas y sin audiencia al obligado (art. 149.1.18 de la Constitución Española).

No requieren liquidación: las afecciones legales ni la anotación cautelar. Quiere decirse que las deudas tributarias sin necesidad de liquidación previa pueden garantizarse mediante afección legal o medida cautelar.

La anotación, conforme a la normativa vigente, precisa de la notificación al afectado con expresa mención de los motivos que justifican su adopción (art. 81-1).

La RDGRN de 23 de junio de 2000, anterior a la vigente LGT de 2003, aborda el tema de la declaración de responsabilidad subsidiaria y notificación del acuerdo de derivación de la acción administrativa. Hoy, cuestiones fuera de debate, por estar resueltas en los textos legales vigentes.

Por lo demás, debe reiterarse que la persona contra la que se dirija el procedimiento sea el titular registral (tracto sucesivo, art. 20), y los inmuebles anotados pueden ser enajenados) subordinados siempre al resultado del procedimiento.

La anotación P cautelar puede convertirse en A de embargo, en el procedimiento de apremio, que surtirá efectos desde la fecha de adopción del embargo cautelar.

APÉNDICE

Se transcriben los siguientes artículos del Reglamento General de Recaudación, Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, publicado en el *BOE* el día 2 de septiembre de 2005, referentes a esta materia.

Artículo 64. Derecho de prelación

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, cuando existan anotaciones de embargo en los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles, practicadas con anterioridad a la del crédito de la Hacienda Pública sobre unos mismos bienes embargados, el órgano de recaudación podrá elevar al órgano competente el expediente a efectos de acordar, si procede, el ejercicio de la acción de tercera de mejor derecho en defensa de los intereses de la Hacienda Pública, previo informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico.

2. Cuando en los mencionados Registros consten derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación de embargo a favor de la Hacienda Pública, y existiesen indicios de que dichas inscripciones o anotaciones pudiesen ser consecuencia de actuaciones realizadas en perjuicio de los derechos de la Hacienda Pública, se trasladará copia de la documentación al órgano con funciones de asesoramiento jurídico correspondiente, al efecto de determinar la procedencia, en su caso, de ejercer acciones legales en defensa del crédito público.

Artículo 65. Hipoteca legal tácita

1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se entiende que se exige el pago cuando se inicia el procedimiento de recaudación en periodo voluntario de los débitos correspondientes al ejercicio en que se haya inscrito en el Registro el derecho o efectuado la transmisión de los bienes o derechos de que se trate.

2. Tanto el acreedor hipotecario como el tercero adquirente tienen derecho a exigir la segregación de cuotas de los bienes que les interesen, cuando se hallen englobadas en un solo recibo con otras del mismo obligado al pago.

3. En orden a la ejecución de la hipoteca legal tácita se aplicará el artículo 74.4.

Artículo 66. Otras hipotecas y derechos reales en garantía de los créditos de la Hacienda Pública

1. Para tener igual preferencia que la indicada en el artículo anterior, por débitos anteriores a los expresados en el apartado 1 o por mayor cantidad de la que de éste resulta, podrá constituirse voluntariamente por el deudor o ser exigida por la Hacienda Pública la constitución de hipoteca especial. Esta hipoteca surtirá efecto desde la fecha en que quede inscrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 de la Ley Hipotecaria.

2. En relación con otras deudas se podrá constituir voluntariamente, como garantía en favor de la Hacienda Pública, en los casos de aplazamiento y fraccionamiento o en los demás supuestos previstos en la normativa que resulte de la aplicación, hipoteca inmobiliaria, hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento de la posesión o cualquier otro derecho real de garantía.

3. Si la garantía se hubiese constituido unilateralmente, su aceptación se haría por el órgano competente mediante documento administrativo, cuyo contenido se haría constar en el Registro correspondiente.

Con carácter previo se podrá solicitar informe al órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la suficiencia de la garantía.

La Hacienda Pública, en su caso, autorizará la cancelación de la garantía en la misma forma establecida para la aceptación.

4. La ejecución de estas garantías se efectuará conforme a lo establecido en el artículo 74.

Artículo 67. Afección y retención de bienes

1. Para el ejercicio del derecho de afección se requerirá la declaración de responsabilidad subsidiaria en los términos establecidos en los artículos 174 y 176 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La nota marginal de afección será solicitada expresamente y de oficio por el órgano competente, a menos que la liquidación se consigne en el documento que haya de acceder al Registro; en tal caso, la nota de afección se extenderá directamente por este último sin necesidad de solicitud al efecto.

2. El derecho de retención se ejercerá por los órganos a los que se hayan presentado o entregado las mercancías.

Artículo 77. Concurrencia de embargos

1. Cuando concurra con otros procesos o procedimientos singulares de ejecución, el procedimiento de apremio será preferente si el embargo efectua-

do en el curso de este último es el más antiguo. A estos efectos, se estará a la fecha de la diligencia de embargo del bien o derecho.

2. Cuando sobre los bienes embargados por la Hacienda Pública o sobre los que se hubieran constituido garantías a favor de ésta existan derechos inscritos o anotados con anterioridad a favor de otros acreedores, podrá aquélla subrogarse en dichos derechos mediante el abono a los acreedores del importe de sus créditos cuando estos sean sustancialmente inferiores al producto que previsiblemente pueda obtener la Hacienda Pública de la enajenación de los bienes. Para ejercer esta subrogación, el órgano de recaudación que tramite el procedimiento de apremio formulará la correspondiente propuesta, que deberá ser autorizada por el órgano competente.

Las cantidades abonadas por ese concepto tendrán el carácter de costas del procedimiento, a cuyo pago se aplicarán con carácter preferente las cantidades que la Hacienda Pública obtenga de la enajenación forzosa del bien embargado.

3. Cuando los bienes embargados sean objeto de un procedimiento de expropiación forzosa, se paralizarán las actuaciones de ejecución de los bienes afectados y se deberá comunicar a la Administración expropiante el embargo de los pagos a realizar al expropiado. A efectos de continuar o no el procedimiento ejecutivo respecto de otros bienes del obligado al pago, se considerará realizado el embargo por el precio firme del bien expropiado. Cuando el precio no sea firme, se considerará realizado el embargo por la parte en que exista acuerdo y, de no haberlo, por el precio ofrecido por la Administración expropiante.

Artículo 83. Embargos de bienes inmuebles y de derechos sobre éstos

1. El embargo de bienes inmuebles y derechos sobre éstos se efectuará mediante diligencia, que especificará las circunstancias siguientes:

- a) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa del titular y, en su caso, del poseedor de la finca embargada, número de identificación fiscal de ambos y cuantos datos puedan contribuir a su identificación.
- b) Si se trata de fincas rústicas: naturaleza y nombre de dicha finca, término municipal donde radique y situación según se nombre en la localidad, linderos, superficie y cabida, e identificación registral y catastral, si constan.
- c) Si se trata de fincas urbanas: localidad, calle y número, locales y pisos de que se componen, superficie e identificación registral y catastral, si constan.

- d) Derechos del obligado al pago sobre los inmuebles embargados.
- e) Importe total del débito, concepto o conceptos a que corresponda e importe de la responsabilidad a que se afecta el inmueble por principal, recargos, intereses y costas, con la advertencia de que podrá extenderse a los intereses que puedan devengarse hasta que concluya la ejecución y a las costas de ésta.
- f) Advertencia de que se tomará anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad a favor del Estado o, en su caso, de la entidad u organismo titular del crédito que motiva la ejecución.
- g) De constar fehacientemente, estado civil y régimen económico del matrimonio.

2. En el momento de notificarse la diligencia de embargo, según lo dispuesto en el artículo 76, se requerirán los títulos de propiedad a los titulares de los bienes o derechos.

3. Si debiera practicarse deslinde, el órgano de recaudación competente podrá optar por el nombramiento de un funcionario técnico adscrito a dicho órgano o por la contratación de los servicios de empresas especializadas. En ambos casos, el deslinde se realizará en el plazo de quince días.

Artículo 84. Anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de los embargos de bienes inmuebles y de derechos sobre éstos

1. La Administración solicitará que se practique anotación preventiva del embargo de bienes inmuebles y derechos sobre éstos en el Registro de la Propiedad que corresponda.

2. A tal efecto, el órgano de recaudación competente expedirá mandamiento dirigido al Registrador con sujeción a lo dispuesto en la legislación hipotecaria y a lo que se establece en los artículos siguientes, en el que se solicitará, además, que se libere certificación de las cargas que figuren en el Registro sobre cada finca, con expresión detallada de aquéllas y de sus titulares, con inclusión en la certificación del propietario de la finca en ese momento y de su domicilio.

A la vista de tal certificación, se comprobará que se han efectuado todas las notificaciones exigidas por la normativa. En su defecto, se procederá a practicarlas.

3. Si la liquidación apremiada se refiere a tributos sin cuyo previo pago no pudiese inscribirse en el Registro el acto o negocio jurídico que la originó, al llegar el procedimiento a la fase de embargo se procederá de la forma siguiente:

- a) El órgano de recaudación que tramite el expediente propondrá el aplazamiento del pago de dicha liquidación al órgano competente para resolverlo a los solos efectos de la inscripción de los bienes y de la anotación preventiva de su embargo a favor de la Hacienda Pública. El acuerdo de aplazamiento se haría constar en los documentos que hubiesen determinado la liquidación del tributo y por virtud de los cuales deba practicarse la inscripción en el Registro.
- b) Dichos documentos y el mandamiento de anotación preventiva de embargo serán presentados al Registrador de la Propiedad, el cual, una vez practicada la inscripción del derecho del obligado al pago con la mención de que el pago de la liquidación queda aplazado, procederá de forma inmediata a anotar el embargo.
- c) Si la liquidación del tributo se practicó sobre documentos que no pudieran ser objeto de inscripción por ser copias no auténticas de los originales o matrices, se solicitará de los notarios o funcionarios que hubieran autorizado aquellos documentos la expedición de copia auténtica en la cual se consignará el acuerdo de aplazamiento.
- d) Cuando se produzca la enajenación de los bienes embargados, el precio obtenido se aplicará a pagar la liquidación y demás responsabilidades que procedan, incluidos los intereses de demora que puedan devengarse hasta que concluya la ejecución y a las costas de ésta. El documento acreditativo de dicha aplicación será presentado en el Registro y producirá la cancelación del embargo y de las notas de aplazamiento. En el documento público de venta se harían constar tales extremos.

Si se acuerda la adjudicación de bienes a la Hacienda Pública o al ente público acreedor, el documento acreditativo de la adjudicación producirá los mismos efectos que los indicados en el apartado anterior.

Artículo 85. Requisitos de los mandamientos para la anotación preventiva de los embargos de bienes inmuebles y de derechos sobre éstos

Los mandamientos para la anotación preventiva de embargo contendrán:

- a) Certificación de la providencia de apremio y de la diligencia de embargo del inmueble o inmuebles de que se trate, con indicación de las personas o entidades a las que se ha notificado el embargo y el concepto en el que se les ha practicado dicha notificación.
- b) Descripción del derecho que tenga el obligado al pago sobre los bienes embargados.

- c) Nombre y apellidos o razón social o denominación completa, en su caso, del poseedor de las fincas a las que se refiera la notificación.
- d) El importe total del débito, concepto o conceptos a que corresponda, e importe de la responsabilidad a que se afecta el inmueble por principal, recargos, intereses y costas.
- e) Que la anotación deberá hacerse a favor del acreedor.
- f) Expresión de que la Administración no puede facilitar, en el momento de la expedición del mandamiento, más datos respecto de los bienes embargados que los contenidos en éste.

Artículo 86. Presentación de los mandamientos en el Registro de la Propiedad

1. Los mandamientos se presentarán por triplicado en los Registros de la Propiedad. Los Registradores devolverán en el acto uno de los ejemplares con nota de referencia al asiento de presentación del mandamiento, y otro, en su día, con la nota acreditativa de haber quedado extendida la anotación oportuna o de no haber podido practicarse, expresando detalladamente, en este caso, no sólo los defectos advertidos, sino también la forma y medio de subsanarlos. El tercer ejemplar del mandamiento quedará archivado en el Registro.

2. Si la finca o fincas no constasen inscritas o no fuese posible extender la anotación por defecto subsanable, se tomará razón del embargo y se haría constar así en la contestación al mandamiento.

3. La presentación de los mandamientos al Registro podrá efectuarse por fax o por medios telemáticos en la forma determinada por la normativa aplicable.

4. Cuando lo exijan las actuaciones del procedimiento de apremio, se presentará mandamiento en el que se solicite la prórroga de las anotaciones preventivas de embargo de acuerdo con lo dispuesto en la legislación hipotecaria.

Artículo 87. Incidencias en las anotaciones preventivas de embargo en el Registro de la Propiedad

1. En el caso de que los Registradores de la Propiedad devuelvan el mandamiento en el que manifiesten haber suspendido la anotación por defecto subsanable, se procederá a subsanarlo en el acto, si es posible, o en un momento posterior, dentro del plazo establecido en la legislación registral.

2. Con el fin de evitar la caducidad de la anotación efectuada por defectos subsanables establecida en la legislación hipotecaria, el órgano de recaudación competente solicitará, si es necesario, la prórroga que en aquella se autoriza.

3. En caso de disconformidad con la decisión del Registrador, se trasladarán las actuaciones al órgano con funciones de asesoramiento jurídico a efectos de la interposición, si procede, de recurso contra la calificación registral.

Artículo 88. Contestaciones de los Registradores

1. Los Registradores de la Propiedad practicarán los asientos que procedan y expedirán las certificaciones que interesen al procedimiento ejecutivo dentro de los plazos establecidos en la legislación hipotecaria.

Al expediente de apremio quedarán unidas la contestación del Registrador de la Propiedad al mandamiento de anotación preventiva de embargo y la certificación relativa a las cargas y gravámenes que afecten a los inmuebles.

2. La Hacienda Pública podrá ejercitar las acciones civiles que la Ley autoriza para obtener la indemnización de daños y perjuicios a que pudiera dar lugar la dilación injustificada de los Registradores en la práctica de los servicios que les encomienda este reglamento.

3. Las dilaciones reiteradas que entorpezcan el procedimiento de recaudación serán comunicadas al Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para su traslado a la Dirección General de los Registros y del Notariado a los efectos que procedan.

Artículo 110. Inscripción y cancelación de cargas

1. Los bienes inmuebles adjudicados a la Hacienda Pública serán inscritos en el Registro de la Propiedad en virtud de certificación expedida por el órgano de recaudación competente, en la que se harían constar las actuaciones del expediente y los datos necesarios para dicha inscripción, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 26 del Reglamento Hipotecario, aprobado por el Decreto de 14 de febrero de 1947.

2. Asimismo, se expedirá mandamiento de cancelación de las cargas posteriores con relación a los créditos ejecutados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175, regla 2.^a del reglamento citado.

Artículo 111. Escritura pública de venta y cancelación de cargas

1. El adjudicatario podrá solicitar expresamente en el acto de la adjudicación el otorgamiento de escritura pública de venta del inmueble.

Con carácter previo a dicho otorgamiento, se remitirá el expediente al órgano con funciones de asesoramiento jurídico para que emita el preceptivo informe en el plazo de cinco días desde la fecha de recepción del expediente de referencia. El órgano de recaudación competente dispondrá lo necesario para que se subsanen los defectos que se observen.

2. Una vez devuelto el expediente por el órgano con funciones de asesoramiento jurídico, con informe de haberse observado las formalidades legales en el procedimiento de apremio, deberán ser otorgadas las escrituras de venta de los inmuebles que hubieran sido enajenados dentro de los quince días siguientes, previa citación debidamente notificada a los obligados al pago o a sus representantes si los tuviesen.

Si no comparecieran a la citación, se otorgarán de oficio tales escrituras a favor de los adjudicatarios por el órgano competente, que actuará en sustitución del obligado al pago, haciéndose constar en ellas que queda extinguida la anotación preventiva hecha en el Registro de la Propiedad a nombre de la Hacienda Pública.

3. Asimismo, se expedirá mandamiento de cancelación de las cargas posteriores con relación a los créditos ejecutados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 175, regla 2.^a del Reglamento Hipotecario.

Artículo 112. Levantamiento del embargo

1. Una vez cubiertos el débito, intereses y costas del procedimiento, el órgano de recaudación levantará el embargo sobre los bienes no enajenados y acordará su entrega al obligado al pago.

2. Si finalizados los procedimientos de enajenación y, en su caso, adjudicación a la Hacienda Pública, quedarán bienes muebles sin adjudicar, quedarán a disposición del obligado al pago.

JUAN ANTONIO LEYVA DE LEYVA
Registrador de la Propiedad

Garantías de los derechos de los inmigrantes. Referencia especial a la familia y educación

SUMARIO: 1. FUENTES Y PRINCIPIOS.—2. EDUCACIÓN E INMIGRACIÓN: 2.1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REALIZACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA INMIGRACIÓN. 2.2. GLOBALIZACIÓN, MULTICULTURA Y EMIGRACIÓN. 2.3. LA GLOBALIZACIÓN COMO INTERCAMBIO O INTERDEPENDENCIA DE IDEAS O DE REALIDADES.—3. ABSTRACCIÓN Y CONCRECIÓN EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DEL INMIGRANTE: 3.1. CRITERIOS LEGALES. 3.2. NORMATIVA ESPECIAL. 3.3. NORMATIVA ESPAÑOLA: 3.3.1. *De carácter general*. 3.3.2. *Igualdad formal, igualdad material e integración: enseñanza estatal y no estatal-concertada*.

1. FUENTES Y PRINCIPIOS

El planteamiento de esta cuestión inicial ha de tener, entre otros, tres tipos de parámetros:

1.1. El referente a la *doctrina general de los derechos humanos*, partiendo —sin ir demasiado atrás— de la Declaración Universal de 1948, no tanto para situarlo —allí— como fuerza y frontispicio de que a través de la educación habrá de lograrse la Paz, la Libertad y la Justicia, en las Naciones Unidas que, por entonces, nacían tras la II Guerra Mundial. Sobre todo para vislumbrar, ya entonces, el sentido *ex novo* o potencial de los derechos y libertades, que es el caso del derecho a la educación que brota al tiempo de un derecho a la vida, derecho al trabajo y derecho a la promoción social o igualdad de oportunidades.

1.2. El *análisis de las situaciones concretas*. Son las que se van afectando a la sociedad en una fenomenología que abarca a la persona humana en sus propias singularidades. Son los casos del inmigrante y el de la misma sociedad ante el cambio o realidades nuevas. Aquí podría estar el tema de la globalización que, si es solidaria, en el pensamiento de JUAN PABLO II puede

tener un valor primordial para consolidar el derecho a la educación, y de manera específica el de los inmigrantes. Y aquí se encuentra, también, sin ser exhaustivo, toda la problemática de lo familiar, o del llamado, por GARRIDO DE PALMA, *Derecho de la Familia*, mejor que un «Derecho de Familia». Siendo la familia la primera célula educadora o más claramente si «*la familia es escuela*», al poner sobre el tapete problemático las situaciones familiares del inmigrante, más allá o junto al derecho al trabajo, es cuando encontraríamos el asidero de la igualdad y el de la adecuación (vid. nuestras obras *La familia, célula de sociedades intermedias*, Madrid, 1959, y *La familia, sujeto de derechos*, Congreso Internacional de la Familia, Santiago de Compostela, 1995).

1.3. Un tercer parámetro hay que situarlo en las *normativas internacional y nacional*, ante la cual se ha de trazar, primero, la manifestación de aquel derecho dentro de una coyuntura nacional o interior, en la sociedad en la que el hijo del inmigrante —alumno potencial— ha de integrarse necesariamente. Y segundo, la identificación e integración en el contexto escolar, que no pueda suponer, a su vez, un desplazamiento o desconexión con los derechos y oportunidades escolares de los propios nacionales. Naturalmente que todo eso implica toda una *Política Social sobre la Inmigración*, que puede ser uniforme. Y, además, una *Política Educativa* adecuada y que tampoco es unívoca, al igual que ocurre con las soluciones. En este terreno, más práctico, se puede intentar alcanzar una legislación comparada, supranacional u orientadora, al tiempo que, de otro lado, pueda pretenderse una política escolar, que tenga en cuenta los derechos a la educación de los inmigrantes, en equilibrio o conexión con los de los «nacionales». También la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, o de los tribunales constitucionales nacionales, o los criterios de la UNESCO, o del Consejo de Europa, pueden ayudar a ese objetivo (vid., no obstante, nuestra obras *El derecho al estudio*, Madrid, 1.^a edición, 1961; 2.^a edición, 1970, y *Sistemas comparativos del derecho al estudio*, Madrid, 1961).

Como no podemos extendernos en todos los puntos, vamos a hacer una referencia general en los primeros apartados 2.1 y 2.2, para extendernos algo más en el 3, dejando el tema abierto a aportaciones comparadas que surjan con posterioridad.

2. EDUCACIÓN E INMIGRACIÓN

2.1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA REALIZACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA INMIGRACIÓN

Si el derecho a la educación es «histórico», es decir, no nace tan primariamente como el derecho a la vida, u otros derechos más ligados sustancial-

mente a la dignidad de la persona humana, mucho más éste de un derecho a la educación, cuyos sujetos titulares sean hijos de inmigrantes, o los emigrantes mismos (vid. la Convención relativa a las discriminaciones en la enseñanza, Unesco, 14-12-1960).

En todo ello rezuma una experiencia personal de promoción social, no referida a un contexto supranacionalismo interior, es decir, la persona —el joven— que necesita tener igualdad de oportunidades en una esfera distinta y superior que la de los padres. Cabe el desplazamiento familiar para asentarse allí en donde las posibilidades de estudios sean más factibles. O instrumentar por el trabajo personal o por determinadas ayudas —sistemas de becas, etc.—, propiciando la viabilidad de un derecho al estudio o a una igualdad de oportunidades para ello (vid. el trabajo de ISABEL COUSO, «Mujer, educación e integración», en Revista «*Torre de Lujanes*», núm. 51, junio de 2004, págs. 73 y sigs.).

Esto es importante porque, en mayor o menor medida, esa doble dimensión va a darse en la educación del hijo del inmigrante, que se posiciona, bien como derecho de la familia, bien como derecho personal del joven para desarrollar su fuerza intelectual y profesional alejado de su contexto familiar. Es lo que se llamaría, clásicamente, como *igualdad de oportunidades*, que es tanto como decir, *oportunidades para la igualdad*, que luego, en la terminología pontificia, se ha llamado «*desarrollo*».

Por lo tanto, el derecho a la educación debe situarse en la Filosofía y Política de los Derechos Humanos, es decir, personalista y no estatista, en tanto en cuanto nace de la persona, vinculadas a una familia que trabaja —el pensamiento de BATTAGLIA es en este punto fundamental— y que por eso mismo le debe permitir situarse diferentemente en la comunidad desde la propia familia, es decir, con los hijos, que, a su vez, también son personas, potencialmente llamadas a insertarse en la sociedad, tanto y más o mejor, en cuanto se lo permita su formación, su instrucción, su educación (vid. nuestro libro *Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural*, Madrid, 1976). Aparentemente es un derecho humano bifronte porque guarda relación con los derechos de la familia (emigrante) y los del niño-joven-alumno, los cuales, potencialmente, van desarrollándose o haciéndose viables en las comunidades extranacionales concretas, y dentro de los múltiples supuestos inmigratorios en la sociedad moderna.

2.2. GLOBALIZACIÓN, MULTICULTURA Y EMIGRACIÓN

Al estudiar nosotros el fenómeno de «El 11-S: causas y efectos ético-morales, jurídicos, sociales y políticos» (*Anales de la Real Academia de Doctores*, vol. 7, págs. 69-83, 2003), analizábamos el hecho de la globaliza-

ción, lo multicultural y la emigración. Traemos la cita porque puede ser pauta para indicar que el derecho a la educación ha de moverse dentro de una problemática social específica. Siguiendo a MAX SCHELER, sería como tratar de indagar el «puesto del inmigrante en el mundo escolar». No podemos aquí agotar cuáles sean esos supuestos reales. Lo que importa es conocerlos —sobre todo para el ejercicio de tal derecho—. Precisamente el examen más profundo podría llevarnos a determinar pautas, a clarificar algunas actitudes, o a potenciar algunos principios y valores que puedan formularse como criterios generales y básicos. Sobre todo ante una modalidad del derecho a la educación del inmigrante, que ha renacido con cierta virulencia, toda vez que el hecho inmigratorio se ha acentuado precisamente por la fuerza de la globalización, del multiculturalismo, y del avance y presencia de lo islámico en la sociedad contemporánea. Es curioso advertir en poco tiempo, cómo las librerías más prestigiosas de Europa dedican stands especiales de literatura y ciencia «teológica», sobre el Islam (vid. especialmente, F. PERIONES, *Islam. Storia, doctrina. Rapporti con il cristianismo*, Milán, 2004).

2.3. LA GLOBALIZACIÓN COMO INTERCAMBIO O INTERDEPENDENCIA DE IDEAS O DE REALIDADES

De otro lado, se presenta una guerra, ya no como convencional, y convierte el terrorismo como arma o instrumento bélico-religioso. En el terrero de los derechos humanos, lo que produce es acelerar su inmediatez e incrementar su contenido. En Porto Alegre empiezan a dilucidarse las tendencias moderadas o radicales. Es decir, una globalización con rostro humano (vid. ISABEL GARRIDO, *Globalización y derechos humanos*, conferencia en la Sociedad de Estudios Internacionales, Madrid, 2003).

La sociedad «multiétnica» es el título de la obra de GIOVANNI SARTORI (Madrid, 2002), con varios capítulos de interés a los efectos de nuestras reflexiones: 2. «Escuela, Israel, integración». 5. «Derechos humanos, derechos del hombre, derechos del ciudadano», páginas 27-53. La pregunta es —pág. 24—: *Una vez instalados en Europa, ¿cómo girará el «emigrante islámico»?* Hay tesis, a veces contradictorias. La complejidad y dificultad se manifiestan en BENVENUTO —la revancha implícita del islámico—, o SAMIDT —sacerdote árabe de Beirut—, quien en síntesis, con moderación, entiende que el camino que lleva a un Islam tolerante está claro: no renunciar a ninguna adquisición de la civilización occidental.

Podría decirse que nos hemos colocado en una situación inmigratoria límite, la que emana de lo islámico. Con independencia de que tal realidad no es exclusiva de Europa, ni del mundo anglosajón, el mosaico en que se mueve la situación intereuropea e islámica en España es un horizonte que nos debe

interesar para afrontar más ampliamente el fenómeno de la emigración en la complejidad, no sólo interreligiosa, sino también la más próxima a una inmigración, como puede ser —ya anticipamos— la que para nosotros representa la procedente de Europa, y sobre todo, Hispanoamérica. Es decir, aquélla en la que no se dan esas aristas con tanta acritud. En este terreno sería interesante recordar el problema, en el caso francés, para la prohibición del velo en las escuelas, y que ha dado lugar a tanta literatura jurídica, política y escolar, desde que el Consejo de Estado francés, en noviembre de 1989, emitió el Avis 346.893, sobre el uso por alumnos de signos que manifiestan su pertenencia a una religión, y situarlos o no como incompatible con el principio de laicidad, que otros llaman, sofisticadamente, «neutralidad», y que dio lugar a la Circular de JOSPIN, de 12-12-1989, para el ejercicio del citado Avis, objeto, además, de permanente discusión, de nuevos avis, etc. (vid. RIVAS PALA, «Laicismo y sociedad liberal. Notas sobre la prohibición del *foulard islamique* en las escuelas francesas», en la revista *Poder Judicial*, núm. 73/2004, págs. 217 y sigs.): Nosotros hemos estudiado el tema general escolar de manera monográfica en «El hecho educativo en una sociedad multicultural», en *Anales de la Real Academia de Doctores*, vol. 4, páginas 83-97, 2000, con una amplia bibliografía, analizando los diferentes tipos de escuelas, especiales de ámbito internacional, y los fenómenos de recíproca aproximación educativa en las diversas civilizaciones.

3. ABSTRACCIÓN Y CONCRECIÓN EN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DEL INMIGRANTE

Con la propia rúbrica de este apartado hemos querido reflejar —y distinguir— en la normativa apropiada esos dos tipos de ordenamientos.

3.1. CRITERIOS LEGALES

Habría que partir del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, antes aludida, y que nosotros, a otros fines hemos estudiado ampliamente. Obra de las Naciones Unidas, vigente y ratificada por la mayor parte de los Estados. Declara la generalidad del derecho a la educación, la gratuidad y extensión de la escuela, e incluso la prioridad de los padres en orden a la educación de sus hijos, prioridad o preferencia —en la versión francesa— que en su momento produjo una conmoción en los pedagogos (vid. nuestra obra: *¿Adónde va la educación. La familia es escuela?*, ediciones primera y segunda, 1987, y tercera, 1982, Zaragoza), y especialmente de PIAGET. Esa universalidad de tal derecho fue corroborada por los Pactos Internacionales Sociales, Económicos y Culturales de 1966. De ahí

que se parta, respecto al inmigrante, de aquel principio (vid. *Estado, educación y sociedad. El mundo de la escuela libre*, en colaboración con GOZZER, *Sociedad Española para los Derechos Humanos*, Madrid, 1985).

Dentro de este grupo de principios generalistas, y en este caso doctrinales, tendríamos que situar el pensamiento de la Iglesia católica en la encíclica de JUAN PABLO II, *Laborem Exercens*, y en el documento *Familiaris consortio*, en tanto en cuanto la familia inmigrante es la titular de los derechos que pueden contribuir a su desarrollo y bienestar, por el trabajo, que es lo que permite y estimula la educación de sus hijos.

Una segunda fuente, más aproximativa, la encontramos en los *Convenios Internacionales* o de ámbito intercontinental o interamericano —especialmente por ser el continente que ha tenido mayor flujo de emigración, sea para el mundo anglosajón, sea para el hispánico. En aquellos textos internacionales, casi siempre, hay reglas más precisas a los efectos de los derechos de los trabajadores inmigrantes, en materia escolar, buscando soluciones pragmáticas, con más o menos limitaciones. Incluso, en ocasiones, tiene un alcance más limitado, como fueron, en el caso de España, los convenios con Alemania, en el que se incluían las formas de que los hijos de los emigrantes tuvieran acceso a la escuela. Otro tanto ha ocurrido —y seguirá ocurriendo con los trabajadores italianos—. De ahí que la generalidad de tales principios o acuerdos se haya interpretado o entendido a través de la jurisprudencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que luego, a su vez, ha sido fuente de normativas internas o comparadas.

Y una tercera fuente hay que verla, con carácter más amplio, en la *normativa general de educación*. Cuando se acepta la doctrina de los derechos humanos de 1948, y los tratados internacionales en las leyes específicas de cada país, en materia de educación, se han de prever los efectos escolares que pueden derivarse, o la manera de darse para el emigrante. Con más o menos generosidad o extensión, derivada también del alcance con que se configure el trabajo o la actividad que procede de la emigración.

3.2. NORMATIVA ESPECÍFICA

No se ha llegado aún a que el derecho a la educación del emigrante residente haya pasado a los Códigos Civiles internos, como situación, para los que sin ser «nacionales» se incorporen, al menos potencialmente. En el Congreso Internacional de la Familia, celebrado en Puerto Rico, en 1990, se llegó, por algunos representantes a aquella posición (vid. nuestra ponencia, «La familia, sujeto de derechos», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, 1995. También en el trabajo, «La familia intergeneracional», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005).

Pero, independientemente de lo anterior, destacamos estas situaciones:

- a) En los Tratados de la Unión Europea, desde el de Roma, París, etc., existían determinadas cláusulas concernientes a la inmigración, dentro de los países que iban formando la Comunidad Europea. Incluso hay una jurisprudencia comunitaria para suplir la ausencia de unas reglas específicas, aunque por afectar a derechos fundamentales habrán de tener solución cuando el Estado de origen, el de residencia y el de los hijos puedan producir una indefensión o inviabilidad de tales derechos escolares.

Hay que mencionar, de otro lado, el Tratado de Maastricht, el cual, en sus artículos 126, 127 y 128, regula una enseñanza de calidad, la formación profesional y la cultura, tema desarrollado por nosotros en el Discurso de Ingreso en la Real Academia de Doctores de España, bajo el título *Hacia un nuevo derecho a la educación. Principios filosófico-jurídicos y comunitarios en la política educativa de la Unión Europea*, contestado por FRAGA IRIBARNE, Madrid, 1995.

Aparte de estas otras consecuencias, como veremos luego, la calidad de la enseñanza va a afectar a la profundidad del derecho escolar del inmigrante, en cuanto a las exigencias escolares, que no termina con los primeros estudios obligatorios, y además a los centros concertados de iniciativa privada.

- b) Otra fuente normativa debe encontrarse en el *Proyecto de Tratado para establecer una Constitución Europea*, que ha de ser sometido a aprobación —por *referendum* o por los parlamentos nacionales— a lo largo de 2005 y 2006, propiciando lo que se ha venido en llamar *la dimensión europea de la educación*. En la parte segunda, al recoger la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, se alude a las competencias y misiones, según tradiciones constitucionales —Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Cartas Sociales y jurisprudencia internacional y europea (vid. nuestro trabajo «La Constitución europea como instrumento jurídico», en *Noticias de Europa*, diciembre de 2005). Ya en el texto habría que citar el artículo II.74: «*Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente, y a recibir enseñanza gratuita*». (Esto dentro del ámbito de la Unión Europea, y para sus «ciudadanos».) Naturalmente, visto el tema dentro de una libertad profesional y derecho al trabajo, e incluso —art. 75.3— se habla de «*trabajadores de terceros países en condiciones laborales equivalentes a las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión*». (De ahí la posibilidad de ensanchar el campo de los derechos educativos a los no pertenecientes a la Unión, lo que es importante.) Habrá de tenerse en cuenta lo establecido en la parte III

del Tratado: «*De las políticas y el funcionamiento de la Unión*», artículo III.117, al referirse a la protección social y promoción de empleo, atendiendo a «*un nivel elevado de educación, formación...*», sin discriminación (arts. III.8 y III.124). De manera particular, las medidas para propiciar —por leyes o por leyes marco europeas— la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Este último precepto nos parece fundamental para orientar los criterios prácticos del resto de las naciones no comunitarias (vid. el trabajo de ORDÓÑEZ SOLÍS, «Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la unión Europea», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1983, Madrid, 2005, págs. 5 y sigs.).

3.3. NORMATIVA ESPAÑOLA

3.3.1. *De carácter general*

«*Ciudadanos de la Unión Europea*». La palabra individuos —en la terminología del Tratado para la Unión Europea— hay que sustituirla por la de «ciudadanos». Por lo tanto, no se podrá distinguir, como tal, derecho a la educación del emigrante y del nacional. Habrá que aplicar las normativas general y especial europeas. Esto es importante porque, a su vez, en virtud de pactos y convenios con otros países, especialmente hispanoamericanos, se pueden ampliar —*inter partes*— los beneficios educativos derivados para los ciudadanos de la Unión. En este sentido, cabe prever un «puente» inicial, que aunque no obligare directamente a la Unión, permitiera, progresivamente, ir ensanchando su ámbito Iberoamérica-Unión Europea. Aquí puede existir una buena fuente de expansión concreta del Derecho, potencialmente creador, a la educación del inmigrante. Acaso podría ir por allá el futuro, especialmente respecto a Hispanoamérica, y el mundo anglosajón.

Esa criteriorología, aparentemente concreta, tiene la fuerza expansiva del artículo 13.1 de la Constitución Española: «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*». Este precepto es básico y hay que contemplarlo en relación a la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que fue desarrollada por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. (A su vez, hay que relacionar tales preceptos con la legislación orgánica en materia de enseñanza y en particular con la Ley Orgánica de

Calidad de la Enseñanza, suspendida en algunos preceptos y posteriormente sustituida por la tan discutida LOE. Vid. nuestra obra *Libertad y derecho a la enseñanza de la religión*, Madrid, 2004.)

Según el artículo 9 de la LO 4/2000:

«1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

2. Los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

3. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes».

Del mencionado Reglamento de Extranjería, citado anteriormente, hay que partir del título III, «*la estancia en España*», en cuanto a sus requisitos y procedimiento; del título IV, «*residencia temporal*» (sección primera), y en especial de la «*residencia temporal por agrupación familiar*» (sección segunda). Ahí es cómo se puede detectar la viabilidad práctica del derecho escolar de los hijos, según cómo se ejerza la patria potestad, la residencia, la edad, etc. La dependencia económica y los estudios de los hijos figuran siempre como circunstancias que llevarán consigo, en su caso, a su vez, la determinación para la escolarización de aquellos que están a su cuidado. También pudiera plantearse este tema, en lo que EMBID IRUJO ha denominado «Minorías sociales y derecho a la educación. Consideración especial a los extranjeros y su acceso y permanencia en la Universidad», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, septiembre de 2004, págs. 375 y sigs.

3.3.2. *Igualdad formal, igualdad material e integración: enseñanza estatal y no estatal-concertada*

En el Derecho interno español hace tiempo que la aplicación analógica del escolar extranjero —ya no el meramente europeo y el español— en cuanto a la igualdad formal, ha carecido de problemas. La cuestión ha sido

más delicada a propósito de la igualdad material, en tanto en cuanto pudiera haber o no una discriminación —negativa o positiva— respecto a los nacionales.

Indudablemente la preocupación que late en diversas resoluciones y sentencias es tratar de lograr un equilibrio que haga viable el derecho a la educación, como instrumento de integración misma de la familia reagrupada. La cuestión en España ha venido además predeterminada por la exigencia de ese derecho, con la mayor extensión y profundidad que se pueda, dados los dos modelos que tenemos en la enseñanza no obligatoria y gratuita: la de iniciativa estatal o la de iniciativa no estatal y concertada. ¿Qué ocurre, o qué está ocurriendo? Pues que la opción de los hijos de emigrantes se dirige fundamentalmente a centros no estatales concertados, en su mayor parte religiosos, salvo los procedentes de países islámicos, exigiendo una educación de calidad, espíritu que está también en la Unión Europea. Y ahí viene la posible colisión, en el ejercicio de parecidos derechos por los «nacionales» y los «inmigrantes». La potencialidad de ese derecho humano tiende a hacerse más pleno, no limitándose a usar la escuela pública, precisamente cuando la enseñanza concertada, más solicitada —y de coste, por cierto, de financiamiento inferior a la del Estado— resulta entonces que se limitan sus posibilidades por el «número de alumnos por aula», o «número de aulas por centro».

En virtud de convenios autonómicos, pues en esta materia hay asunción de competencias por las Comunidades Autónomas, se suelen imponer unos mínimos o cupos para niños de familias reagrupadas. Una criteriología que no tiene ninguna normativa general, sino que obedece a peculiaridades o arbitrariedad de los órganos autonómicos singulares. Porque falta, previamente, un cuadro básico para la determinación del cupo o criterios para la inmigración misma en virtud de planes concretos. Y en todo caso, una conexión entre las Administraciones Públicas competentes en materias de Emigración y de Educación, y éstas, a su vez, con los instrumentos de financiamiento correspondientes.

Por más literatura jurídica —y la hay abundante— para conjugar igualdad formal-material y no discriminación, si no hay una voluntad pública de integración social, no de carácter ideológico o electoral, difícilmente podrá llevarse a nivelar los esfuerzos de las familias españolas, con las procedentes de la inmigración, para que el ejercicio de unos y otros derechos no entren en colisión (vid. BARROSO, «Profesores, recursos, itinerarios, pruebas para integración de inmigrantes», en *ABC* de 22-2-2005).

La integración social del hijo del emigrante puede verse influenciada por circunstancias ideológicas o religiosas. Ya hemos recordado el caso de la prohibición del velo en Francia o la simbología religiosa en las escuelas. Éstas, a su vez, han de mantener su propia identidad, su sello, su calidad, que es lo que provoca la elección del centro. Habrá de emplearse mucha cautela

y prudencia en tal sentido. Porque una cosa es exigir ese derecho, y otra es sincronizarlo y adecuarlo a la propia realidad social. (Un tribunal inglés, recientemente, ha permitido a SHABIAN GEGUM, vestir con un tradicional velo islámico en lugar del uniforme reglamentario para acudir al colegio Dengg Hihg Luton, al norte de Londres, defendida por una hija de BLAIR.)

Son casos no muy numerosos, pero, siendo difícil determinar criterios más tajantes y generales, lo correcto será aplicar aquellos que vayan desde las exigencias del derecho a la educación por extranjeros, a la contemplación de la realidad, tanto religiosa como de posibilidades y realidades, y de la identidad de los centros para que al forzar la aplicación al emigrante de sus derechos, no comporten, en demasía, los de los nacionales.

De ahí la necesidad de criterios reales-autonómicos, y la búsqueda de convenios entre los Estados para fijarlo de alguna forma. Y en todo caso, unas mayores dotaciones financieras, sin discriminaciones entre familia de emigrantes o no, y de centros públicos y concertados. Aquellos convenios o criterios de concertación y de reagrupamiento familiar han de hacerse con participación de los padres y tutores por la representación que ejerzan. [En la obra *Religión y sociedad en España y los Estados Unidos*, homenaje a RICHARD A. SCHOENHERR, hay un capítulo con dos puntos: «la religión en la historia de España y de los Estados Unidos» (PAYNE), y otro sobre «cambio político y religión en España» (URRUTIA), que tienen interés a los efectos de nuestra exposición.]

Con una indicación final: la seguridad jurídica debe estar presente, tanto en el legislador sobre educación —y los cambios turnantes, por razones ideológicas, no ayudan mucho—, como en el inmigrante. La *vivencia del Derecho*, nos dirá Ortega —vid. n. ob., *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, 3.^a Ed., 2003— el grado y medida de las verdaderas garantías para la eficacia del derecho a la educación de los inmigrantes y sus familias, de la misma o parecida manera, con que encuentra seguridad jurídica patrimonial a través de la institución registral.

JESÚS LÓPEZ MEDEL
 Registrador de la Propiedad

DERECHO COMPARADO

Bloqueo registral

La reserva de prioridad registral de los derechos reales en el Perú: alcances y perspectivas

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—2. LA PRIORIDAD REGISTRAL Y SU RESERVA EN MATERIA INMOBILIARIA. 2.1. ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. 2.2. DERECHO COMPARADO: 2.2.1. *España*. 2.2.2. *Argentina*.—3. EL BLOQUEO REGISTRAL.—4. REGULACIÓN NORMATIVA DEL BLOQUEO REGISTRAL Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL RECIEN- TES: 4.1. SUJETOS LEGITIMADOS PARA GESTIONAR EL BLOQUEO REGISTRAL. 4.2. SUJETOS A CUYO FAVOR SE ANOTA EL BLOQUEO REGISTRAL. 4.3. NEGOCIOS JURÍDICOS QUE PUEDEN EMPLEAR EL BLOQUEO REGISTRAL. 4.4. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL BLOQUEO REGISTRAL. 4.5. VIGENCIA DE LA ANOTACIÓN DE BLOQUEO REGISTRAL. 4.6. EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL. 4.7. RETROACCIÓN DERIVADA DEL BLOQUEO REGISTRAL. 4.8. CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL.—5. EL NUEVO REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PREDIOS Y EL BLOQUEO REGISTRAL.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de propiedad inmobiliario se transmite de manera consensual, extrarregistralmente, conforme al artículo 949 del Código Civil (1); sin embargo, ello no garantiza al adquirente la plena oponibilidad de su derecho, es decir, la eliminación de la posibilidad de su pérdida ulterior (doble venta) o su afectación con gravámenes o cargas no consentidas, en caso de que exista un tercero cualificado o protegido («*tercero registral*») (2).

(1) Artículo 949: «La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

(2) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., Tomo I, 1988, pág. 53. Según el autor, el tercero registral es «*aquel titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra rela-*

Ante esta situación conflictiva derivada del sistema consensual imperante, el Registro debe establecer un orden en los derechos que concurren sobre el mismo inmueble, de manera objetiva e imparcial, a través del asiento de presentación (*prior in tempore, potior in iure*) (3).

El derecho real sólo será plenamente oponible a los terceros una vez que se inscriba en el Registro; es decir, el ordenamiento jurídico protegerá a aquel derecho que primero se publicite (a este efecto se requiere además del negocio jurídico, su previa formalización notarial).

Sin embargo, el tiempo que normalmente transcurre desde la realización del negocio y su formalización notarial hasta su inscripción podría resultar perjudicial para el adquirente, dada la naturaleza de la partida registral del inmueble que es esencialmente variable (4). En efecto, la situación jurídico-registral publicitada en la partida, que sustentó la realización del negocio, puede alterarse dramáticamente durante este período de necesaria espera, denominado por ello en la doctrina «*periodo negro*».

Dado ese peligro potencial, cabe preguntarse si ¿existe en nuestro ordenamiento algún mecanismo para mantener temporalmente inalterable la situación de la partida registral del inmueble, hasta que se formalice notarialmente el negocio jurídico con efectos reales?

Mediante Decreto-Ley 18278, de 20 de mayo de 1970, se estableció en nuestro país el «*bloqueo registral*» a fin de reservar prioridad a los negocios jurídicos que versan sobre derechos reales aun no formalizados notarialmente; según se lee en sus Considerandos, se busca «*(...) perfeccionar el sistema registral a fin de aligerar la contratación sin desmedro de la seguridad contractual*»; veremos en qué medida se ha logrado este importante propósito.

Cabe precisar que en nuestro ordenamiento existen otros mecanismos con ciertos efectos similares al bloqueo; así, tenemos la *reserva de prioridad* del artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro Predial Urbano (5),

ción jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro».

(3) Véase, GONZALES LOLI, JORGE, «Seguridad Jurídica y Registros Inmobiliarios: un enfoque desde el análisis económico del derecho», en *Notarius*, Lima, Colegio de Notarios de Lima, 2001, pág. 111.

(4) Naturaleza que se refleja en los documentos que publicitan su situación registral; así, conforme al artículo 140 del Reglamento General de los Registros Públicos: «*Los certificados que extienden las Oficinas Registrales acreditan la existencia o inexistencia de inscripciones o anotaciones en el Registro al tiempo de su expedición (...)*».

(5) Artículo 20: «*Al solicitar la expedición de un certificado, el poseedor o propietario con derecho inscrito en el Registro podrá solicitar también la reserva de prioridad de la partida registral a que se refiere el certificado (...), tendrá un plazo improrrogable de 15 días. Vencido este plazo, sólo se podrán solicitar una nueva reserva transcurridos 15 (quince) días de la fecha de vencimiento de la reserva anterior (...)*».

la *medida cautelar de no innovar* regulada en el artículo 687 del Código Procesal Civil (6), entre otros.

Dedicaremos este trabajo al estudio del bloqueo registral como mecanismo de reserva de prioridad de los derechos reales, a partir de sus aspectos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales.

2. LA PRIORIDAD REGISTRAL Y SU RESERVA EN MATERIA INMOBILIARIA

Un concepto que resulta fundamental en las circunstancias anotadas es el de «*prioridad registral*»; pues el conflicto de derechos se resuelve mediante la intervención del Registro que asigna un orden a cada uno de éstos en función al momento de su presentación al diario registral; así, quien primero inscribe será quien logre protección del ordenamiento, al oponer su derecho de una mejor manera a los demás (7) (8).

La determinación de la prioridad en este caso —como se reconoce en la doctrina—, no es sólo una cuestión de oportunidad («*teoría de las carreras*»), sino que obedece a la naturaleza o esencia de los derechos reales (cuya oponibilidad es *erga omnes*), que al recaer sobre un mismo inmueble precisan de un orden, sea con carácter excluyente o preferente (9) (10).

(6) Artículo 687: «*Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley*». En términos registrales esto podría traducirse en la prohibición judicial de efectuar inscripciones o anotaciones en la partida registral durante un período determinado.

(7) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, «El principio de publicidad en el Derecho Registral peruano (aproximaciones y perspectivas)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Año LXXV, enero-febrero de 1999, núm. 650, pág. 129.

(8) Véase, DELGADO SCHEELJE, ÁLVARO, «La publicidad jurídica registral en el Perú: eficacia material y principios registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Año LXXV, enero-febrero de 1998, núm. 650, pág. 111.

(9) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, *La teoría de la publicidad registral y su evolución* (discurso leído el día 30 de noviembre de 1998 en su recepción pública como Académico de Número y contestación de LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1998. El autor, refiriéndose a los derechos reales, señala en una de sus notas a pie de página que, «*la absolutividad o eficacia erga omnes de estos derechos justifica la necesidad de su publicidad como medio técnico para conseguir esa eficacia oponible*», pág. 27.

(10) Véase, PAU PEDRÓN, ANTONIO, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad* (discurso leído el día 15 de enero de 2001 en su recepción pública como Académico de Número y contestación de SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER), Madrid,

El principio de prioridad es definido en la doctrina como aquél en cuya virtud «(...) los títulos o derechos que acceden al Registro prevalecen en caso de conflicto frente a los títulos o derechos que no han accedido al mismo o sobre los que han accedido con posterioridad, atendiendo a las fechas de presentación en el libro diario» (11) (12).

2.1. ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el ámbito legislativo nacional la prioridad registral se encuentra regulada en los artículos 2.016 y 2.017 del Código Civil; así el artículo 2.016 dispone que «la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Registro», y el artículo 2.017, que «no puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior» (13).

Igualmente, el Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 195-2001-SUNARP-SN, de 19 de julio de 2001, precisando el marco normativo establecido por el Código Civil, señala en su artículo IX del Título Preliminar que «los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de éstos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación», y en su artículo X que, «no puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha».

De acuerdo a lo anterior, la manera ordinaria de obtener prioridad registral será a través de la inscripción del título en el Registro (inscripción que se retrotrae a la fecha de extensión del asiento de presentación) (14); en ese sentido, la fecha de creación o tradición del derecho real resultan irrele-

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001; asimismo, *Curso de Práctica Registral*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1995, y *Elementos de Derecho Hipotecario*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003.

(11) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., T. II, 1993, pág. 552.

(12) PAU PEDRÓN, ANTONIO, «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», en *La Publicidad Registral*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Año 2001, pág. 363.

(13) ALIAGA HUARIPATA, LUIS, «Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del Registro en la protección del tráfico jurídico inmobiliario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Año LXXIX, mayo-junio de 2004, núm. 677, pág. 1796.

(14) El artículo 19 del Reglamento General de los Registros Públicos dispone que, «Los asientos de presentación se extenderán en el Diario por riguroso orden de ingreso de cada título (...)».

vantes para los terceros, al desenvolverse en la clandestinidad, extrarregistralmente (15) (16).

Complementariamente y de manera que podría denominarse extraordinaria —en contraposición a la anterior—, en nuestro ordenamiento existe un mecanismo de aseguramiento de la prioridad registral en la adquisición de derechos reales a través del bloqueo registral, con carácter voluntario y siempre que exista acto causal aun no formalizado notarialmente (Decreto-Ley núm. 18278).

2.2. DERECHO COMPARADO

A efectos de contrastar nuestro ordenamiento en materia de prioridad registral y su reserva, resulta ilustrativo revisar brevemente el caso español y argentino y las distintas posiciones que han asumido al respecto, considerando la importancia de ambos en el Derecho registral internacional.

2.2.1. España

En el Derecho registral español la prioridad registral se obtiene con la inscripción del derecho debidamente formalizado (17), es decir, con la exten-

(15) En ese sentido, los artículos 1.135, 2.014 y 2.022 del Código Civil otorgan al Registro carácter preferente o excluyente en la definición de conflictos de derechos sobre el mismo inmueble:

Artículo 1.135: «*Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o (...)*». Artículo 2.014: «*El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos (...)*». Artículo 2.022: «*Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone (...)*».

(16) Véase, CÁRDENAS QUIRÓS, CARLOS, «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil de 1984)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Año LXXVII, septiembre-octubre de 2001, núm. 667, pág. 1930. El autor, refiriéndose a algunas de las modificaciones propuestas en el Código Civil, señala que, «*tratándose de los bienes registrados, será el Registro el que definirá toda cuestión que pueda suscitarse, de modo que en la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado, tendrá trascendencia sólo el acto que hubiera quedado inscrito, dado el carácter constitutivo de la inscripción. Antes del Registro no habrá nada*».

(17) Véase, MÉNDEZ GONZALES, FERNANDO, «La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho», en *La calificación registral* (JAVIER GÓMEZ GALLIGO, coord.), Madrid, Editorial Civitas, S. A., T. I, 1996, pág. 23.

sión del «asiento de presentación»; siendo que no existe propiamente un mecanismo de «reserva de prioridad» de los derechos reales con carácter general (18).

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, a fin de describir su sistema registral —en contraposición al sistema argentino—, señalaba que, en su país «*lo que se registran son derechos reales ya formados (...), no (...) derechos personales, ni (...) derechos en formación*», asimismo, «*la inscripción es, por regla general, voluntaria*» y que «*la prioridad (...), se configura siempre a través del ingreso en el Registro*» (Anales del II Congreso Internacional de Derecho Registral, Colegio Nacional de Registradores, 1974, pág. 273) (19).

Debe destacarse que en este país, a fin de otorgar seguridad en la contratación y evitar los efectos perniciosos del «*período negro*», se han aprobado normas que facilitan la presentación del título al Registro de la Propiedad.

Así, el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, «*de colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario*», introduce en el artículo 418.4 del Reglamento Hipotecario el fax como mecanismo de comunicación entre ambos profesionales, a efectos de generar el asiento de presentación de una manera más ágil (el Notario comunica al Registrador «*de haber autorizado escrituras públicas*»), siendo que «*el asiento de presentación que se extienda caducará si en el plazo de los diez días hábiles siguientes no se presenta en el Registro copia autenticada de la escritura que lo motivó*».

Igualmente, con el fin de mantener informados a los contratantes sobre la situación de la partida, a efectos de que formalicen notarialmente el negocio, existe la «*Certificación con información continuada*» regulado en el Reglamento Hipotecario, artículo 354 (20).

2.2.2. *Argentina*

En Argentina se ha regulado el «*certificado de reserva de prioridad*» como mecanismo de reserva de prioridad registral de los negocios jurídicos

(18) Véase, Díez Pícazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Vol. III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión), Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1995, pág. 489.

(19) Citado por García García, José M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., T. II, 1993, pág. 671.

(20) Véase, *Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil* (edición a cargo de J. M. García García), Madrid, Civitas Biblioteca de Legislación, 2001 (web: www.civitas.es).

reales proyectados, sin requerirse la existencia de acto causal (21), lo que ha dado lugar a grandes debates en la doctrina registral (22).

ALBERTO RUIZ DE ERENCHUM, refiriéndose al proceso negocial y sustentando el sistema de reserva de prioridad registral, señala que «(...) *nadie está en condiciones de sostener que, recién se opera la transmisión de un derecho real frente a los terceros cuando se provoca el asiento registral del documento portante de esa mutación de titular del derecho. Es evidente que han sucedido muchas cosas antes de que llegue al Registro ese documento transmissivo. Y es a ese campo previo, en el que impera la autonomía de la voluntad, donde la legislación argentina ha dirigido su atención, en procura de un amparo a la verdadera prioridad de un sentido existencial*» (23). Según ALBERTO MOLINARIO, tal reserva constituye «(...) *un verdadero derecho real de garantía, destinado a asegurar al futuro adquirente la celebración del contrato prometido mediante la inscripción en los Registros de la Propiedad Inmueble del respectivo boleto de venta (...)*» (24).

La Ley 17.801 que crea el «Registro de la Propiedad Inmueble» (BO de 10 de julio de 1968) (25) al regular la publicidad registral dispone en su artículo 23 que «*ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscrito en el Registro, así como la certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas (...)*»; asimismo, en su artículo 24 que, «*el plazo de va-*

(21) Véase, MOISETT DE ESPANÉS, LUIS, *La publicidad registral*, Madrid-Palestra Editores, 2004, pág. 119.

(22) En el «II Congreso Internacional de Derecho Registral» celebrado en Madrid, España el año 1974, se trató el tema de la «Certificación registral con reserva de prioridad», siendo que la Comisión encargada de su estudio y debate planteó las siguientes recomendaciones:

«*Primera: recomienda se reconozca la conveniencia, utilidad y necesidad de la reserva de prioridad para obtener seguridad en la constitución, transmisión o modificación de las situaciones jurídicas registrables, y la certificación registral con reserva de prioridad, como uno de los medios eficaces de alcanzarla. Segunda: recomienda que cada legislación nacional considere la posibilidad de adaptar la forma y los efectos de la certificación con reserva de prioridad a las particularidades de su sistema jurídico*».

(23) RUIZ DE ERENCHUM, ALBERTO, *Defensa del principio de prioridad mediante la certificación registral con efectos de anotación preventiva del negocio en gestión*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, págs. 9 y 10.

(24) MOLINARIO, ALBERTO, *La filosofía de la certificación con reserva de prioridad y su posible extensión a las inscripciones registrales concernientes a las transmisiones por causa de muerte y a determinados actos jurisdiccionales*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, pág. 10.

(25) Véase, *Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Zavalía (Víctor P. de Zavalía, S. A.), 2001. Revísese la parte de normas conexas.

lidez de la certificación, que comenzará a contarse desde las cero horas del día de su expedición, será de quince, veinticinco o treinta días, según se trate, respectivamente, de documentos autorizados por escribanos o funcionarios públicos con domicilio legal en la ciudad asiento del Registro, en el interior de la provincia o territorio, o fuera del ámbito de la provincia, territorio o Capital Federal (...)» y en especial en su artículo 25, segundo párrafo, «*Esta certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado*».

Como puede advertirse de las normas glosadas, antes de realizar algún negocio referente a derechos reales en este país debe solicitarse obligatoriamente en el Registro de la Propiedad Inmueble el respectivo «*certificado de reserva de prioridad*»; sin embargo, ¿cómo resolverán los tribunales argentinos un caso en el que se enfrenten una reserva —sin acto causal—, y un negocio jurídico cierto? (26).

En el Perú, desde una óptica intermedia o ecléctica, sí es posible reservar prioridad registral a un negocio jurídico con efectos reales antes de su inscripción definitiva, es decir, siempre que preexista un acto causal, léase un derecho real cierto (perfeccionado) aun no formalizado notarialmente.

3. EL BLOQUEO REGISTRAL

El bloqueo registral podría definirse como aquella *anotación preventiva extendida a solicitud de notario, sustentada en la copia del documento privado que contiene el negocio jurídico referente a derechos reales realizado por persona natural o jurídica, que tiene por finalidad reservar prioridad registral en favor del negocio, permitiendo su formalización notarial e inscripción dentro del período de su vigencia*.

Se trata de anotaciones preventivas que, conforme al artículo 64 del Reglamento General de los Registros Públicos, son «*asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito*» (27).

Resulta ilustrativa la Casación número 3.267, 2001 —Lima del 16 de septiembre de 2001— expedida por la Corte Suprema de la República en el que se explica los alcances del bloqueo. Este recurso se interpuso sustentado en la inaplicación del artículo 2.013 (legitimación registral) y 2.016 (prioridad registral) del Código Civil, pues mediante una «*tercería de dominio*» el

(26) GONZALES BARRÓN, GÜNTHER, *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*, Lima, Jurista Editores, julio de 2002, pág. 724.

(27) Véase, GONZALES LOLI, JORGE, *Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*, Lima, Gaceta Jurídica, S. A., 2002, pág. 330.

nuevo adquirente pretendía oponer su derecho de propiedad, de fecha anterior pero no inscrito, a embargos anotados en la partida registral a favor de terceros. El referido órgano jurisdiccional declaró fundada la casación e infundada la tercería de dominio al considerar que la adquirente pudo haber solicitado el bloqueo registral, pero no lo hizo; precisando además que, «*en virtud del bloqueo registral, quien proyecta la celebración de un contrato puede solicitar, antes de suscribir la escritura pública, se le conceda un puesto de prioridad para registrar dicho acto jurídico*».

Concordamos con el sentido general de la Resolución, no así con la referencia a que el bloqueo puede usarse cuando se «*proyecte*» realizar un negocio, es decir, ¿en abstracto?, ¿sin necesidad de un acto causal?

No debe olvidarse que el bloqueo registral en nuestro medio tiene como sustento la preexistencia de un negocio jurídico cierto con efectos reales pendiente de formalizarse notarialmente (acto causal).

El Tribunal Registral, mediante Resolución número 050-2002-ORLC/TR, de 25 de enero de 2002, ante una solicitud de bloqueo de transferencia de la propiedad de un inmueble, que formaba parte del bloque patrimonial segregado de una operación de *escisión* con constitución de nueva sociedad (aun no inscrita) (28) —sociedad a cuyo favor se transfería la propiedad—, señaló que «*la transferencia a favor de la nueva sociedad se produce en la fecha fijada en el acuerdo en que se aprueba el proyecto de escisión, fecha que no consta en la minuta presentada; en atención a esto, no necesariamente con la inscripción de la escisión y la formalización de la constitución de la nueva sociedad debemos considerar que se producirá la mutación del derecho real, como señala el Registrador, sino que podría ser otra la fecha de la entrada en vigencia de la escisión, siendo que sólo se anotará el bloqueo si se tiene la certeza de que la causa material preexiste a la fecha de presentación del título al Registro*». Argumento que compartimos.

(28) Artículo 367, Ley General de Sociedades. Concepto y formas de escisión: «*Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: 1. La división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida; o 2. La segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital en el monto correspondiente. En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de las nuevas sociedades o sociedades absorbentes, en su caso*».

4. REGULACIÓN NORMATIVA DEL BLOQUEO REGISTRAL Y SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL RECIENTES

El bloqueo registral se encuentra regulado en el Decreto-Ley número 18278 (20 de mayo de 1970), el mismo que fue modificado por el Decreto-Ley número 20198 (30 de octubre de 1973) y, finalmente, por la Ley número 26481 (15 de junio de 1995).

4.1. SUJETOS LEGITIMADOS PARA GESTIONAR EL BLOQUEO REGISTRAL

Según el artículo 3 del Decreto-Ley número 18278 (en adelante el Decreto-Ley), los sujetos legitimados para solicitar la anotación del bloqueo en la partida registral correspondiente son el Notario o el Fedatario-Receptor. Sin embargo, creemos que propiamente lo sería el primero, ya que las normas que sustentaban la intervención del segundo, referentes a la banca de fomento (Decreto-Ley núm. 20198), fueron derogadas.

Asimismo, las funciones del Fedatario-Receptor no podrían ser asumidas por el Fedatario regulado en la Ley número 27444, «Ley del Procedimiento Administrativo General», ya que sus funciones son distintas; en efecto, el artículo 127.2 de esta ley dispone que la labor del Fedatario consiste en *«comprobar y autenticar, previo cotejo entre el original que exhibe el administrado y la copia presentada, la fidelidad del contenido de esta última para su empleo en los procedimientos de la entidad, cuando en la actuación administrativa sea exigida la agregación de los documentos o el administrado desee agregarlos como prueba. También pueden, a pedido de los administrados, certificar firmas previa verificación de la identidad del suscriptor para las actuaciones administrativas concretas en que sea necesario»*.

De otro lado, consideramos que la restricción, en cuanto a los sujetos legitimados para gestionar el bloqueo, busca evitar el abuso en el empleo de este mecanismo de reserva de prioridad registral.

4.2. SUJETOS A CUYO FAVOR SE ANOTA EL BLOQUEO REGISTRAL

En cuanto a los sujetos a cuyo favor se anota el bloqueo, según el artículo 1 del Decreto-Ley, los mismos están constituidos por todas aquellas personas naturales o jurídicas que participan en los actos o contratos (negocios jurídicos) referentes a derechos reales.

Debe destacarse el fenómeno expansivo generado por la Ley número 26481 (15 de junio de 1995) —que modificó el Decreto-Ley—, al ampliar el universo de sujetos favorecidos con este mecanismo de reserva de prioridad registral, considerando que, anteriormente sólo algunas entidades podían

emplearla en sus transacciones como la Banca de Fomento, Cofide, etc.; situación que fue cuestionada en su momento.

Otro aspecto relevante en esta materia es que el bloqueo se rige por el principio de voluntariedad, es decir, el Notario sólo procederá a gestionarla en el Registro si la persona natural o jurídica que realiza el acto o celebra el contrato así se lo solicita. Por ejemplo, en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley número 26702, se dispone en el primer párrafo de su artículo 176 que las empresas del sistema financiero y de seguros *«pueden hacer uso del bloqueo registral»* para la inscripción de cualquier acto ante los registros que integran los Registros Públicos; siendo que muchas de sus operaciones se efectúan a partir de la anotación de bloqueo.

De no requerirse el bloqueo, se estará al régimen ordinario de adquisición de prioridad registral, constituido por la inscripción del acto debidamente formalizado notarialmente.

En los casos de actos o negocios jurídicos bilaterales, como el contrato de compraventa de inmueble, consideramos sería suficiente que el bloqueo lo solicite al Notario una de las partes, en la medida que ello favorece la obtención de la finalidad querida con el negocio.

4.3. NEGOCIOS JURÍDICOS QUE PUEDEN EMPLEAR EL BLOQUEO REGISTRAL

Respecto a los negocios jurídicos que pueden utilizar el bloqueo para reservar prioridad registral, según el artículo 1 del Decreto-Ley tenemos a *«los actos y contratos (...) en virtud de los cuales se constituya, amplíen o modifiquen derechos reales en favor de los mismos»*.

El Tribunal Registral, mediante Resolución número 173-2001-ORLC/TR, de 20 de abril de 2001, ante una solicitud de bloqueo de un contrato de opción regulado en el artículo 1.419 del Código Civil —en virtud del cual *«(...) una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no»*—, la denegó argumentando que, *«si bien es inscribible el contrato de opción, no lo es el bloqueo referido a este contrato»*. En efecto, aunque el contrato de opción es considerado expresamente por el legislador como *«acto inscribible»* en el Registro de la Propiedad Inmueble —inciso 2) del art. 2.019 del Código Civil—, ello no modifica su naturaleza esencialmente obligacional; siendo que la mutación real recién se producirá una vez que la parte facultada exprese su voluntad de celebrar el contrato definitivo; por lo que debe concluirse, dentro del marco establecido por el Decreto-Ley y aunque resulte contradictorio, que no resulta procedente la anotación del bloqueo de este acto.

Cambiando de tema, ¿cuál sería la razón para no considerar a los actos de «extinción» de derechos reales como susceptibles de bloqueo?

Si bien es cierto, la generalidad de conflictos de derechos se produce con ocasión de la «*constitución, ampliación o modificación*» de derechos reales, sin embargo, ello no puede desconocer la trascendencia de actos de extinción de derechos reales como la resolución de contrato de compraventa, en el que su tardía inscripción puede generar daños y perjuicios.

Sobre la determinación del bien sobre el que recae el bloqueo, resultan ilustrativas las Resoluciones del Tribunal Registral número 029-2000-ORLC/TR, de 9 de febrero de 2000, y número 118-2002-ORLC/TR, de 18 de febrero de 2002, en las que se solicitaba el bloqueo en la partida matriz de la compraventa referente a sólo una parte de la misma (aún no independizada); el colegiado admitió su anotación, en un caso porque en el contrato adjuntado aparecía también el acto de independización del área materia de venta, y en el otro porque su ausencia podía subsanarse antes de inscribirse el acto definitivo, siempre que se determinen perfectamente sus linderos y medidas perimétricas.

4.4. ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL BLOQUEO REGISTRAL

El artículo 3 del Decreto-Ley dispone que, una vez recibido el documento que contiene el acto causal aun no formalizado, el Notario, previa verificación de las partidas registrales correspondientes, en el término de 24 horas, debe oficiar al Registro Público correspondiente, adjuntando copia del instrumento, a efectos de la anotación del bloqueo.

Se presume que el Notario que gestiona el bloqueo lo hace a solicitud de las personas participantes en el negocio a formalizarse ante su despacho y además que lo hace en su representación a los efectos registrales (29).

Respecto del plazo de 24 horas establecido para que el Notario gestione la anotación del bloqueo, se ha conocido de alguna observación registral sustentada en el vencimiento del mismo; denegatoria que consideramos no ajustada a derecho, pues ese plazo no tiene carácter perentorio; ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad que corresponda por los daños y perjuicios que se deriven de la demora en su presentación al Registro.

Como contrapartida de lo anterior, ante la solicitud de bloqueo formulada por el Notario, el artículo 3 del Decreto-Ley dispone que el Registrador Público «(...) *por su mérito (...) extenderá la anotación preventiva en la partida que corresponda*».

(29) Artículo III, Título Preliminar, Reglamento General de los Registros Públicos. Principio de rogación y de titulación auténtica: «*Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público salvo disposición en contrario (...) Se presume que el presentante del título actúa en representación de los sujetos legitimados para solicitar la inscripción*».

¿Esto quiere decir que no debe haber calificación registral en los casos de solicitud de anotación de bloqueo?

Del texto glosado pareciera colegirse ello, sin embargo, de una interpretación sistemática del referido artículo 3, conjuntamente con las normas registrales vigentes (tales como el art. 2.011 del Código Civil y art. 32 del Reglamento General de los Registros Públicos), se concluye que sí debe haber calificación previa, pero en función al acto material de calificación (30).

Según el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Sistema Nacional de los Registros Públicos, para efectos de la anotación del bloqueo se precisa de la solicitud efectuada por Notario en la que debe constar el nombre de los contratantes, la indicación del acto que amerita el bloqueo y los datos de la partida registral respectiva, asimismo, copia del instrumento que contiene el acto inscribible debidamente suscrito por los contratantes, además del recibo de pago de derechos registrales, entre otros.

Respecto a este tema, el Tribunal Registral mediante Resolución número 327-99-ORLC/TR, de 3 de diciembre de 1999, ante una solicitud de bloqueo de contrato de compraventa con reserva de propiedad y constitución de hipoteca por el comprador —observado por el Registrador al considerar que éste no tenía facultades para hipotecar un bien ajeno (observación que fue cuestionada por el recurrente al considerar que excedía el ámbito de sus funciones y los alcances del art. 3 del Decreto-Ley)—, resolvió confirmar la denegatoria al concluir que no existía en la norma especial prohibición alguna de calificación registral.

Como nota anecdótica debe recordarse que, en razón a que el Decreto-Ley 18278 omitió establecer expresamente un plazo para que el Registrador Público efectúe la anotación del bloqueo —como sí lo hizo respecto del Notario—, intentó subsanarse ello mediante la dación del Decreto Supremo, número 010-90-JUS, de 28 de junio de 1990 («El Peruano», 13 de julio de 1990), el mismo que señala en su artículo 1, «*Establézcase el término de 24 horas contados a partir de su recepción, para que los Registradores Públicos cumplan con extender la anotación preventiva*».

4.5. VIGENCIA DE LA ANOTACIÓN DE BLOQUEO REGISTRAL

De acuerdo al artículo 2 del Decreto-Ley, «*el término del bloqueo será de sesenta días computados a partir del ingreso al Registro del aviso que dé el Notario respectivo*».

(30) Véase, DELGADO SCHEELJE, ÁLVARO, «La calificación registral. Los principios de legalidad y causalidad en la calificación registral (reconducción del principio de legalidad hacia la causa eficiente de la inscripción)», en *Notarius*, Lima, Colegio de Notarios de Lima, 2001, pág. 103.

Aunque poco técnica en su redacción, el dispositivo acierta al señalar que el plazo de vigencia se inicia desde el *«ingreso al Registro del aviso»*, lo que debe interpretarse desde su presentación a la oficina del diario y extensión del correspondiente asiento de presentación.

Un aspecto que generó discrepancias es el referente a la determinación del criterio a emplear para el cómputo del plazo de vigencia del bloqueo, ¿días naturales o hábiles? Dada la trascendencia del tema, se requería una pronta definición.

El Tribunal Registral, en sus Resoluciones números 344-97-ORLC/TR, de 27 de agosto de 1997; número 001-99-ORLC/TR, de 8 de enero de 1999, y número 083-2001-ORLC/TR, de 19 de febrero de 2001, consideró que el plazo a que se refería el artículo 2 del Decreto-Ley número 18278 debía ser computado en días hábiles, teniendo en cuenta que, *«el procedimiento registral es uno especial que se rige por sus propias leyes y reglamentos y supletoriamente por las normas de procedimientos administrativos, los mismos que se rigen por días hábiles»*.

En efecto, al tratarse de una anotación preventiva e insertarse dentro del procedimiento registral, el cómputo del plazo debe regirse por el artículo 4 del Reglamento General de los Registros Públicos que dispone: *«los plazos aplicables al procedimiento registral se cuentan por días hábiles, salvo disposición en contrario. Se consideran días hábiles aquellos en los cuales el Diario de la Oficina respectiva hubiese funcionado. En el cómputo se excluye el día inicial y se incluye el día del vencimiento»*.

Ratificando esta posición, el Tribunal Registral en su Quinto Pleno Registral celebrado el 5 y 6 de septiembre de 2003, aprobó como *«precedente de observancia obligatoria»*, el criterio contenido en las Resoluciones indicadas y cuyo texto es el siguiente: *«El plazo de 60 días del bloqueo, establecido en el artículo 2 del Decreto-Ley 18278, debe ser computado en días hábiles»*.

Conforme al artículo 158 del Reglamento General de los Registros Públicos, modificado por el Reglamento de Organización y Funciones de la SUNARP (Resolución Suprema núm. 138-2002-JUS, de 19 de julio de 2002), este precedente de observancia obligatoria deberá ser aplicado en su calificación por todos los Registradores Públicos a nivel nacional (31) (32).

(31) Artículo 158. *«Las resoluciones de segunda instancia registral que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, constituirán precedentes de observancia obligatoria en el ámbito de su competencia territorial, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo órgano mediante resolución debidamente motivada o por mandato judicial firme y vinculante. Las resoluciones mencionadas deberán precisar el criterio de observancia obligatoria de manera expresa y se publicarán en el Diario Oficial El Peruano»*.

(32) Artículo 64. *«Son funciones del Tribunal Registral: (...) c) aprobar precedentes de observancia obligatoria en los plenos registrales que para el efecto se convoquen»*.

4.6. EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL

¿Cuáles son los efectos derivados del bloqueo?

El artículo 4 del Decreto-Ley dispone que durante el término legal, sesenta días hábiles, *«el Registrador no podrá inscribir ningún acto o contrato relacionado con el inmueble materia de la anotación preventiva (...), salvo que ya se haya registrado el acto o contrato anotado preventivamente (...).»*

De lo anterior se colige que, el principal efecto es la reserva de prioridad registral en favor del derecho real contenido en el documento privado y el subsecuente cierre temporal de la partida registral, a efectos de que se cumpla con su formalización notarial e inscripción registral, dentro del plazo legal.

Sin embargo, ¿el bloqueo realmente «cierra» la partida registral de manera absoluta y a todos los efectos?

Entre los supuestos contenidos en la prohibición establecida en el artículo 4 sólo se mencionan a *«los actos y contratos»* relacionados con el inmueble materia de anotación preventiva (pareciera que se estuvo pensando en la «doble venta» o en la constitución de gravámenes sin autorización del adquirente).

¿Y qué sucede con los otros actos originados en sede judicial o administrativa?, ¿también están comprendidos dentro del marco de prohibición?

A continuación veremos cuál ha sido el desarrollo de la jurisprudencia registral en estos últimos años respecto de un tema vinculado: ¿es posible anotar un embargo en la partida registral durante la vigencia del bloqueo?

Históricamente, la ex Junta de Vigilancia de la Oficina Nacional de los Registros Públicos resolvió admitir la anotación de embargos durante la vigencia del bloqueo, conforme a sus Resoluciones número 025-85-ONARP-JV, de 25 de julio de 1985, y número 006/86-ONARP-JV, de 20 de febrero de 1986, al considerar que tal medida cautelar *«no tenía calidad de inscripción sino sólo de anotación preventiva»*, además que la misma *«no implicaba constituir, ampliar o modificar derecho real alguno (...),»* finalmente que, *«el embargo y el remate judicial, bajo ninguna circunstancia pueden perjudicar los derechos que eventualmente tuviera la persona o institución a favor de la cual se anotó el bloqueo»*.

El Tribunal Registral, de manera reiterada en sus Resoluciones número 344-97-ORLC/TR, de 27 de agosto de 1997, número 001-99-ORLC/TR, de 8 de enero de 1999 y número 213-2000-ORLC/TR, de 6 de julio de 2000, modificando el criterio anterior resolvió que, no es posible anotar embargos durante la vigencia del bloqueo, dado que la interpretación literal que se efectuó anteriormente *«no tiene en consideración la finalidad de protección de la seguridad jurídica subyacente en el bloqueo registral, que debe garantizar al contratante que se ampara en sus beneficios (...),»* asimismo que, *«si bien el embargo no es un derecho real, su anotación en el Registro sí puede*

implicar una modificación al derecho del titular afectado con el mismo, cuyo gravamen asumirán también los sucesivos adquirentes», finalmente que, «si bien en sentido estricto el término inscripción es diferente a anotación (...), también se alude en sentido lato a la inscripción como categoría general de cualquier asiento registral que pueda extenderse».

Personalmente compartiría esta última posición, que es concordante con la naturaleza del bloqueo, sin embargo, en estas Resoluciones no se explica de qué manera la inclusión del embargo dentro del ámbito de prohibición establecido en el artículo 4 del Decreto-Ley no colisiona con el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil que dispone: *«la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».*

A fin de adoptar una posición al respecto habría que preguntarse ¿si el Tribunal Registral ha efectuado una interpretación *«extensiva»* (basada en una norma existente) o ha aplicado *«analógicamente»* el efecto prohibitivo a un supuesto no previsto por el legislador (al no existir norma aplicable)? (33).

Es claro que los actos o contratos referidos a derechos reales que recaen sobre la misma partida registral no podrán inscribirse durante la vigencia del bloqueo, ello por disposición expresa de la norma; sin embargo ya no resulta claro si los actos derivados de sede judicial o administrativa se encuentran igualmente prohibidos.

Según MARCIAL RUBIO, *«el sentido del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, rectamente entendido en función de los precedentes doctrinales, debe ser el de impedir toda aplicación de normas restrictivas o excepcionales que no sea la proveniente de la interpretación estricta (y eventualmente la interpretación restrictiva)»* (34).

Lo que en el presente caso permitiría colegir que, el artículo 4 es una norma restrictiva en cuanto al acceso al Registro y como tal debe ser aplicado sólo a los casos previstos por la norma; consecuentemente, se requerirá de una modificación normativa para que el bloqueo cumpla su finalidad plenamente.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que, por efecto de la retroacción de la prioridad derivada del bloqueo, el acto definitivo, una vez inscrito,

(33) ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984» (análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, agosto de 2003, pág. 180. Según el autor, *«la analogía es un tipo de argumentación jurídica (...) que permite al operador jurídico colmar las insuficiencias legislativas y, de este modo, permite que éste cumpla con su obligación de administración de justicia».*

(34) RUBIO CORREA, MARCIAL, *«Leyes restrictivas o de excepción»*, en *Para leer el Código Civil*. Vol. III, Lima - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1996, pág. 95; asimismo, del mismo autor, véase: *«El sistema jurídico (Introducción al Derecho)»*, Lima - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2000, pág. 243.

prevalecerá sobre el embargo presentado posteriormente al Registro, aunque anotado con anterioridad.

4.7. RETROACCIÓN DERIVADA DEL BLOQUEO REGISTRAL

Una vez inscrito el acto o contrato que previamente fue materia de bloqueo, dentro del plazo de su vigencia, según el artículo 5 del Decreto-Ley, sus efectos «(...) *se retrotraerán a la fecha y hora del asiento de presentación*» del aviso (solicitud de bloqueo). Tal efecto es reconocido en la doctrina como retroprioridad derivada de la anotación preventiva.

El artículo 68 del Reglamento General de los Registros Públicos, en similares términos, dispone que «*inscrito el acto o derecho cuya prioridad ha sido cautelada por la anotación preventiva, surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de la anotación*».

Esto se sustenta en el hecho de que el derecho real, aun no formalizado notarialmente, ya existía al momento de anotarse el bloqueo, siendo que al inscribirse de manera definitiva la retroprioridad comprenderá un derecho cierto.

Adicionalmente, ¿habría inconveniente legal si el notario que formaliza el negocio es uno distinto al que gestionó inicialmente su reserva mediante el bloqueo?; entendemos que no existiría impedimento legal para ello —aunque no es lo ordinario—, teniendo en cuenta que lo determinante en este caso es la intervención de los sujetos titulares del negocio.

¿Sólo los actos o negocios jurídicos sujetos a formalidades *ad probationem* son susceptibles de bloqueo registral?

Entendemos que sí, pues la existencia de estos negocios jurídicos es anterior a la formalidad misma, es decir, el acto se diferencia claramente del documento que lo contiene; en cambio, los negocios sujetos a formalidades *ad solemnitatem* nacen al mundo jurídico recién con el cumplimiento de las formalidades exigidas legalmente, como el otorgamiento de la escritura pública.

Y ¿qué sucede en el caso de los negocios que no precisan de formalización notarial para efectos de su inscripción, tales como los documentos privados? ¿podrían igualmente emplear el bloqueo para reservar prioridad?

Al ser el Decreto-Ley bastante amplio en su ámbito de aplicación —referido a negocios de «*constitución, ampliación o modificación de derechos reales*»—, no podría, vía interpretación, denegarse su uso; la praxis demuestra su empleo masificado en estos casos, aunque con particularidades, como la presentación al momento de solicitar el bloqueo de la copia simple del documento definitivo y posteriormente, el original del mismo.

Como ejemplo de documentos privados podemos citar el caso de los contratos celebrados por empresas del sistema financiero cuyo valor no excede

40 UIT, los mismos que pueden extenderse en documento con firmas legalizadas notarialmente (art. 176, Ley 26702) y el caso de los formularios registrales usados en el Registro Predial Urbano (Decreto Legislativo núm. 495).

Estos dispositivos deben concordarse con el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 27755, que crea el «Registro de Predios», que ha dispuesto una vez vencido el plazo de dos años del proceso de integración de los Registros (junio de 2004), «*todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor a veinte Unidades Impositivas Tributarias (...)*» y a cuya aplicación deberá tenerse en cuenta además las precisiones efectuadas mediante el Decreto Supremo número 023-2003-JUS, de 7 de noviembre de 2003 (alcances de la legalización notarial de los formularios registrales) (35) y el Decreto Supremo número 007-2004-JUS, de 15 de julio de 2004 (empleo de la escritura pública y el formulario registral) (36).

4.8. CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN DEL BLOQUEO REGISTRAL

En cuanto a la caducidad del bloqueo registral, el artículo 6 del Decreto-Ley señala que el mismo caducará «automáticamente» al término de los sesenta días, «*sin requerirse de solicitud de parte interesada, asiento registral, resolución judicial ni trámite alguno, para considerar extinguidos sus efectos*», salvo que antes de su vencimiento se produzca alguno de estos supuestos: «*a) si se inscribe el acto o contrato materia del bloqueo; b) si lo*

(35) Decreto Supremo número 023-2003-JUS: *Artículo 1: El Notario, al legalizar los formularios registrales a que alude el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 27755, debe: a) Dar fe de los actos jurídicos, hechos o circunstancias que presencie, exigiendo que el formulario sea llenado y suscrito ante él, corroborando la libre voluntad y capacidad de las personas en la celebración del acto y su conocimiento de los alcances del mismo; b) Constatar la identidad de los contratantes y del verificador cuando éste deba suscribir el formulario, de ser el caso, cotejando los Documentos Nacionales de Identidad con la información pública de red del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC); c) Verificar la validez de las firmas contenidas en el formulario; d) Verificar que los datos relativos al inmueble estén clara y correctamente expresados.*

Artículo 2: La legalización antes señalada constará en el formulario registral, el que será extendido en tres ejemplares, uno de los cuales será conservado por el Notario quien lo incorporará a su protocolo notarial; los dos ejemplares restantes serán presentados al Registro.

Artículo 3: La legalización notarial con los alcances señalados en el artículo 1 confiere fecha cierta al formulario (...).

(36) Decreto Supremo número 007-2004-JUS: «*Artículo 1: la formalidad de los títulos inscribibles prevista en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 27755, está referida a los actos de disposición emanados de la voluntad de las partes, con excepción de aquellos que por mandato de la ley o por voluntad de las partes deben celebrarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, casos en los que la inscripción sólo se efectuará en mérito a ésta (...).*».

solicita el contratante o los contratantes en cuyo favor se estableció el bloqueo; c) cuando sea ordenado judicialmente».

Pese a que la caducidad es automática y como tal no debiera generar mayor problema en el tráfico jurídico, sin embargo, se ha conocido de casos en los que el Registrador solicitó la inscripción de tal circunstancia, lo que a nuestro modo de ver resulta redundante con la publicidad que deriva de la misma partida registral.

Asimismo, existe discrepancia en torno a la aplicación del inciso *b)* del referido artículo 6, que dispone que el bloqueo caducará antes del plazo legal «*si lo solicita el contratante o los contratantes en cuyo favor se estableció el bloqueo*»; del texto glosado pareciera no existir mayor duda sobre los sujetos legitimados, es decir, que será aquel que realiza el acto o aquellos que celebran el contrato.

Pero ¿si lo solicita sólo uno de los contratantes? o ¿si lo solicita el notario que gestionó el bloqueo?, la praxis registral indica que se exige la intervención de todos los contratantes, en razón a los graves efectos de la pérdida de la prioridad registral.

A su vez, el dispositivo no indica: ¿cuál es la formalidad que debe revestir la solicitud de caducidad?, igualmente, la praxis permite ver que se requiere solicitud con firma legalizada notarialmente.

Una vez producida la caducidad de la vigencia del bloqueo, ¿puede solicitarse nuevamente otro, sin mayor espera?

Del texto del Decreto-Ley no se advierte prohibición alguna a esa posibilidad, como sí se contempla en el artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro Predial Urbano glosado anteriormente. Sería recomendable modificar esta situación estableciendo algún límite, de modo tal que la partida no quede en la práctica cerrada indefinidamente de mala fe con perjuicio de los terceros adquirentes.

Resulta interesante revisar la Casación número 220-2001 - Lima, expedida por la Corte Suprema de la República el 13 de junio de 2001, donde se interpuso este recurso sustentado en la inaplicación del artículo 2 y 6 del Decreto-Ley 18278. Aunque la Resolución declara infundado el recurso por aspectos procesales sustantivos, rescatamos el problema que subyace en la misma: ¿si la transferencia del derecho de propiedad inmueble opera «consensualmente», qué efectos produce la «caducidad» del bloqueo en el derecho adquirido extrarregistralmente?

Conforme a lo señalado anteriormente, al producirse la transferencia de propiedad inmueble de manera consensual y siendo que el bloqueo se sustenta en la existencia de un derecho cierto, aun no formalizado notarialmente, creemos que la caducidad del bloqueo generará una «inexactitud registral», ya que la persona del «titular registral» actual no coincidirá con la del *verus dominus* (adquirente extrarregistral).

5. EL NUEVO REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PREDIOS Y EL BLOQUEO REGISTRAL

Mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 540-2003-SUNARP/SN, de 21 de noviembre de 2003 (vigente desde el 19 de enero de 2004) se aprobó el «Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios» —que unificó el Registro de Propiedad Inmueble, Registro Predial Urbano y la Sección Especial de Predios Rurales—; ello en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 3 de la Ley 27755, Ley de Creación del Registro de Predios.

Este Reglamento ha regulado el tema del bloqueo registral en sus artículos 131 y 132, dispositivos que a continuación procederemos a revisar.

Según el artículo 131 del Reglamento —modificado recientemente por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, número 215-2004-SUNARP/SN, de 21 de mayo de 2004 y vigente desde el 16 de junio—, *«La anotación del bloqueo a que se refiere el Decreto-Ley número 18278 y sus modificatorias, se extiende en mérito a la solicitud formulada por el notario que tiene a su cargo la formalización del acto, y a la copia certificada de la minuta respectiva. El bloqueo tiene una vigencia de 60 días hábiles, contados desde la fecha del correspondiente asiento de presentación. El bloqueo caduca al vencimiento del plazo señalado en párrafo anterior o en los supuestos previstos en los literales a), b) y c) del artículo 6.º del Decreto-Ley número 18278»*.

De acuerdo al segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 27755, que crea el «Registro de Predios» —dispositivo que ha sido materia de sendas acciones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional— (37), una vez vencido el plazo del proceso de integración de los Registros, *«todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor a veinte Unidades Impositivas Tributarias (...)»*. En ese sentido, tratándose de derechos reales que precisan de formalización notarial para su

(37) *Expediente número 0016-2002-AI/TC, Lima, de 30 de abril de 2003 (Colegio de Notario de Junín): el Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 27755.

*Expedientes acumulados números 0001/0003-2003-AI/TC, de 4 de julio de 2003 [Colegio de Notarios de Lima (segundo y cuarto párrafo del art. 7 y art. 13), Colegio de Notarios de Arequipa y Colegio de Notarios del Callao (segundo párrafo del art. 7)]: el Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad; sin embargo, formuló un exhorto al poder ejecutivo para que *«en salvaguarda del principio de seguridad jurídica que debe informar al Sistema Registral Nacional, reglamente el uso del formulario registral legalizado por notario, previsto en el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley número 27755»*, lo que dio lugar a la aprobación por el Ministerio de Justicia de los Decretos Supremos número 023-2003-JUS, de 7 de noviembre de 2003 y número 007-2004-JUS, de 15 de julio de 2004, reseñados anteriormente.

acceso al Registro —escritura pública—, el bloqueo registral resultará plenamente aplicable como mecanismo de reserva de prioridad registral; sin embargo, queda la duda sobre el rol del bloqueo en los casos de los formularios registrales y los documentos privados en general, pese a su frecuente empleo en la praxis registral.

La exigencia establecida en el artículo 131 del Reglamento de copia certificada de la minuta en proceso de formalización notarial (documento privado que contiene el negocio jurídico), no se condice con el artículo 3 del Decreto-Ley 18278, que sólo se refiere a copia de la misma («*del instrumento firmado por los contratantes*»), lo que se ha entendido como copia simple.

Ello sin dejar de reconocer que en materia registral la copia simple de un documento no tiene mayor eficacia como «título inscribible» (sea como documento principal o complementario). En el caso del bloqueo y tal como se encuentra actualmente regulado, entendemos que el mismo se extiende esencialmente en mérito a la solicitud notarial, donde la copia sólo sirve como elemento referencial, para dar cuenta de la existencia de un derecho real cierto (acto causal).

Asimismo, el artículo 132 del nuevo Reglamento dispone que «*Durante la vigencia del bloqueo no podrá inscribirse ni anotarse preventivamente ningún acto o derecho incompatible con aquél cuya prioridad se ha reservado. El plazo de vigencia del asiento de presentación de los títulos incompatibles presentados durante la vigencia del bloqueo, queda en suspenso hasta que caduque el bloqueo o se inscriba el acto o derecho cuya prioridad fue reservada*».

Este dispositivo expresa con mayor propiedad la naturaleza del bloqueo como mecanismo de reserva de prioridad registral y cierre de la partida, al enfatizar que «*durante la vigencia del bloqueo no podrá inscribirse ni anotarse preventivamente ningún acto o derecho incompatible con aquél cuya prioridad se ha reservado*» y disponer asimismo la «*suspensión*» de la vigencia del asiento de presentación de los títulos posteriores incompatibles a fin de no perjudicarlos, conforme al artículo 29 del Reglamento General de los Registros Públicos; sin embargo, por los argumentos dados anteriormente creemos que sería necesaria una reforma legal en ese sentido, dada la jerarquía normativa del Decreto-Ley 18278.

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA (*)

(*) Abogado. Vocal del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Profesor del «Seminario de Derecho Empresarial» del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la «Comisión Consultiva de Derecho Civil (Registral)» del Colegio de Abogados de Lima.

La determinación del precio en la compraventa; del Derecho español al Derecho uniforme

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO ESPAÑOL: 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: 2.2.1. *Introducción.* 2.2.2. *La determinación del precio por referencias objetivas.* 2.2.3. *La determinación del precio por un tercero.* 2.2.4. *La determinación del precio por uno de los contratantes.* 2.3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—3. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO UNIFORME: 3.1. INTRODUCCIÓN. 3.2. LOS DIFERENTES MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO: 3.2.1. *La determinación del precio por índices de referencia.* 3.2.2. *La determinación del precio por un tercero.* 3.2.3. *La determinación del precio por uno de los contratantes.* 3.3. LA FALTA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO: 3.3.1. *Introducción.* 3.3.2. *La falta de determinación del precio en la Convención de Viena.* 3.3.3. *La falta de determinación del precio en los Principios de UNIDROIT y en los Principios de Derecho contractual europeo.*—4. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La exigencia de determinación del precio en el contrato de compraventa deriva de la exigencia general de determinación del objeto de los contratos, característica de algunos ordenamientos jurídicos, que encuentra su justificación en que no pueden existir obligaciones contractuales si no se ha concretado en qué consisten tales obligaciones (1).

Por ello, sólo puede existir un verdadero contrato si el objeto del mismo ya ha quedado determinado en el momento de su celebración o bien puede

(1) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, 4.^a ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 210.

ser determinado *a posteriori* sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes.

A *sensu contrario*, si es necesario un nuevo acuerdo para determinar el objeto del contrato, entonces es que todavía no existe un verdadero contrato entre las partes, sino simples conversaciones o tratos preliminares.

En línea con lo señalado previamente, REINHARD ZIMMERMAN (2) hace hincapié en la circunstancia de que en el Derecho romano el requisito de la determinación del precio tenía por objetivo primordial asegurar que los elementos esenciales del contrato hubieran sido objeto de acuerdo entre las partes, si bien con este requisito también se pretendía evitar el reconocimiento de la existencia de un contrato de compraventa cuando el bloqueo de la relación contractual todavía era posible, debido al riesgo latente de que al final el precio pudiera resultar indeterminable o inexistente (3).

Esta tradición ha sido seguida por el Derecho francés, y por tanto, también por el español, que en este punto se adaptan inequívocamente al Derecho romano. Por ello el artículo 1.108 del «Code civil» francés y el artículo 1.273 del Código Civil español exigen la determinación del objeto del contrato, mientras que el artículo 1.591 de dicho «Code civil» (4) y el artículo 1.445 del Código Civil español exigen la determinación del precio en la compraventa.

Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos exigen de forma rígida la determinación del precio en la compraventa, ya que, como señala ZIMMERMAN, en el Derecho inglés y en el alemán lo determinante no es tanto si el precio ha sido fijado por las partes, sino más bien «si resulta acreditada la voluntad de las partes de obligarse contractualmente» (5).

En los próximos apartados se hará referencia a la regulación que en materia de determinación del precio en la compraventa contiene el Código Civil español, así como a la tendencia seguida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, para después centrar la atención en la regulación que sobre tal materia se contiene en los principales textos internacionales de Derecho uniforme.

Con semejante estudio comparativo se pretenden destacar las evoluciones más significativas en la materia objeto de estudio, poniendo así de relieve los

(2) ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pág. 254.

(3) «*The “certainty of price” requirement was primarily intended to help ensure that in its essential elements the bargain was the work of the parties. Secondly, however, the Roman lawyers seem to have wanted to ensure that the bargain was in actual fact struck; they tried to avoid recognizing a contract of sale where a breakdown of the transaction was still possible due to the fact that in the end a price might either be lacking or unascertainable.*».

(4) El artículo 1.591 del Código Civil francés señala que «*Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.*».

(5) ZIMMERMAN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. española de VAQUER ALOY, A., Civitas, Madrid, 2000, pág. 49.

argumentos en los que se apoyan determinadas soluciones de política jurídica dirigidas a flexibilizar al máximo el requisito de la determinación del precio en la compraventa.

2. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.1. INTRODUCCIÓN

Como se ha apuntado en el apartado anterior, en materia de determinación del precio en la compraventa, el ordenamiento jurídico español se adapta claramente a la solución clásica del Derecho romano, también seguida por el Código Civil francés o el belga.

Tal opción se manifiesta tanto en la regulación positiva contenida en preceptos del Código Civil como en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en aplicación de los mismos, como se expone a continuación.

2.2. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

2.2.1. *Introducción*

El artículo 1.273 del Código Civil señala 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 los contratantes»*.

Por su parte, el artículo 1.445 del Código Civil señala que *«por el contrato de compra y venta se obliga uno de los contratantes a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente»*.

De la interpretación de ambos artículos, resulta evidente que *el precio en la compraventa debe ser cierto o determinado, lo que no supone que sea necesario fijarlo cuantitativamente en el momento de la celebración, sino que basta con que pueda determinarse posteriormente «sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes»*.

Por tanto, el Código Civil no exige tajantemente la determinación del precio en el momento de celebración del contrato, al ser posible el contrato con precio determinable, en el que se fijan las bases para que el mismo pueda ser determinado *a posteriori*.

De esta forma, frente a la prestación determinada, que es la que ha sido plenamente identificada por las partes en el momento de la celebración del contrato, la prestación determinable es la que, sin estar determinada, puede llegar a determinarse en el futuro sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes.

Con mayor concreción, se ha señalado que la prestación es determinada «cuando desde el nacimiento mismo de la obligación está prevista en su concreta consistencia, individualizada e identificada en forma que no pueda ser confundida por otra». Y es determinable «cuando en el momento de nacer la obligación no alcanza este grado de identificación, pero nace, sin embargo, provista de las previsiones, elementos o datos suficientes para su ulterior identificación sin necesidad de convenio entre los sujetos de la obligación» (6).

En estos casos, «hay una relativa determinación o indeterminación, suficiente, sin embargo, para cubrir el requisito de la determinabilidad de la prestación» (7), autorizándose a los contratantes «para que pacten en el contrato de compraventa el procedimiento mediante el cual el precio se determinará posteriormente sin influencia exclusiva de sus voluntades. El precio no es determinado, sino determinable, hasta entonces» (8).

Sin embargo, *cuando no sólo no existe determinación del objeto del contrato, sino que éste tampoco es determinable por no haberse fijado por las partes las bases que hayan de permitir su fijación en el futuro, la conclusión que brinda nuestro ordenamiento jurídico es indudable; el contrato debe ser considerado nulo, y por tanto, ineficaz*. Y ello porque, como ha señalado DE CASTRO, «le falta de modo irremediable algo esencial a la existencia del negocio» (9).

En tal supuesto, se ha afirmado que el contrato no puede existir porque carece de objeto, uno de los elementos esenciales sin los que no puede existir contrato alguno. Sin embargo, la misma conclusión se alcanzaría si se estimara que el contrato no carece de objeto, sino que «padece de un exceso de objetos posibles» (10), ya que en ambos casos el objeto del contrato no ha sido determinado ni es posible su determinación.

(6) LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; DELGADO ECHEVARRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 88.

(7) HERNÁNDEZ-GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, Ed. Madrid, Madrid, 1960, pág. 104.

(8) Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 287.

(9) DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 472.

(10) LACRUZ BERDEJO, J.L.; SANCHO REBULLIDA, F.; DELGADO ECHEVARRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos...*, cit., pág. 88.

2.2.2. *La determinación del precio por referencias objetivas*

Dentro de la posibilidad de que el precio no esté determinado pero sea determinable en función de los criterios sentados por las partes en el contrato, en primer lugar hay que aludir a la fijación del mismo a través de referencias objetivas. Según PERALES VISCASILLAS, en el Derecho español «la determinabilidad del precio es posible únicamente por referencia a un estándar objetivo al que directamente se pueda hacer referencia. Es más, todos los medios de determinabilidad del precio han de haberse acordado por las partes» (11).

En este sentido, el artículo 1.447 del Código Civil permite que el precio se fije con referencia a una cosa cierta, mientras que el artículo 1.448 establece que se tendrá por cierto el precio en la venta de cosas fungibles «*cuan-do se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el predio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto*».

Como ha señalado PERALES VISCASILLAS, en este último caso las partes podrán entender perfeccionado el contrato un determinado día, «dejando la ulterior concreción de uno de sus elementos, el precio, a la forma natural que indique el mercado» (12).

2.2.3. *La determinación del precio por un tercero*

El Código Civil también regula la determinación del precio por parte de un tercero en el mismo artículo 1.447, que permite que se deje el señalamiento del precio «*al arbitrio de persona determinada*», de forma que «*si ésta no quisiere o no pudiese señalarlo, quedará ineficaz el contrato*».

Al tratar del arbitrio de tercero en los negocios jurídicos, Díez-PICAZO destacó que lo dispuesto en el artículo 1.447 encierra una posibilidad muy importante; «un elemento del contrato de compra-venta puede no ser determinado por las partes contratantes, según con reiteración secular han admitido leyes y autores, sino por un tercero. O con otras palabras: se da a un tercero una intervención, en el contrato de compraventa, tal que se le concede la función de fijar uno de sus elementos» (13).

Algunos autores han defendido que la fijación del precio por un tercero implica la existencia de una condición suspensiva en el contrato, que se entendería cumplida con la definitiva fijación del precio de la compraventa

(11) PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 324.

(12) PERALES VISCASILLAS, P., *La formación...*, cit., pág. 329.

(13) Díez-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 12.

por parte del arbitrador. Sin embargo, como ha señalado HERNÁNDEZ-GIL, el contrato sujeto a condición suspensiva reúne todos los requisitos esenciales, entre ellos el objeto, lo que no sucede cuando el tercero arbitrador no ha efectuado la determinación y no se sabe si la efectuará o no.

Por lo tanto, «si el tercero realiza la determinación, no se cumple propiamente una condición, sino que se termina, desarrolla y perfecciona el negocio jurídico, dotándole del elemento que hasta ese instante le faltaba» (14).

Al proceder a la determinación del precio, que deberá fijarse en relación con el momento de celebración del contrato, *el tercero podrá actuar conforme a su leal saber y entender (arbitrium merum) o con arreglo a criterios objetivos o de equidad (arbitrium boni viri)*.

En este punto, HERNÁNDEZ-GIL señala que el artículo 1.447 del Código Civil sólo regula el *arbitrium merum*, pero que no impide la utilización del *arbitrium boni viri*, «toda vez que si a la fórmula del Código Civil le falta extensión, implica sin embargo la atribución al tercero de un cometido en tal grado trascendente que nada se opone a que se le confieran cometidos de rango inferior» (15).

Actualmente, la mayoría de la doctrina entiende que, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando en un contrato se remite la fijación del precio de la compraventa a un tercero, debe interpretarse que tal determinación habrá de realizarse conforme a criterios objetivos o de equidad (16).

En todo caso, *la decisión del tercero será susceptible de impugnación, tanto en el supuesto de que haya actuado conforme a criterios objetivos o de equidad como en el supuesto de que haya actuado conforme a su leal saber y entender*.

Así, cuando el arbitrador haya actuado conforme a criterios objetivos o de equidad (*arbitrium boni viri*), la decisión del mismo será impugnabile judicialmente «cuando evidentemente haya faltado a la equidad», por aplicación analógica del artículo 1.690 del Código Civil (que se refiere a la impugnación de la actuación del tercero que haya designado la parte de los socios en las ganancias y en las pérdidas en el contrato de sociedad), o cuando no se haya ajustado a las instrucciones recibidas de las partes (17).

Por su parte, cuando el tercero haya procedido según su leal saber y entender en la fijación del precio del contrato (*arbitrium merum*), su decisión sólo será impugnabile si ha actuado de mala fe (18).

(14) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho...*, cit., pág. 106.

(15) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho...*, cit., pág. 107.

(16) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, III, Contratos*, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid, pág. 207.

(17) DíEZ-PICAZO, L., *El arbitrio de un tercero...*, cit., pág. 207.

(18) DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 213.

Por último, *en cuanto a la consecuencia prevista para la falta de determinación del precio por el tercero, el artículo 1.447 del Código Civil señala que «si el tercero no quisiere o no pudiere fijarlo, quedará ineficaz el contrato»*. Según FAJARDO FERNÁNDEZ, habrá que preguntarse qué clase de arbitrio pretendieron las partes, de forma que el párrafo segundo del artículo 1.447 sólo debe entenderse aplicable al libre arbitrio (*arbitrium merum*), pero no al arbitrio de equidad.

Por ello, según el citado autor, «si era un libre arbitrio, se deberá aplicar el párrafo II, y en otro caso no se deberá aplicar. Si el libre arbitrio referido al precio es poco menos que una entelequia, deberemos concluir que el párrafo II, aunque vigente, está pensado para un supuesto que no concurre nunca, luego tampoco él deberá ser nunca aplicado» (19).

2.2.4. *La determinación del precio por uno de los contratantes*

ZIMMERMAN (20) pone de relieve que la principal objeción que oponían los juristas romanos a la posible determinación del precio por un contratante era que en tal supuesto se estaría dejando la determinación de un elemento esencial del negocio a una sola de las partes, por lo que el control institucional para evitar el riesgo de un grave desequilibrio contractual habría sido retirado (21).

Esta objeción se mantiene viva en *el artículo 1.449 del Código Civil español, que prohíbe tajantemente la determinación del precio por una de las partes, al disponer que «el señalamiento del precio no podrá dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes»*.

Este precepto se ajusta estrictamente a lo dispuesto por el artículo 1.256 del Código Civil, a tenor del cual *«la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno los contratantes»*, y es plenamente coherente con la sistemática del mismo, ya que «en una serie de preceptos paralelos a aquellos en que nuestro Código va admitiendo el arbitrio de un tercero, va rechazando el posible arbitrio de una de las partes (cfr. art. 1.449 respecto al precio en la compraventa y art. 1.690 respecto a la designación de las partes en la sociedad)» (22).

(19) FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, prólogo de DORAL GARCÍA, J. A., Edijus, Madrid, 2001, pág. 361.

(20) ZIMMERMAN, *The Law of...*, cit., pág. 254.

(21) «*The main objection of Roman lawyers was probably that the determination of an essential negotii had been left to one party and that thus the institutional check against the danger of gross and unreasonable contractual imbalance (namely negotiation about the price) had been removed.*»

(22) DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 213.

A pesar de lo anterior, Díez-PICAZO señala que «entre nosotros, la remisión de la determinación del objeto contractual al arbitrio de una de las partes parece admitida en muchos casos por el uso de los negocios» (23).

Por ello, PERALES VISCASILLAS propugna una interpretación amplia del mencionado precepto, en virtud de la cual «no toda determinación del precio por una de las partes entra dentro del supuesto de hecho de la norma, sino sólo aquellos en los que la fijación del precio se realiza unilateralmente de forma arbitraria. Por eso estimamos perfectamente eficaz que alguna de las partes pueda señalar la fijación del precio entre unos topes máximos y mínimos o por referencia a un módulo oficial» (24).

2.3. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LA COMPRAVENTA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En numerosos supuestos sometidos a su enjuiciamiento, el Tribunal Supremo ha concluido que, en línea con lo dispuesto en los artículos 1.273 y 1.445 del Código Civil, «la determinación del precio puede quedar establecida inicialmente por las partes al momento de perfección del contrato, o diferirse para un momento ulterior siempre que para ello no sea necesario celebrar un nuevo contrato, precisando los criterios o puntos de referencia en base a los cuales podrá establecerse exactamente la cuantía del precio» (25).

Así se ha puesto de manifiesto por la Sala de lo Civil, que ya en la sentencia de 29 de noviembre de 1930 (*RJ* 1930/1302) admitía expresamente la validez de un contrato con precio no determinado pero determinable, señalando que «es jurisprudencia de esta Sala que lo exigido por el artículo 1.445 sobre precio cierto no supone que cuantitativamente se precise en el momento del contrato, sino que basta que pueda determinarse aquél».

Esta doctrina ha servido de base a numerosos pronunciamientos del Alto Tribunal, en los que *se ha apreciado la existencia y validez de un contrato, a pesar de que el precio no aparecía fijado en el mismo en el momento de su celebración* (26).

De acuerdo con lo anterior, y a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1985 (*RJ* 1985/1162) consideró que «la argumentada incertidumbre del precio aparece salvada con la precisa referencia al que resulte de su construcción, lo que ha de considerarse bastante para la determinación del mismo».

(23) Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 213.

(24) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 329.

(25) STS de 15 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993/9097).

(26) STSS de 19 de junio de 1995 (*RJ* 1995/5322), 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1200) o 22 de febrero de 1968 (*RJ* 1968/1192), entre otras.

También es el caso de la sentencia de 5 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/1649), en la que se aceptó la validez del contrato cuando el precio se había determinado por unidad de medida en relación con la superficie, afirmándose que el hecho de «que posteriormente la cosa, y en proporción, el precio, resultaran superiores a lo que se estimó inicialmente... es una cuestión que forma parte de la previsión voluntariamente aceptada por las partes, ya que no pusieron límites ni condiciones».

Por tanto, *la Jurisprudencia del Tribunal Supremo admite la validez de los contratos con precio no determinado pero determinable, bien por haberse remitido la fijación de aquél a un tercero, bien por haberse fijado en relación con algún valor objetivo o índice de referencia.*

De lo anterior se deduce claramente que *cuando no se haya fijado un precio, y tampoco sea posible determinarlo en el futuro, el precio no existirá y el contrato deberá reputarse nulo de pleno derecho, conclusión que también ha quedado plasmada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo.*

Así, partiendo de que la certeza del precio es requisito esencial de la propia naturaleza del contrato de compraventa, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000/10135) declaró la inexistencia de un contrato de compraventa argumentando que «en el presente caso, si bien no puede hablarse de una indeterminación total en cuanto se fijaron unos límites cuantitativos entre los que había de comprenderse el precio final y cierto, no se establecieron los criterios que, dentro de esos límites, llevarían a la exacta determinación del precio».

En términos similares se pronuncia la Sala de lo Civil en otras sentencias, como la de 13 de marzo de 1997 (*RJ* 1997/2103) o la de 26 de abril de 1982 (*RJ* 1982/1965), en las que se concluye la inexistencia del contrato de compraventa al no existir elementos probatorios de los que pudiera deducirse una supuesta determinación automática del precio o cualquier otro medio de determinación posterior.

A pesar de lo anterior, y a la vista de la Jurisprudencia, FAJARDO FERNÁNDEZ ha señalado que la ineficacia por indeterminación cumple diversas funciones, todas ellas distintas de las que podría parecer que le es propia de anular los contratos con precio indeterminado, ya que, a título de ejemplo, en algunos casos la nulidad por indeterminación se entiende como un indicio de falta de voluntad contractual o como un indicio de simulación del precio y del contrato.

Por ello, el citado autor afirma que «en su conjunto, puede afirmarse que las sentencias que conceden la ineficacia del contrato por indeterminación del precio nunca lo hacen por eso. La Jurisprudencia parece confirmar que la indeterminación del precio no provoca por sí sola la ineficacia contractual. Efectivamente, si el número de sentencias que declaran la ineficacia de una compraventa por la indeterminación del precio es bastante reducido, el núme-

ro de las que realmente se fundamentan en esa indeterminación para declarar la ineficacia tiende a cero».

En todo caso, es evidente que la exigencia de la determinabilidad del precio en la compraventa continúa siendo de trascendental importancia tanto a tenor de lo dispuesto en el Código Civil como de las soluciones adoptadas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que, si bien en ocasiones ha sido objeto de una interpretación flexible, tal determinabilidad del precio sigue exigiéndose claramente por los Tribunales.

Una vez esbozado a grandes rasgos el tratamiento que el legislador y la Jurisprudencia españolas dispensan al problema de la determinación del precio en la compraventa, a continuación se hará referencia a la evolución seguida por los principales textos internacionales de Derecho uniforme.

3. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA EN EL DERECHO UNIFORME

3.1. INTRODUCCIÓN

Como se ha apuntado al principio de este trabajo, no todos los ordenamientos jurídicos exigen de forma tajante la determinación del precio en el contrato de compraventa.

En este sentido, según el BGB alemán, la venta sin mención de precio es válida siempre que no indique ausencia de consentimiento, entendiéndose que implica una referencia tácita a una base objetiva o a la integración por una de las partes. Algo similar sucede con el Derecho italiano, en el que se ha compatibilizado la exigencia de determinación con las normas que establecen un precio supletorio para los contratos perfeccionados sin mención de precio (27).

Por su parte, el *common law* admite sin duda alguna las ventas sin precio determinado, ya que lo verdaderamente importante es la intención de contratar de las partes, por lo que «el análisis no se centra en el objeto, sino en el consentimiento» (28).

Así las cosas, las exigencias de determinación recogidas en el Derecho francés o en el español no se corresponden con las soluciones adoptadas por gran parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Por ello, la tensión entre las diferentes opciones de política jurídica en relación con la determinación del precio en la compraventa se ha hecho especialmente patente en la redacción de los diferentes textos armonizadores de carácter internacional.

(27) FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa...*, cit., págs. 112 y 113.

(28) FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa...*, cit., pág. 125.

El presente trabajo se va a ocupar del estudio de tres de sus manifestaciones, que aunque tienen diferente naturaleza, finalidad y destinatarios, sin embargo pueden considerarse un reflejo fiel de la evolución de la doctrina internacional en materia de determinación del precio en la compraventa.

Estos tres textos internacionales son la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercaderías, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, publicados en Roma en 1995, y los Principios de Derecho Contractual Europeo, publicados a mediados del año 2000.

En primer lugar, respecto a la Convención de Viena, que proporciona un texto uniforme sobre el derecho de la compraventa internacional de mercaderías, su gran éxito fue la conciliación de diferentes tradiciones jurídicas. De ahí su interés para el presente trabajo, en cuanto manifestación de un Derecho uniforme del contrato de compraventa a nivel internacional.

En cuanto a los Principios de UNIDROIT, los mismos son aplicables a los «contratos mercantiles internacionales», y carecen de la virtualidad de la Convención de Viena. En este sentido, las normas contenidas en la Convención, al haber sido aprobadas en conferencia diplomática por diversos países, forman parte del Derecho interno de los mismos, como por ejemplo España.

No es este el caso de los Principios UNIDROIT, que se limitan a ser un «restatement» o recopilación internacional de los principios generales del Derecho de contratos. Esto no significa que carezcan de importancia, ya que fueron redactados por un grupo de juristas procedentes de los principales sistemas jurídicos del mundo, y también obedecen a un intento de armonización de ciertas reglas jurídicas para favorecer su utilización por parte de operadores procedentes de distintas tradiciones legales.

En todo caso, como principios especialmente adaptados a las necesidades del tráfico internacional, los mismos pueden considerarse como una manifestación moderna de los usos de comercio internacionales o *lex mercatoria*, pudiéndose incorporar por los contratantes en sus relaciones jurídicas, lo que no impedirá la aplicación de las normas de naturaleza imperativa del país del foro.

En cuanto a los Principios de Derecho Contractual Europeo, también nacen con el propósito de armonización señalado para los Principios de UNIDROIT, si bien en este caso el intento tiene un alcance meramente regional. Y es que estos Principios de Derecho Contractual Europeo también tienen la pretensión de promover una futura unificación del Derecho Privado a nivel europeo (29).

(29) La Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 1989, solicitó la iniciación de los trabajos preparatorios para redactar un Código Europeo de Derecho Privado, siendo repetida esta demanda por la Resolución de 6 de mayo de 1994.

En la medida en que, al igual que la Convención de Viena y los Principios de UNIDROIT, se basan en una investigación detallada del Derecho Comparado, también se tendrán en cuenta en el presente trabajo.

3.2. DIFERENTES MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO

3.2.1. *Introducción*

Además de la determinación directa del precio en el contrato, tanto los Principios de UNIDROIT como los Principios de Derecho contractual europeo («PECL», por «Principles of European Contract Law») regulan expresamente distintos modos de determinación indirecta del precio.

Por su parte, la Convención de Viena no regula de forma expresa los diferentes modos de determinación del precio, pero su artículo 55 prevé la posibilidad de que el precio se haya fijado expresa o tácitamente, o que se haya «*estipulado algún medio para determinarlo*», por lo que de hecho admite claramente la validez del contrato con precio no determinado pero determinable.

3.2.2. *La determinación por índices de referencia*

El artículo 5.7.4 de los Principios de UNIDROIT admite expresamente la fijación del precio por índices de referencia, señalando lo siguiente:

«cuando el precio ha de fijarse por referencia a valores que no existen, que han dejado de existir o que no son asequibles, se acudirá como sustituto al equivalente más cercano».

En términos similares se expresa el artículo 6.107 de los PECL, que dispone lo siguiente:

«cuando el precio o cualquier otro elemento del contrato deba determinarse en función de un índice que no existe, que ha dejado de existir o que ya no es accesible, el índice de referencia se sustituirá por el índice equivalente más próximo».

Del tenor de los anteriores artículos queda patente que *no sólo permiten la determinación del precio mediante índices de referencia, sino que habilitan para acudir a índices de referencia similares a los que fueron pactados en el contrato si éstos desaparecieran, con el fin de conservar la relación contractual existente entre las partes.*

Así se evitan soluciones contrarias al principio de conservación del negocio, como sucede en el Derecho italiano, conforme al cual si desaparece el

factor conforme al cual había de determinarse el precio, el demandante puede pedir la extinción del contrato (30).

Como señalan OLE LANDO y HUGH BEALE, establecer las consecuencias de la desaparición del índice, y por tanto, del método de determinación del precio, no es fácil. Una de las cuestiones que se plantean es si el contrato mantendrá el precio fijado conforme al último precio publicado en el índice o si el contrato debe extinguirse.

Según los citados autores, en esta situación «parece preferible utilizar el índice equivalente más próximo, que podrá determinar el tribunal en caso necesario, para que el contrato pueda continuar más o menos como querían las partes» (31).

3.2.3. *La determinación por un tercero*

El artículo 5.7.3 de los Principios de UNIDROIT regula expresamente la determinación del precio por un tercero, señalando que «*cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o no quiera fijarlo, el precio será uno razonable*».

Por su parte, el artículo 6.106 de los PECL señala lo siguiente:

- (1) «*Cuando la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deje en manos de un tercero y éste no pudiera o no quisiera hacerlo, se presume que las partes han otorgado al Juez o Tribunal poder para designar a otra persona que se ocupe de ello.*
- (2) «*Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable*».

Ambos preceptos tratan de salvar la situación que puede plantearse cuando el tercero designado por los contratantes para fijar el precio del contrato no quiere o no puede hacerlo por cualquier motivo. Y es que en estos casos, algunos ordenamientos prevén directamente la extinción del contrato, como el Código Civil español (el art. 1.447 señala que «si ésta no quisiera o no pudiera señalarlo quedará ineficaz el contrato», como ya se ha visto), el «Code civil» francés o la «Sale of Goods Act» inglesa (32).

(30) LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II* (Los Trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»), trad. de BARRES BENLLOCH, P., Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pág. 458.

(31) LANDO, BEALE, *Principios...*, cit., pág. 457.

(32) LANDO, BEALE, *Principios...*, cit., pág. 453.

Sin embargo, la extinción del contrato debe evitarse en la medida de lo posible, ya que la ineficacia del contrato, si el tercero no puede o no quiere fijar el precio, «es claramente contraria al principio de conservación del contrato y a la posibilidad, siempre admitida, de que los Tribunales puedan revisar la decisión del tercero, pues si pueden revisarla ha de entenderse que también pueden adoptarla cuando haya faltado» (33).

Por ello, *ambos artículos evitan claramente el efecto indeseable de la extinción del contrato, de forma que el artículo 5.7.3 de los Principios de UNIDROIT prevé que el precio se sustituirá (por el Juez o Árbitro) (34) por uno razonable, mientras que el artículo 6.106 de los PECL presume que las partes han otorgado al Juez o Tribunal poder para designar a otra persona que se encargue de tal fijación del precio.*

Por otra parte, la redacción del artículo 5.7.3 de los Principios de UNIDROIT obliga a interpretar que «sólo se requiere que el precio sea razonable si el tercero no puede o no quiere fijarlo, de donde *a contrario sensu* se induce que en caso de que el tercero sí lo fijara, el precio no tendría que ser razonable» (35).

Para salvar tal consecuencia, el artículo 6.106 de los PECL ha exigido de forma expresa que el precio fijado por un tercero sea razonable, permitiendo así a los Tribunales la anulación de una valoración irrazonable.

Sin embargo, OLE LANDO y HUGH BEALE realizan una interpretación restrictiva de esta facultad de revisión del precio, señalando que «si tenemos en cuenta que las partes escogieron que un tercero llevara a cabo la valoración y asumieron por tanto el riesgo de errores, la intervención judicial sólo se permitirá conforme a este artículo cuando estemos ante un error manifiestamente irrazonable, como un error aritmético claro o un grave error de valoración» (36).

3.2.4. *La determinación por uno de los contratantes*

En determinados sectores del comercio, como en el de la prestación de servicios, es muy común la remisión del precio al que fije una de las partes, ya que en estos casos «el precio no puede ser fácilmente fijado con anticipa-

(33) DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 282.

(34) BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. española de A. M. GARRRO, UNIDROIT, Roma, 1995, pág. 118.

(35) PULIDO BEGINES, J. L., «Contenido del contrato», en *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, coordinada por MORÁN BOVIO, D., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, pág. 276.

(36) LANDO, BEALE, *Principios...*, cit., pág. 453.

ción y la parte que presta los servicios se encuentra en mejor posición para valorar su costo» (37). A estos supuestos se refieren tanto el artículo 5.7.2 de los Principios de UNIDROIT como el artículo 6.105 de los PECL, tal y como se expone a continuación.

En primer lugar, el artículo 5.7.2 de los Principios de UNIDROIT señala lo siguiente en relación con la determinación del precio por una de las partes contratantes:

«cuando la determinación del precio quede a cargo de una de las partes y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, será sustituida por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario».

En términos casi idénticos, el artículo 6.105 de los PECL señala lo siguiente:

«aún cuando exista una estipulación en contra, si la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deja en manos de una de las partes y lo así determinado resultase manifiestamente irrazonable, el precio o elemento referido se sustituirá por otro razonable».

La posibilidad de fijación del precio por una de las partes en el contrato, a la que se refieren ambos artículos, puede dar lugar a evidentes abusos, por lo que se pretende limitar mediante la facultad judicial de revisar, y en su caso, sustituir, los precios que no sean razonables.

Además, se ha señalado que aunque tales artículos no dicen nada sobre si la remisión al arbitrio de un tercero implica un *arbitrium merum* o un *arbitrium boni viri* (de equidad), debe entenderse que se trata de este último, ya que «la idea se encuentra implícita en la medida en que se permite la revisión y sustitución de lo hecho por aquélla de las partes a quien la remisión se efectuó cuando resulte por completo irrazonable» (38).

A pesar de lo anterior, *algunos autores se han mostrado tajantemente en contra de permitir la fijación del precio por uno de los contratantes, argumentando que la adopción de dicha regla podría abrir una vía al desequilibrio de las prestaciones.*

En particular, se ha argumentado que no puede dejarse al arbitrio de una de las partes la determinación de un elemento tan importante del contrato como es el precio, «porque si bien dicha regla es coherente con el respeto al

(37) BONELL, *Principios...*, cit., pág. 118.

(38) DíEZ-PICAZO, L.; Roca TRÍAS, E., y MORALES, A. M., *Los Principios...*, cit., pág. 281.

principio de autonomía de la voluntad de los contratantes, parece incompatible con la estructura formativa del contrato como concurrencia de una oferta y una aceptación respecto a los elementos esenciales del acuerdo» (39).

Asimismo, como ya se vio al tratar de la determinación del precio de la compraventa por uno de los contratantes en el Derecho español, el artículo 1.449 del Código Civil, en línea con el artículo 1.256, prohíbe que el señalamiento del precio pueda dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Por este motivo, PULIDO BEGINES *ha señalado que «el artículo 5.7.2 incurre en contradicción con una regla de Derecho necesario vigente en nuestro ordenamiento, resultando en consecuencia inoperante, siempre que conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado deban aplicarse las normas imperativas del Derecho español»* (40).

3.3. LA FALTA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO

3.3.1. *Introducción*

Como se ha señalado al tratar de la determinación del precio en la compraventa en el Derecho español, cuando el precio no ha sido determinado y tampoco se han fijado en el contrato las bases que hayan de servir para su fijación en el futuro, el contrato se considera nulo, y por tanto, ineficaz.

Para evitar tan tajante conclusión, los diferentes textos armonizadores han introducido reglas con las que se pretende integrar el contrato para salvar su eficacia, partiendo de soluciones cercanas al Derecho anglosajón, tal como se pondrá de manifiesto a continuación.

En todo caso, en el apartado siguiente se hará una referencia particularizada a la Convención de Viena, debido a los problemas teóricos y prácticos que ha planteado la redacción de sus artículos 14 y 55, que fueron fruto de una intensa negociación por parte de representantes de Estados procedentes de diversas tradiciones jurídicas.

3.3.2. *La falta de determinación del precio en la Convención de Viena*

3.3.2.1. *Introducción*

Durante las deliberaciones de la Conferencia de Viena quedaron patentes dos posturas muy claras en relación con la determinación del precio de la compraventa.

(39) PULIDO BEGINES, *Contenido...*, cit., pág. 279.

(40) PULIDO BEGINES, *Contenido...*, cit., pág. 277.

Por un lado, los países pertenecientes al mundo socialista, con economía estatalizada, eran partidarios de exigir expresamente la indicación del precio en los contratos. A este grupo se unían los países en vías de desarrollo, que temían que los países industrializados con los que contrataban pudieran fijar sus precios de catálogo arbitrariamente, o en los casos de ventas de materias primas, los precios de las bolsas situadas en los países importadores (41). También pertenecían a este grupo los países con tradiciones jurídicas partidarias de la rígida exigencia de la determinación del precio en los contratos, como los que recibieron la influencia del «Code civil» francés.

Frente a este grupo, los países anglosajones o de influencia anglosajona eran partidarios de soluciones flexibles en cuanto a la determinación del precio, permitiendo la validez de los contratos en los que no se hubiera fijado precio en absoluto.

3.3.2.2. Los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena

Fruto de las dos tendencias a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior, fue la redacción de los artículos 14 y 55 de la Convención de Viena, cuya interpretación conjunta ha planteado serias dificultades. Por un lado, el apartado primero del mencionado artículo 14 dispone lo siguiente:

«La propuesta de celebrar un contrato, dirigida a una o varias personas determinadas, constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y expresa, o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un modo para determinarlos».

Por otro lado, el artículo 55 señala lo siguiente:

«Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio ni estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate».

(41) DÍEZ-PICAZO, L., «La formación del contrato», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, coordinada por DÍEZ PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1997, pág. 167.

De la simple lectura de ambos preceptos, resulta una pregunta inevitable; si el artículo 14 exige la determinación del precio para que la propuesta de celebrar un contrato pueda considerarse suficientemente precisa a efectos de constituir una oferta, ¿cómo es posible que pueda existir un contrato «válidamente celebrado» en el que «ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio»?

Esta contradicción ha servido para que algunos autores hagan una interpretación separada de ambos artículos, indicando que el artículo 55 sólo puede considerarse aplicable si se cumplen diversos requisitos: *a)* que se trate de países que han declarado inaplicable la parte II de la Convención (en la que se incluye el art. 14) mediante la reserva prevista en el artículo 92 (42); *b)* que se trate de partes en un contrato de compraventa en el que no exista precio determinado ni se haya señalado un medio para su determinación, y *c)* que el Derecho interno no uniforme del Estado de que se trate considere el contrato válidamente celebrado, a efectos de aplicar el procedimiento que el artículo 55 establece.

Esta postura ha sido criticada por PERALES VISCASILLAS, alegando que supone una «desuniformización» de la aplicación de la Convención ya que, de seguirse esta tesis, las soluciones dadas por los distintos Tribunales nacionales serían divergentes. Asimismo, supondría «abandonar el artículo 55 para el uso exclusivo de los países cuyas normas de Derecho interno reconozcan la validez de un acuerdo sin precio» (43).

Por ello, CABANILLAS SÁNCHEZ ha señalado que el artículo 14 impone un precio determinado o determinable, mientras que el artículo 55, en caso de silencio de las partes, establece una solución supletoria que permite salvar el contrato. De esta forma, «el precio es implícitamente fijado a través de la referencia al mercado: hay, pues, un precio» (44).

El citado autor aporta otro argumento para avalar esta tesis; «el artículo 14 regularía la validez de la oferta, pero no la del contrato. A pesar de que la oferta guarde silencio sobre el precio, si la aceptación es recibida por el oferente, sin que se haya hecho ninguna objeción en un breve plazo, el contrato se entiende celebrado, y entonces el precio es regulado por el artículo 55. Se señala, en última instancia, la preeminencia del artículo 55 sobre el artículo 14 desde que la conclusión del contrato ha podido ser constatada» (45).

(42) El artículo 92.1 dispone lo siguiente: «*Todo Estado contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la parte III de la presente Convención*».

(43) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 341.

(44) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Obligaciones del comprador», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, coordinada por DÍEZ PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1997, pág. 471.

(45) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Obligaciones...*, cit., pág. 471.

En línea con esta interpretación, la Jurisprudencia más reciente ha aplicado directamente el artículo 55 en el caso de un contrato en el que el precio no se había fijado ni tampoco se había fijado medio alguno para su determinación.

En este sentido, en el caso «manufactura» (46), las partes celebraron un contrato sin precio determinado y el Tribunal aplicó directamente el artículo 55. Como señala VÁZQUEZ LEPINETTE, «de lo anterior se deduce que el juzgador consideró que los artículos 14 y 55 son perfectamente compatibles entre sí, y si en la oferta no se señala precio, éste habrá de determinarse con arreglo a lo previsto por el artículo 55» (47).

Sin embargo, PERALES VISCASILLAS señala que una oferta no puede interpretarse de forma distinta al contrato que tiene su origen en esa misma declaración de voluntad. Por ello, articula la relación entre los artículos 14 y 55, basándose en dos criterios fundamentales (48).

En primer lugar, tal y como afirma la doctrina partidaria de la aplicación separada de ambos preceptos, el artículo 55 resultará aplicable en los supuestos en los que se haya hecho uso de la reserva prevista en el artículo 92. En estos casos, al no ser aplicable el artículo 14, y siempre que el Derecho nacional no uniforme permita la celebración de contratos sin determinación del precio, podrá aplicarse la regulación prevista por el artículo 55.

En segundo lugar, si no se ha realizado reserva alguna de la parte II de la Convención conforme a lo previsto en el artículo 92 de la misma, debe realizarse una interpretación armonizadora de los artículos 14 y 55.

En virtud de esta interpretación armonizadora, lo primero que resulta evidente es que el artículo 55 sólo podrá resultar aplicable cuando el precio no haya sido determinado en el contrato ni tampoco se haya fijado ningún criterio para su determinación, ya que en caso contrario no tendría sentido su aplicación.

Por tanto, *si no se ha fijado el precio en el contrato de forma explícita o implícita, y tampoco se ha hecho la reserva prevista en el artículo 92, el artículo 55 sólo podrá considerarse aplicable si las partes así lo han acordado al amparo del principio de autonomía negocial reconocido en el artículo 6 de la Convención, que señala que «las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos».*

(46) Caso «manufactura», Bezirksgericht St. Gallen. Sentencia de 3 de julio de 1997 (no publicado; CLOUT, núm. 215).

(47) VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pág. 118.

(48) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 357.

Así, a través del artículo 6 de la Convención, los contratantes podrán excluir la aplicación del artículo 14, siendo así plenamente aplicable el artículo 55.

De esta forma, «debe entenderse que los contratantes han pretendido perfeccionar el contrato de compraventa con todos sus elementos naturales —cosa, cantidad, precio—, difiriendo, sin embargo, la fijación del precio al sistema instaurado por el artículo 55 de la Convención, como así sucede en el caso de que las partes firmen un contrato carente del elemento del precio» (49).

Además, «este común acuerdo podrá realizarse expresa o tácitamente. En este último supuesto es claro que el artículo 8 (50) del texto vienés puede ayudarnos a resolver las dudas que pudieran surgir...» (51).

Una solución parecida propone ADAME GODDARD (52), señalando que si la oferta que aparentemente no define precio es aceptada, entonces «es que hay entre oferente y aceptante un acuerdo implícito sobre el precio que, en último caso, sería el que prevé el artículo 55».

La conclusión de la anterior interpretación es que la Convención de Viena exige la determinación del precio en la compraventa, bien de forma expresa o de forma tácita. Pero esta exigencia puede derogarse por la voluntad expresa o tácita de las partes, que pueden convertir así en plenamente aplicable el método de determinación del precio previsto en el artículo 55, al que se hará referencia en el siguiente epígrafe.

3.3.2.3. El método previsto en el artículo 55 para la determinación del precio

El artículo 55 alude a que si no se ha fijado el precio ni el medio para determinarlo, «*se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el*

(49) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 354.

(50) El artículo 8 de la Convención de Viena recoge las normas de interpretación de las declaraciones de las partes, señalando lo siguiente: «1) *A los efectos de la presente Convención, las declaraciones o los actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención. 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado una persona razonable de la misma condición que la otra parte. 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.*».

(51) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 355.

(52) ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Autónoma de México, México D. F., 1991, pág. 91.

momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate».

En el Proyecto de Convención de 1978 se hacía referencia al «*precio generalmente cobrado por el vendedor*». Dado que esta fórmula podía originar abusos, como consecuencia del cobro de precios excesivos o injustos, se cambió la fórmula por la del «*precio generalmente cobrado... por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate*».

Por tanto, el precio se fijará de acuerdo con criterios objetivos («precio generalmente cobrado»), atendiendo al tiempo, a las circunstancias y al tráfico mercantil de que se trate.

Respecto al tiempo, el artículo 55 se refiere al precio vigente «*en el momento de celebración del contrato*», por lo que el precio imperante en el momento de la entrega es irrelevante.

En cuanto a la referencia al tráfico mercantil, CABANILLAS SÁNCHEZ indica que «el mercado de referencia más apropiado para la determinación del precio es, en defecto de mercado común a las dos partes, el del país del vendedor, pues es en este país donde se establecerán los elementos constitutivos del precio; el coste de producción y los márgenes de ganancia» (53).

Precisamente *la objetividad del sistema de fijación del precio previsto por el artículo 55 de la Convención de Viena ha sido criticada por algunos autores, ya que en ocasiones el comprador quizá pudiese tener derecho a descuentos especiales por volumen de ventas o por cualquier otra razón, y la utilización de un sistema de fijación de carácter objetivo podría perjudicarlo* (54).

Este es el motivo por el que, tal y como se expondrá a continuación, otros textos de Derecho uniforme no han recogido exclusivamente esta opción de política legislativa, sino que también han adoptado otras soluciones que permiten una mayor flexibilidad en la determinación del precio del contrato.

3.3.3. *La falta de determinación del precio en los Principios UNIDROIT y en los Principios de Derecho contractual europeo*

El artículo 5.7.1 de los Principios UNIDROIT recoge un criterio similar al de la Convención de Viena, pero lo completa con un criterio subsidiario que alude al precio razonable. Dicho artículo dispone lo siguiente:

«Si el contrato no fija el precio ni prevé un medio para su determinación, a falta de cualquier indicación en contrario, se entenderá

(53) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Obligaciones...*, cit., pág. 473.

(54) PERALES VISCASILLAS, *La formación...*, cit., pág. 361.

que las partes se remitieron al generalmente cobrado por tales prestaciones al momento de celebrarse el contrato, en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial. De no poder establecerse el precio de esta manera, se entenderá que ambas partes se remitieron a un precio razonable».

Por su parte, el artículo 6.104 de los PECL señala lo siguiente:

«en los casos en que el contrato no fije el precio o el método para determinarlo, se entiende que las partes han pactado un precio razonable».

El primer requisito que tiene que concurrir de manera ineludible para que puedan aplicarse los criterios que mencionan los Principios UNIDROIT y los PECL es que no exista un precio fijado en el contrato, directa o indirectamente, expresa o tácitamente.

Por ello, antes de proceder a la aplicación de los criterios mencionados, es preciso verificar que efectivamente no existe precio en el contrato ni se ha previsto medio alguno para determinarlo. En este sentido, «los usos de los negocios y las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas pueden facilitar criterios para integrar las lagunas negocialas» (55).

En relación con la previsión recogida en los Principios UNIDROIT sobre la determinación del precio mediante la remisión al «*generalmente cobrado*», se basa claramente en el artículo 55 de la Convención de Viena, al que ya se ha hecho referencia, y responde a la intención de los redactores de los Principios de establecer criterios objetivos para la determinación del precio.

La novedad que supone este artículo de los Principios UNIDROIT respecto a la Convención de Viena es que, cuando no se pueda establecer el precio remitiéndose al del respectivo ramo comercial, deberá entenderse «*que ambas partes se remitieron a un precio razonable*».

La introducción de este criterio subsidiario se debe, según el comentario oficial del artículo, a que «algunos contratos internacionales involucran operaciones que son únicas en su tipo, o por lo menos son muy específicas, para las cuales no es posible remitirse al precio cobrado por prestaciones similares en circunstancias semejantes. De acuerdo con el inciso [1], se considera en tales supuestos que las partes se han remitido a un precio razonable y la parte en cuestión fijará un precio de acuerdo a un nivel razonable sujeto a un eventual control por parte de jueces y árbitros» (56).

(55) DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios...*, cit., pág. 280.

(56) BONELL, *Principios...*, cit., pág. 117.

Esta solución ha sido criticada por PULIDO BEGINES, quien alega que en los Principios se ha llevado demasiado lejos el principio del *favor contractus* en lo relativo a la determinación del precio, ya que «no parece que las necesidades del comercio internacional justifiquen la adopción de una regla que podría ocasionar una elevada litigiosidad, sobre todo teniendo en cuenta la vaguedad de la única pauta ofrecida para la determinación del precio en tales casos» (57).

En cuanto a los PECL, la solución que recogen es aún más decidida que la de los Principios UNIDROIT, ya que en éstos el criterio del precio razonable se incluye sólo con carácter subsidiario, para el supuesto de que no sea posible determinar el precio «generalmente cobrado».

Sin embargo, en los PECL el primer y único criterio que se recoge para el caso de que el precio no haya sido determinado expresa ni implícitamente en el contrato, no es el del precio «generalmente cobrado», sino el que sea «razonable».

Por ello, se aprecia claramente la influencia del Derecho anglosajón en la redacción de algunos de estos artículos. Y es que la referencia a un precio «razonable» («*reasonable price*») que se utiliza tanto en los Principios UNIDROIT como en los PECL, encuentra sus antecedentes más claros en los artículos 8 y 9 de la «Sales of Goods Act» (58) británica de 1979 y en el artículo 2.305 del «Uniform Commercial Code» (59) estadounidense (60).

En este sentido, OLE LANDO y HUGH BEALE afirman que «los principios abandonan la posición tradicional, rigurosa, de algunos ordenamientos, que supone que en caso de faltar o no estar suficientemente determinado el objeto, el contrato será necesariamente nulo o estará vacío de contenido. Parece que en lugar de adoptar una postura tan dogmática es mejor permitir que los Tribunales salven el contrato» (61).

Es evidente, por tanto, que en el Derecho uniforme se aprecia una tendencia hacia la conservación del contrato que en ocasiones puede ir en detrimento de la seguridad jurídica, por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados (como el de precio «razonable») de contenido muy amplio.

Así, el artículo 1.301 de los PECL define qué se entiende por «razonable», señalando que «para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se

(57) PULIDO BEGINES, *Contenido...*, cit., pág. 279.

(58) El artículo 8.2 de la «Sales of Goods Act» señala: «*where the price is not determined as mentioned in subsection (1) above the payer must pay a reasonable price*».

(59) El artículo 2305.1 del «Uniform Commercial Code» señala: «*the parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such case the price is a reasonable price at the time of delivery...*»

(60) FAJARDO, *La compraventa...*, cit., págs. 126 y 127.

(61) LANDO, BEALE, *Principios...*, cit., pág. 445.

hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o ramo de actividad a que el mismo se refiera».

Por último, no puede olvidarse que *la integración del contrato mediante el criterio del «precio razonable» no debe tenerse en cuenta cuando las partes han llegado a un acuerdo sobre el precio, ya que en caso contrario podría suponer una limitación injustificada del principio de autonomía de la voluntad de las partes.*

En este sentido, los Principios de UNIDROIT parten de la total libertad de los contratantes para fijar el precio, hasta el punto de que «si el precio está expresa o tácitamente determinado por ambas partes en el momento de la conclusión del contrato no es preciso que sea justo o razonable, pudiendo incluso ser irrisorio, siempre que no se infrinjan las reglas que sobre la excesiva desproporción establece el artículo 3.10» (62) (63).

Lo mismo cabe decir respecto al artículo 6.104 de los PECL, ya que sólo en el caso de que las partes no hayan fijado el precio, podrá procederse a la integración judicial del contrato entendiéndose que quisieron pactar un precio razonable.

Por ello, es evidente que si las partes han fijado un precio, éste no tiene por qué ser justo o razonable, y sólo podrá ser impugnado en el caso de que pueda apreciarse la existencia de una ventaja excesiva o una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes.

Y para que esto suceda «no basta una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que rompa el equilibrio de las prestaciones. Lo que se requiere es que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona sensata» (64).

4. CONCLUSIONES

Con el estudio de las distintas opciones de política jurídica que se han puesto de manifiesto en el presente trabajo, queda de manifiesto una tendencia clara hacia la flexibilidad en el tratamiento del requisito de la determina-

(62) El artículo 3.10.1 de los Principios UNIDROIT señala que «*cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato o cualquiera de sus disposiciones si en el momento de su celebración, éste o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva*».

(63) PULIDO BEGINES, *Contenido...*, cit., pág. 275.

(64) BONELL, *Principios...*, cit., pág. 82.

ción del precio en el contrato de compraventa, con la finalidad de permitir la conservación de la relación contractual y evitar la gravosa consecuencia de la ineficacia del contrato.

Sin embargo, pueden apreciarse importantes diferencias entre las soluciones adoptadas por el Derecho español y las que se han ido recogiendo en los diferentes textos de Derecho uniforme, como se pone de manifiesto en las siguientes conclusiones:

- I. En lo que respecta al Derecho español, se ha señalado que las normas relativas a la determinación del precio en la compraventa deben interpretarse de forma flexible y abierta, de forma que «todo lleva a pensar que las normas que exigen la determinación del precio, e incluso las que prohíben modos concretos de determinarlo, pertenecen más al ámbito del *ius aequum* que al del *ius strictum*» (65). Sin embargo, de lo que no cabe duda es de que *tanto el Código Civil como la Jurisprudencia del Tribunal Supremo español exigen claramente que el precio esté determinado o que por lo menos sea posible su determinación sin necesidad de un nuevo contrato entre las partes.*
- II. Por ello, parece que una interpretación flexible de las normas del ordenamiento jurídico español, relativas a la determinación del precio en la compraventa, en ningún caso puede habilitar a los Tribunales para ejercer facultades de integración del contrato con el fin de fijar un precio equitativo o «razonable» en los supuestos en los que las partes no lo hayan fijado directamente ni por referencia.
De esta forma, los preceptos del Código Civil deberán interpretarse con la mayor amplitud posible para permitir la conservación de los contratos en los que no se haya fijado un precio de forma expresa. Pero *si el precio no ha sido determinado y tampoco se ha fijado medio alguno para su determinación, la solución que ofrece el ordenamiento jurídico español es incuestionable; el contrato deberá ser considerado nulo, y por tanto, ineficaz, al faltar el consentimiento de los contratantes sobre un elemento esencial del contrato.*
- III. *Los textos del Derecho uniforme ofrecen soluciones más flexibles, pudiéndose apreciar una clara voluntad de que el contrato sea eficaz incluso cuando las partes ni han fijado un precio ni tampoco el medio para que se proceda a su determinación en el futuro.*

(65) FAJARDO, *La compraventa...*, cit., pág. 171.

- IV. Para ello, *la Convención de Viena, y sobre todo, los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho contractual europeo prueban verdaderos medios de integración judicial de los contratos, concediendo a los Jueces y Tribunales un poder de decisión más característico de los países del «common law» que de los de «civil law».*

En este sentido, refiriéndose a los Principios UNIDROIT, pero con una valoración que también es extensible a la Convención de Viena y a los Principios de Derecho contractual europeo, PULIDO BEGINES señala que «el redactor de los principios pretende responder a las necesidades de la práctica internacional, considerando que resulta beneficioso para ambas partes el establecimiento de reglas que permitan preservar la validez del contrato en circunstancias en las que mediante la aplicación de los principios tradicionales del derecho contractual el contrato resultaría nulo o anulable por falta de precio» (66).

- V. A esta finalidad de conservación del contrato obedece la regulación contenida en los Principios UNIDROIT y en los PECL sobre los índices de referencia, ya que no sólo se admite la fijación del precio de esta forma, sino que se prevé un criterio para fijar el precio mediante el «*equivalente más cercano*» cuando el índice de referencia inicialmente previsto haya dejado de existir o no sea accesible.
- VI. En la regulación de la determinación del precio por un tercero también se aprecia un claro interés por favorecer la vigencia del contrato, ya que si el tercero a quien correspondía la fijación del precio no quiere o no puede hacerlo, el contrato no deviene ineficaz, tal y como prevé el artículo 1.447 del Código Civil español, sino que la autoridad judicial habrá de fijar un precio «*razonable*», en el caso de los Principios UNIDROIT, o designar otra persona para que determine el precio, con facultades para sustituir o revisar el precio cuando sea «*irrazonable*», en el caso de los PECL.
- VII. Respecto a la determinación del precio por uno de los contratantes, tal posibilidad es admitida tanto por los Principios de UNIDROIT como por los PECL, evitando así la nulidad de los contratos en los que se haya establecido semejante forma de determinación del precio, si bien esta posibilidad se sujeta a control mediante la exigencia de que el contratante fije un precio «*razonable*».

(66) PULIDO BEGINES, *Contenido...*, cit., pág. 275.

- VIII. Por último, respecto a los supuestos en los que el precio no haya sido determinado ni tampoco sea determinable, el Derecho uniforme admite abiertamente la validez del contrato, regulando los medios que han de servir para integrar la voluntad de las partes en lo relativo a tal determinación del precio. Así, con el fin de fijar el precio del contrato, en la Convención de Viena y en los Principios de UNIDROIT se acude a un criterio de integración de carácter objetivo («*el precio generalmente cobrado*»), mientras que en los Principios de UNIDROIT (con carácter subsidiario respecto al criterio del «*precio generalmente cobrado*») y en los PECL se utiliza un criterio de matiz subjetivo («*el precio razonable*»).
- IX. En definitiva, resulta evidente que con las soluciones de política jurídica recogidas en los textos de Derecho uniforme que han sido objeto de estudio se introduce una gran flexibilidad en la apreciación del requisito de la determinación del precio en la compraventa, tratando de evitar así la ineficacia del contrato en una clara aplicación del principio de conservación del negocio que se consagra tanto en los Principios de UNIDROIT como en los PECL (67), y que parte de la presunción de que el contrato se ha concluido entre personas sensatas que no han querido una declaración inútil o ineficaz.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME GODDARD, J., *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1991.
- BONELL, M. J., Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, trad. española de GARRO, A. M., UNIDROIT, Roma, 1995.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Obligaciones del comprador», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, coordinada por Díez-PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1997.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

(67) Así, el artículo 4.5 de UNIDROIT señala que «*las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas*». Por su parte, el artículo 5.106 señala que «*toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen*».

- DÍEZ-PICAZO, L., «La formación del contrato», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, coordinada por DÍEZ-PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1997.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II, Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, prólogo de DORAL GARCÍA, J. A., Edijus, Madrid, 2001.
- HERNÁNDEZ-GIL, A., *Derecho de Obligaciones*, Ed. Madrid, Madrid, 1960.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F.; DELGADO ECHEVARRÍA, J., y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones*. Vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1985.
- LANDO, O., BEALE, H., *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II* (Los Trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo»), trad. de BARRES BENLLOCH, P., Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil, III. Contratos*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PULIDO BEGINES, J. L., «Contenido del contrato», en *Comentario a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, coordinada por MORÁN BOVIO, D., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, T., *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.
- ZIMMERMAN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. española de VAQUER ALOY, A., Civitas, Madrid, 2000.

MIGUEL ÁNGEL MALO VALENZUELA

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 17-3-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Telde, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. SOBRE BIENES ADJUDICADOS AL CÓNYUGE NO DEUDOR CON CARÁCTER PRIVATIVO EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES. DECLARACIÓN DE GANANCIALIDAD DE LA DEUDA: NECESIDAD DE PREVIA DECLARACIÓN JUDICIAL PARA PODER PRACTICAR LA ANOTACIÓN.

La sola afirmación por la Agencia de que la deuda que motiva el embargo cuestionado es deuda de la sociedad de gananciales, no es suficiente para hacer posible la anotación. Es necesario para ello que exista una previa declaración judicial de ganancialidad de la deuda. Entender lo contrario supondría la indefensión del titular registral.

Resolución de 22-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 1

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: SEGREGACIÓN O DIVISIÓN DE FINCA RÚSTICA. NECESIDAD DE LICENCIA O DECLARACIÓN ALTERNATIVA DE SU INNECESARIEDAD.

Cuando la descripción de la finca segregada, aun estando su cabida por encima de la unidad mínima de cultivo, al igual que el resto de la matriz, induce a pensar en la existencia de una posible parcelación en suelo rústico, es exigible la necesidad de la pertinente licencia municipal o la declaración municipal de su innecesariedad.

Resolución de 22-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 1

RECURSO GUBERNATIVO. EXTEMPORANEIDAD.

Está el recurso interpuesto fuera de plazo cuando la notificación ha sido practicada en forma al presentante y al Notario autorizante y ha transcurrido un mes desde la fecha de recepción de la última notificación.

Para cancelar derechos posteriores a la opción se requiere la consignación o depósito del íntegro precio pactado a favor de los titulares de tales derechos o el consentimiento de los mismos, pues dicho precio pasará a ocupar por subrogación real la posición jurídica que al inmueble correspondía.

En cuanto al alcance del pacto del pago del precio por compensación, carece de trascendencia real y, en su caso, conculca la prohibición de pacto comisorio.

Resolución de 23-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 2

AGUAS. SU INSCRIPCIÓN.

Aunque la Ley de Aguas ha respetado la propiedad privada de las aguas hasta su entrada en vigor, bajo ciertos condicionamientos y requisitos, para la inscripción de dichas aguas en el Registro de la Propiedad se requiere su previa inscripción en el catálogo de aguas privadas.

Resolución de 23-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Guernica

CALIFICACIÓN REGISTRAL. ÁMBITO DE LA MISMA.

La resolución del recurso gubernativo debe circunscribirse a los defectos alegados en la nota de calificación.

El Registrador sólo puede calificar sobre la base de los documentos presentados y de los asientos del Registro.

Para inscribir una finca funcional, como única, se requiere la declaración de voluntad del interesado y la justificación de la relación de dependencia o vinculación entre las fincas, sin que baste aquella declaración de voluntad; si bien, en el presente caso, tal acreditación resulta del propio Registro.

Resolución de 23-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Pola de Lena

CALIFICACIÓN. SU ÁMBITO. SOCIEDAD DE GANANCIALES: DISUELTA Y NO LIQUIDADA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE LOS

DERECHOS QUE EL CÓNYUGE DEMANDADO TENÍA SOBRE LA MITAD INDIVISA DE UN BIEN GANANCIAL. ADJUDICACIÓN POSTERIOR SOBRE EL «INMUEBLE EMBARGADO AL EJECUTADO». PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: INDETERMINACIÓN DEL OBJETO ADJUDICADO.

El Registrador sólo puede calificar con arreglo a lo que resulta del título presentado y los asientos del Registro.

En situación de comunidad postganancial (sociedad de gananciales disuelta y no liquidada), no cabe el embargo sobre cuotas indivisas concretas y singulares, pues la cuota de cada cónyuge es abstracta, sobre todo el patrimonio colectivo, por lo que, hasta que no se proceda a la liquidación, no puede saberse si el bien afectado por el embargo de los derechos que pudieran corresponder al cónyuge deudor, ha sido o no adjudicado a éste, faltando mientras tanto no se efectúa tal liquidación, el requisito necesario para que se cumpla el tracto sucesivo, sin que pueda llegar a saberse, por ello, cuál es el objeto adjudicado (se habla en el título calificado de «bien inmueble embargado al ejecutado»).

Resolución de 25-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Arenas de San Pedro

HIPOTECA. DE MÁXIMO. FLOTANTE. INTERESES ORDINARIOS: AL NO ESTAR PACTADOS EN LA OBLIGACIÓN ASEGURADA, LA HIPOTECA NO PUEDE GARANTIZARLOS.

No cabe la constitución de una sola hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones, cuando no existe un mínimo de concreción de las mismas y se deja al arbitrio del acreedor la inclusión o no de una determinada deuda dentro de la cobertura hipotecaria, sin que la mera referencia hecha en el título a la liquidación del saldo existente entre las partes tenga virtualidad novatoria de las distintas obligaciones derivadas de la relación jurídica.

Los intereses ordinarios no pueden quedar garantizados con la hipoteca, si los mismos no se han pactado en el negocio jurídico asegurado con dicha garantía real.

Resolución de 27-4-2005

(BOE 6-7-2008)

Registro de la Propiedad de Coslada

TRACTO SUCESIVO. CANCELACIÓN DE ASIENTOS. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

El principio de tutela judicial efectiva conlleva que ningún asiento practicado en el Registro puede cancelarse sin consentimiento del titular registral o sentencia firme dictada en procedimiento dirigido contra todos los titulares registrales afectados.

Resolución de 30-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey

INMATRICULACIÓN. SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO. CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No cabe inmatricular una finca mediante sentencia declarativa de dominio, porque si bien media un juicio contradictorio, el mismo goza de menos garantías que el expediente de dominio inmatriculador (v.gr., intervención del Ministerio Fiscal y la relatividad de la cosa juzgada), sin que ello suponga incumplir lo ordenado judicialmente, pues la legislación específica, como lo es la hipotecaria, exige requisitos añadidos que no cumple la sentencia que declara el dominio.

Resoluciones de 4, 4, 5, 20, 21, 21, 21, 21, 23, 23, 23-5 y 17-6-2005

(BOE 8-7, 6-7, 6-7, 9-8, 9-8, 9-8, 6-8, 6-8, 6-8, 9-8, 23-5 y 17-6-2005)

Registros de la Propiedad de Madrid, número 6 y 19; San Cugat, Gandía, número 1; Almuñecar, Gandía, número 1; Madrid, número 4; Valencia, número 14; Cogolludo, Madrid, número 4; Tafalla, número 2 y Madrid, número 32

REPRESENTACIÓN. RESEÑA IDENTIFICATIVA Y JUICIO NOTARIAL DE SUFICIENCIA. SU CALIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA.

Reitera numerosas Resoluciones anteriores: 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.

A juicio siempre del Centro Directivo, es la nota de calificación el momento procedimental único e idóneo para exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos que fundamentan la decisión del Registrador, sin que sea el informe en defensa de la nota el acto adecuado para ello, debiendo reducirse el mismo a cuestiones de mero trámite.

Resolución de 5-5-2005

(BOE 6-8-2005)

Registro de la Propiedad de Puentedeume

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. SOCIEDAD DE GANANCIALES. EMBARGO «SOBRE LA PARTE» DE PROPIEDAD QUE LE CORRESPONDE A UN CÓNYUGE SOBRE UNA FINCA GANANCIAL

No procede la práctica de dicha anotación preventiva sobre finca ganancial porque no corresponde a cada cónyuge individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran, sino una cuota global sobre todo el patrimonio ganancial, que sólo se concretará singularmente cuando se efectúe su liquidación.

Resolución de 6-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Gramanet

HIPOTECA. EJECUCIÓN, CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS: NECESIDAD DE NOTIFICACIÓN AL TITULAR DE UN DERECHO CUYO TÍTULO CONSTA PRESENTADO Y PENDIENTE DE DESPACHO, CON ANTERIORIDAD A LA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE DICHA CERTIFICACIÓN.

Al titular de un derecho cuyo título se hallaba presentado con anterioridad a la fecha de la nota marginal practicada, es rigurosamente preceptivo que se realice la notificación legalmente establecida.

Resolución de 7-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Dos Hermanas

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO. CANCELACIÓN DE UNA INSCRIPCIÓN DE DECLARACIÓN DE QUIEBRA DECRETADA EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA ANTERIOR A AQUELLA INSCRIPCIÓN.

No cabe resolver en el recurso gubernativo sobre la procedencia o improcedencia de un asiento ya practicado, pues el mismo se encuentra ya bajo la salvaguardia de los Tribunales, procediendo su rectificación sólo conforme a lo previsto en el artículo 40 LH.

Resolución de 9-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16

PROPIEDAD HORIZONTAL. CAMBIO DE USO DE LOCAL A VIVIENDA (EN CATALUÑA). INNECESARIEDAD DE LICENCIA MUNICIPAL.

De acuerdo con la legislación catalana, no se requiere licencia municipal para el cambio de uso de un local de una propiedad horizontal en vivienda.

Resolución de 10-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Algeciras, número 1

INSCRIPCIÓN. PARCIAL DEL DOCUMENTO. AGRUPACIÓN DE FINCAS CUYA COLINDANCIA NO RESULTA DE LA ESCRITURA. EXCESO DE CABIDA: DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Conteniéndose en la escritura calificada diversos negocios jurídicos, consistentes en una compraventa, agrupación posterior de fincas y exceso de cabida sobre la finca resultante de la agrupación (agrupada —*sic.*—, según la Resolución), cuya colindancia de las fincas agrupadas no resulta del título y no habiéndose señalado defectos respecto de la compraventa, es inscribible la misma, y no lo es la agrupación por no acreditarse la colindancia, lo que redundaría en la existencia de duda fundada a efectos de la práctica del exceso de cabida, el lindar las fincas que forman la resultante, no entre sí, sino con una tercera finca, lo que puede encubrir una realidad física que excede de la agrupación pretendida.

Resolución de 11-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Granada, número 2

DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE. COMPRAVENTA DE DIVERSAS PARTES INDIVISAS DE UNA FINCA QUE TOTALIZAN UNA MITAD INDIVISA DE LA MISMA ESTANDO AQUÉLLA ARRENDADA. RECURSO GUBERNATIVO: INFORME DEL REGISTRADOR.

No existe razón para privar al arrendatario de su derecho de adquisición preferente en caso de compraventa de cuotas indivisas de una finca, puesto que en tal caso, sobre la base de sucesivas adquisiciones, puede aquél adquirir la totalidad del inmueble, siempre que no existan comuneros que quieran ejercer el mismo derecho.

En el presente caso, la DGRN tiene en cuenta las consideraciones vertidas por el Registrador en su informe relativas a la venta posterior de la restante mitad indivisa de la finca a los mismos compradores.

Resolución de 12-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO. REANUDADOR DEL TRACTO SUCESIVO. PROMOTOR QUE ADQUIERE DIRECTAMENTE DEL TITULAR REGISTRAL MEDIANTE DOCUMENTO PRIVADO EXTRAVIADO, ALEGÁNDOSE QUE LA VENDEDORA ES UNA SOCIEDAD INEXISTENTE AL TIEMPO DE LA INCOACIÓN DEL EXPEDIENTE.

En el presente caso no hay interrupción del tracto, por lo que la rectificación del Registro sólo puede lograrse mediante consentimiento del titular o por resolución judicial en el juicio declarativo correspondiente (elevando a público el acuerdo correspondiente).

Resolución de 13-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Calviá

NULIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. ASIENTOS POSTERIORES: SU «REVIVISCENCIA».

La declaración de nulidad supondrá la «reviviscencia» del embargo, pero debe practicarse el asiento solicitado, expresando con toda claridad que no quedan afectados por tal asiento los titulares de derechos posteriores a la cancelación cuya nulidad se hace constar.

Resolución de 14-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

URBANISMO. INSCRIPCIÓN DE CONDICIONES PARA LA CONCESIÓN DE UNA LICENCIA (RENUNCIA EN CASO DE EXPROPIACIÓN AL MAYOR VALOR QUE PUDIERE RESULTAR COMO CONSECUENCIA DE LA INSTALACIÓN DE UN TOLDO).

Es necesario aportar certificación administrativa en la que conste literalmente el acuerdo adoptado. Esto es imprescindible si se quiere evitar que accedan al Registro condiciones que carezcan de razón de ser o fundamento cuando el titular registral pretenda, por error o por cualquier otra causa, hacer constar otras que no sean las exigidas por la Administración actuante.

Puede hacerse constar la renuncia por todos los herederos, aunque no esté inscrita la herencia. Cuando fuere a practicarse dicha herencia lo será con la carga de la renuncia.

Resolución de 16-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Granollers, número 2

EXCESO DE CABIDA. DUDAS: PROCEDENCIA DE ANTERIORES SEGREGACIONES. INFORME DEL TÉCNICO.

Pueden actualizarse los linderos (nombre de los colindantes) pero no alterarse los mismos, debiendo hacerse la identificación de la finca con referencia a los linderos que resultan del Registro y expresarse en el informe del técnico que lo pretendido es rectificar la superficie de la finca que se contiene dentro de dichos linderos registrales.

Resolución de 16-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Paterna, número 2

HIPOTECA UNILATERAL. NATURALEZA JURÍDICA. SUPUESTO ESPECIAL EN EL QUE EN LA INSCRIPCIÓN SE HIZO CONSTAR UN PLAZO PARA LA ACEPTACIÓN.

Independientemente de la consideración de su naturaleza jurídica, lo cierto es que la hipoteca unilateral, una vez inscrita, ha de entenderse existente sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación en el procedimiento cancelatorio específico a que se refieren los artículos 141 LH y 237 RH.

Si la hipoteca se inscribió con una cláusula que señalaba plazo, ello implica una derogación de la regulación normativa de la hipoteca unilateral, que no establece un plazo específico para la aceptación a salvo el requerimiento del constituyente y ha de entenderse el supuesto como una constitución perfecta del derecho real de hipoteca, pero en la que el plazo para aceptar está prefijado, modalizando así el término de la oferta en principio irrevocable que dicha constitución implica.

Resolución de 17-5-2005

(BOE 6-8-2005)

Registro de la Propiedad de Mazarrón

SEPARACIÓN JUDICIAL.

No basta la simple manifestación en la escritura de que el adquirente se encuentra «separado», sin más, debiendo exigirse la expresión de que lo está «judicial» o «legalmente», dada la seguridad y firmeza de los derechos contenidos en los instrumentos notariales y que se derivan de los pronunciamientos del Registro.

Resolución de 17-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farners

RECURSO GUBERNATIVO. EN OBRA NUEVA INSCRITA: LEGITIMACIÓN.

No está legitimado el Ayuntamiento.

No procede recurso cuando el asiento ha sido practicado.

Resolución de 18-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Dos Hermanas

PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO (ANDALUCÍA). RÉGIMEN JURÍDICO. MECANISMOS PARA ELUDIR LA SUBASTA.

Se concluye que existe un régimen jurídico especial de los bienes integrantes del denominado Patrimonio Municipal del Suelo, con la aplicación prioritaria de la legislación urbanística vigente en cada momento, y por lo tanto la no sujeción de aquel patrimonio al régimen jurídico patrimonial ordinario.

Resolución de 18-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 2

PODER. SU CALIFICACIÓN. MANIFESTACIÓN POR EL APODERADO DE QUE SUS FACULTADES ESTÁN SUBSISTENTES. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA.

Reitera las Resoluciones de 4, 4, 5, 20, 21, 21, 21, 21, 23, 23, 23-5 y 17-6-2005.

No es necesario hacer tal manifestación.

El Notario autorizante da fe de la exhibición de la copia de la escritura de apoderamiento, exhibición que constituye una garantía razonable de la subsistencia de la representación (cfr. art. 1.733 del Código Civil y 227 del Reglamento Notarial).

Resolución de 19-5-2005

(BOE 1-8-2005)

Registro de la Propiedad de Alcaraz

INMATRICULACIÓN. DEL RESTO (PREVIA SEGREGACIÓN EN LA PROPIA ESCRITURA) DE UNA FINCA RÚSTICA DE MAYOR EXTENSIÓN QUE TAMPOCO ESTÁ INMATRICULADA. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO. LICENCIA. IRRETROACTIVIDAD: EXIGENCIA DE CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

Con base en la Instrucción de 26-3-1999 entiende el Centro Directivo que el principio de irretroactividad de las normas conlleva a efectos de inmatriculación de fincas, que sólo los títulos autorizados después de la Ley 3/1996, de 30 de diciembre, están sujetos a la necesidad de acompañar certificación catastral descriptiva y gráfica, sean las fincas rústicas o urbanas.

Es necesaria la justificación del derecho del transmitente mediante documento de fecha fehaciente pues, al día de hoy, la inmatriculación en base a títulos otorgados con anterioridad a la STS de 31-1-2001 exige —como es el caso del recurso— que, a tales efectos, haya que tener en cuenta el texto actualmente en vigor del artículo 298 del RH, sin que tal derecho pueda resultar de meras manifestaciones.

Cabe la inmatriculación del resto de la finca matriz, con independencia de las exigencias aplicables por la legalidad urbanística o agraria vigente a la fecha del otorgamiento del título inmatriculador (en el presente supuesto, aún no se sancionaba con nulidad la infracción de la unidad mínima de cultivo) y sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos exigibles en materia de inmatriculaciones que resulten aplicables.

El Registrador debe invocar la norma aplicable que regía al tiempo del otorgamiento o autorización del título calificado, resultando inadecuada la alegación de una norma inexistente a dicha fecha.

Resolución de 19-5-2005

(BOE 1-8-2005)

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 1

CALIFICACIÓN. NOTA. NECESIDAD DE MOTIVAR LA DECISIÓN, NO SIENDO SUFICIENTE EL SIMPLE EMPLEO DE FÓRMULAS CONVENCIONALES O CITAS DE DISPOSICIONES LEGALES. TESTAMENTO. SU INTERPRETACIÓN: LEGADO DE COSA DETERMINADA PROPIA DEL TESTADOR O DISPOSICIÓN DE CARÁCTER MODAL. RECONOCIMIENTO DE CRÉDITO: CARÁCTER OBLIGACIONAL DEL MISMO.

La nota de calificación ha de contener los motivos fundamentales de la decisión sin que baste el empleo de simples fórmulas convencionales o citas de preceptos legales, siendo necesario un adecuado razonamiento.

Las disposiciones testamentarias deben ser interpretadas conjunta y sistemáticamente, estando a su literalidad y, en caso de duda, en favor del obligado a cumplir la disposición. Sobre tal base, y dada la redacción de la cláusula testamentaria transcrita en la resolución comentada, la disposición cuestionada tiene carácter modal —que obliga, pero no suspende, la adquisición ni la inscripción— y no es un legado de cosa determinada propia del testador.

No es obstáculo para la inscripción el reconocimiento de un crédito hecho en el testamento, pues el mismo tiene carácter obligacional.

Resolución de 20-5-2005

(BOE 1-8-2005)

Registro de la Propiedad de Denia, número 2

DOCUMENTO NOTARIAL. EXTRANJERO. DE UNA FINCA SITA EN ESPAÑA, SIENDO LOS OTORGANTES COMUNITARIOS NO RESIDENTES. CALIFICACIÓN DE LA FORMA APLICABLE AL FONDO DEL NEGOCIO. TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO.

El documento notarial extranjero en que se vende un inmueble sito en España puede valer, todo lo más, como instrumento de un contrato, fuente de obligaciones entre las partes conforme a la ley rectora del negocio, pero no como título de inmediata eficacia traslativa del dominio, al carecer de la fuerza legal equivalente a la escritura pública española como título y modo para transmitir la propiedad, no siendo, por ello, título inscribible, de tal modo, que el documento notarial alemán, sin perjuicio de su valor como prueba fehaciente de la autenticidad del consentimiento y su eficacia contractual obligatoria entre las partes que lo suscribieron (o sus herederos), no tiene valor traditorio ni efecto traslativo del dominio ni, por tanto, carácter inscribible en el ordenamiento jurídico español. Tampoco la tiene siquiera conforme al Derecho alemán.

La compraventa formalizada en el documento notarial extranjero facultará a los contratantes para compelerse recíprocamente a otorgar la correspondiente escritura ante Notario español, sí servirá de título transmisivo de la propiedad, inscribible en el Registro, debiendo concurrir todos los contratantes a su otorgamiento, salvo que se hubiese incluido en el contrato alguna cláusula de poderamiento al efecto.

Resolución de 20-5-2005

(BOE 28-7-2005)

Registro de la Propiedad de Solsona

OPCIÓN DE COMPRA: EJERCICIO UNILATERAL.

La jurisprudencia y la doctrina científica han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción, sin necesidad de la

intervención del concedente del derecho; ahora bien, tal innecesariedad de su consentimiento ha de tener su base en el exacto cumplimiento de los requisitos inscritos para poder practicar el asiento a favor del oponente.

Resolución de 20-5-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro de la Propiedad de Villafranca del Bierzo

PODER. SU CALIFICACIÓN. MANIFESTACIÓN POR EL APODERADO DE QUE SUS FACULTADES ESTÁN SUBSISTENTES. INFORME EN DEFENSA DE LA NOTA.

No es necesario hacer tal manifestación.

El Notario autorizante da fe de la exhibición de la copia de la escritura de apoderamiento, exhibición que constituye una garantía razonable de la subsistencia de la representación (cfr. arts. 1.733 del Código Civil y 227 del Reglamento Notarial).

El Registrador, en su calificación, ha de tener en cuenta los asientos registrales de la finca respecto de la que se pretende la inscripción del título presentado, sin acudir a medios extrínsecos. Pero no puede llevar al extremo de negar la práctica de la cancelación, según criterio de la Dirección General en un caso como el presente, en el cual la transmisión en bloque del patrimonio de una de las entidades a la otra, mediante fusión, «consta por evidente notoriedad y, sin duda, ha sido considerada por el Registrador para la práctica de otros muchos asientos registrales».

Resolución de 23-5-2005

(BOE 6-8-2005)

Registro de la Propiedad de Ceuta

PRÓRROGA. CADUCIDAD DE ANOTACIONES PREVENTIVAS. IRRETRO- ACTIVIDAD. DERECHO TRANSITORIO. IMPROCEDENCIA DE PRACTICAR ASIENTO ALGUNO RESPECTO DE LAS ANOTACIONES PRORROGADAS EN VIRTUD DE MANDAMIENTO PRESENTADO ANTES DEL 8-1-2001, AUNQUE LUEGO SE LIBRE NUEVO MANDAMIENTO DE PRÓRROGA.

No es posible cancelar, por caducidad, las anotaciones preventivas prorrogadas en virtud de mandamiento presentado en el Registro antes del 8 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la LEC. Por el contrario, caducarán automáticamente aquellas anotaciones practicadas en virtud de mandamiento presentado con posterioridad a dicha entrada en vigor, si ha transcurrido el plazo de vigencia de la prórroga, sin haber sido nuevamente prorrogada la anotación.

Respecto de las anotaciones prorrogadas antes del 8 de enero de 2001, no será necesario ordenar nuevas prórrogas, ni procederá practicar asiento alguno en el Registro, caso de que, a pesar de todo, se libre nuevo mandamiento de prórroga.

Resolución de 24-5-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Motilla del Palancar

RECURSO DE QUEJA. NEGATIVA A EXTENDER ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

No cabe el recurso gubernativo, sino el recurso de queja contra la negativa del Registrador a extender asiento de presentación de un documento.

Resolución de 24-5-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 1

HIPOTECA. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN. INTERESES ORDINARIOS: SU ASEGURAMIENTO MEDIANTE UN PORCENTAJE, SIN FIJACIÓN DE TIPO MÁXIMO.

No cabe exigir la fijación de un tipo máximo por intereses ordinarios en las relaciones obligacionales entre las partes, cuando en la cobertura hipotecaria se fija un porcentaje del principal por tal concepto, estando la cantidad máxima garantizada dentro del límite exigido por el artículo 220 del RH.

Resolución de 24-5-2005

(BOE 6-8-2005)

Registro de la Propiedad de Vélez Málaga, número 2

SEGREGACIÓN. LICENCIA. OBRA NUEVA. COMPRAVENTA.

Es inscribible una escritura de segregación, declaración de obra nueva y venta de una finca rústica cuya superficie es inferior a la unidad mínima de cultivo, pero que goza de licencia municipal de segregación y construcción de vivienda unifamiliar aislada, y ello aunque se haya declarado por la Consejería de Agricultura correspondiente (en este caso, Andalucía), la nulidad de la segregación practicada, previa notificación a tal Consejería efectuada por el Registrador conforme al artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, pues se trata de una porción segregada sobre la que se ha efectuado una construcción permanente de carácter no agrario (cfr. art. 25.b de la Ley de Modernización de Explotaciones Prioritarias) y se ha concedido por el Ayuntamiento la licencia correspondiente, sin que baste la declaración de nulidad de la Consejería de Agricultura, y todo ello sin perjuicio de la impugnación de la licencia concedida.

Resolución de 25-5-2005

(BOE 6-8-2005)

Registro de la Propiedad de Fuenlabrada, número 1

EXCESO DE CABIDA. DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registraci3n de un exceso de cabida *stricto sensu*, ha de configurarse como la rectificaci3n de un err3neo dato registral referido a la descripci3n de la finca. Fuera de esta hip3tesis, cualquier pretensi3n de inscribir un exceso de cabida encubre el intento de reflejar tabularmente una nueva realidad f3sica de la finca, que englobar3a la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, para conseguir lo cual, el cauce apropiado ser3a la inmatriculaci3n de dicha superficie adicional y su agrupaci3n con la finca preexistente, exigi3ndose, otros requisitos por tratarse de la inmatriculaci3n de una finca o de parte de ella, la perfecta identificaci3n del inmueble y de su exceso de cabida, identificaci3n que exige la descripci3n de la finca con las circunstancias del art3culo 51 del RH.

Resoluci3n de 25-5-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Ja3n, n3mero 2

PARCELACI3N URBAN3STICA EN SUELO NO URBANIZABLE (ANDALUC3A): UTILIZACI3N DEL MECANISMO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.

La divisi3n en dos, utilizando la propiedad horizontal, constituye parcelaci3n sometida a licencia.

Nota: Similar a las Resoluciones de Conil de 30, 31 y 31 de mayo de 2005.

Resoluci3n de 25-5-2005

(BOE 6-8-2005)

Registro de la Propiedad de San Mart3n de Valdeiglesias

COMPRAVENTA. PROPIEDAD HORIZONTAL. FINCA ADQUIRIDA POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. FORMA DE ACREDITAR LOS CARGOS DE PRESIDENTE Y SECRETARIO.

Carece de personalidad jur3dica la Comunidad de Propietarios de un edificio en r3gimen de propiedad horizontal para adquirir una finca, sin perjuicio de que la misma pueda ser titular registral en anotaciones preventivas en aquellos casos en los que goza de capacidad procesal.

La acreditaci3n de los cargos en la Propiedad Horizontal puede verificarse por testimonio notarial del contenido del Libro de Actas, o bien por certificaci3n expedida por el 3rgano de la Comunidad que tenga facultad certificante, con aseveraci3n notarial, con referencia al Libro de Actas, de que el autor de la certificaci3n se halla en el ejercicio de su cargo.

Resoluci3n de 26-5-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, n3mero 29

OPCI3N DE COMPRA SOMETIDO A CONDICI3N.

Es v3lida la condici3n de que el optante sea arrendatario (aunque no conste inscrito el arrendamiento).

Resolución de 26-5-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. TRACTO SUCESIVO: LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO.

Para poder practicar la anotación es suficiente que judicialmente se hubiera declarado por los Tribunales que no había diferencia de identidad entre los particulares y la sociedad a la que aportaron los bienes, a propósito de una tercería de dominio planteada por la sociedad.

Resolución de 26-5-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Mataró, número 5

PARTICIÓN HEREDITARIA: INTERPRETACIÓN DE ADJUDICACIONES EN LEGADO.

Se concluye que no es (en el caso concreto) por vía de legado, por lo que no hubo extinción del mismo.

Resolución de 27-5-2005

(BOE 6-8-2005)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 41

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES ORDENADA JUDICIALMENTE SIN QUE CONSTE QUE LOS TITULARES DE DICHS ASIENTOS HAN SIDO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO QUE ACORDÓ LA RESOLUCIÓN.

La DG lo admite para el caso concreto dado que:

No había que consignar cantidad alguna por el vendedor que resuelve.

Si el que compró pudo vender sin consentimiento del que tenía la condición a su favor, ahora no ha de imponérsele la carga de demandar a tales personas.

Resolución de 27-5-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto del Arrecife

PERMUTA. DE SOLAR A CAMBIO DE PISO EN EDIFICIO FUTURO. ENTREGA SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA. REPRESENTACIÓN: SU ACREDITACIÓN.

No cabe que la cesionaria levante por sí sola tal condición a la que quedó sujeta la entrega hasta tanto no se acredite el cumplimiento de los requisitos de la que aquélla se hizo depender, máxime al ser la terminación de obra de

fecha posterior a la pactada. El requirente del acta debe acreditar su representación.

Resolución de 27-5-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 2

OBRA NUEVA. AMPLIACIÓN. DERECHO DE VUELO.

Es inscribible el derecho a la ampliación de nuevas plantas de un edificio en régimen de propiedad horizontal, de acuerdo con las ordenanzas municipales, sin necesidad del consentimiento de los propietarios del inmueble, cuyo derecho quedó reservado en el título constitutivo, pues en el mismo se fijó el criterio de distribución de las cuotas, sin que por las circunstancias de que tal derecho se haya ejercitado una sola vez, ello implique que el mismo haya quedado agotado, siempre y cuando se amplíe la edificabilidad de acuerdo con las referidas ordenanzas. La discrepancia entre la descripción del solar según Registro y con la de la licencia no es obstáculo para la inscripción, si se identifica perfectamente la finca en cuestión.

Resolución de 28-5-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Adeje

TRACTO SUCESIVO. BIEN INSCRITO A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA. USO. VIVIENDA FAMILIAR. COMPATIBILIDAD CON EL USUFRUCTO.

Por exigencias del principio de tracto sucesivo, no cabe inscribir un bien inscrito a nombre de persona distinta del titular registral, el cual no ha sido parte en el procedimiento. El derecho de uso de la vivienda familiar es compatible con el derecho de usufructo perteneciente a persona distinta, al igual que ocurre con el usufructo de la nuda propiedad, pues la utilización del bien será posible, al menos, cuando el usufructo inscrito se extinga y se consolide con la nuda propiedad y, además, el reflejo registral del uso impedirá que el usuario se vea afectado por un acto dispositivo de su cónyuge hecho sin su consentimiento.

Resolución de 28-5-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

INSCRIPCIÓN PARCIAL. COMPRAVENTA CON CONDICIÓN RESOLUTORIA. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA COMPRAVENTA SIN DICHA CONDICIÓN.

Dada la unidad negocial, no cabe la inscripción parcial de una compraventa con condición resolutoria, si no media el consentimiento de los interesados para que se pueda inscribir aquella compraventa sin tal condición, pudiendo prestarse dicho consentimiento en una simple instancia privada.

Resolución de 30, 31 y 31-5-2005

(BOE 10, 6 y 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera

DIVISIÓN. UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO. PARCELACIÓN ILEGAL. DIVISIÓN HORIZONTAL EN SUELO RÚSTICO. NECESARIEDAD DE LICENCIA EN ANDALUCÍA. COMPETENCIA URBANÍSTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y COMPETENCIA ESTATAL.

En Andalucía, en caso de división horizontal en suelo rústico, y a pesar de que en la escritura no haya asignación de uso de un terreno concreto y determinado, existe presunción de parcelación, lo que determina la necesidad de licencia o certificación administrativa de su innecesariedad.

Es competencia de las Comunidades Autónomas determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo.

Resolución de 30-5-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Mataró, número 3

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 2-6-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 2

INMATRICULACIÓN. DUDA EN LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Cuando existe notable discrepancia entre la descripción de la finca contenida en el documento justificativo de la adquisición del transmitente —en especial, en la superficie— y en la contenida en el título público adquisitivo del inmatriculante, aunque la de esta última sea coincidente con la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada, el primero de los documentos no puede servir de título al segundo, si bien es posible el acta de notoriedad complementario al título inmatriculador.

En cuanto a la suficiencia del antetítulo, en el que el transmitente actúa como mandatario verbal, la «fehaciencia» es predicable no sólo respecto de su

fecha, sino que también se exige la acreditación fehaciente de un título material adquisitivo que, en el presente caso, sí lo es, por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 1.952 del Código Civil.

Resolución de 3, 11 y 18-6-2005

(BOE 10, 19 y 10-8-2005)

Registros de la Propiedad de Zafra, Balaguer y Guernika

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. DURACIÓN DE LA PRÓRROGA DE LAS ANTERIORES A LA NUEVA LEC.

Si bien por analogía con el artículo 157 LH, debe entenderse que la anotación prorrogada antes de la entrada en vigor de la nueva LEC conserva su vigencia hasta seis meses después del auto aprobatorio del remate que pone fin al procedimiento, en el presente caso, aunque hayan transcurrido dichos seis meses, no cabe la cancelación pretendida al no haberse instado y obtenido la cancelación de la anotación y su prórroga, las cuales no pueden cancelarse de oficio.

Resolución de 4-6-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

HIPOTECA. CANCELACIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 82.5 DE LA LH, CONSTANDO NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE CARGAS DE AQUÉLLA.

Si bien no cabe cancelar por tal vía una hipoteca que registralmente se encuentra en trámite de ejecución, sí es ello posible cuando han transcurrido ya los plazos señalados en el artículo 82.5 de la LH desde la fecha de expedición de la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 6-6-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Mazarrón

RECURSO GUBERNATIVO. FALTA DE APORTACIÓN POR EL RECURRENTE DEL TÍTULO CALIFICADO O TESTIMONIO DEL MISMO.

No cabe admitir la interposición del recurso gubernativo cuando, transcurridos los días preceptivos sin que el requerimiento del Registrador fuese atendido por el recurrente, este último no aporta al respecto el título calificado original o su testimonio, ya que lo aportado en su día, a efectos de la interposición, fue una nueva copia simple del documento calificado, carente, lógicamente, de fehaciencia.

Resolución de 7-6-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Almuñécar

TRACTO SUCESIVO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: ADMISIBILIDAD DE DICHA ANOTACIÓN CUANDO DE NO HACERSE, Y AÚN CONSTANDO INSCRITA LA FINCA A NOMBRE DEL DEMANDANTE, SE PRODUCIRÍA UN CASO DE INDEFENSIÓN PARA EL MISMO.

Cabe practicar una anotación preventiva de demanda, incluso cuando la finca consta inscrita a nombre del demandante, si, en el supuesto de no hacerse, se puede generar una indefensión para el mismo, como ocurre cuando existe un título de transmisión o gravamen referente a la finca objeto de la demanda que aún no consta inscrito, cuya nulidad se cuestiona y cuya inscripción podría generar la adquisición por un tercero (en el presente caso se utilizó por la madre del titular registral una autorización judicial, referente, según el demandante, a otros bienes).

Resolución de 8-6-2005

(BOE 10-8-2005)

Registro de la Propiedad de Casas Ibáñez

INMATRICULACIÓN. CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA: SU EXIGENCIA.

No es posible inmatricular una finca si no se inserta en la escritura o se acompaña la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos totalmente coincidentes con su descripción obrante en el título inmatriculador.

Resolución de 9-6-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Logroño, número 2

RECURSO GUBERNATIVO. NO ES EL CAUCE ADECUADO PARA LOGRAR LA RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO CUANDO EL ASIENTO YA SE HA PRACTICADO.

Cuando la calificación desemboca en la práctica del asiento, el mismo queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, sin que sea el recurso gubernativo el cauce adecuado para lograr la rectificación registral.

Resolución de 10-6-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Cogolludo

OBRA NUEVA. SEGURO DECENAL. VIVIENDA UNIFAMILIAR AUTOPROMOVIDA PARA USO PROPIO. CERTIFICACIÓN DEL TÉCNICO.

No cabe inscribir una escritura de declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar si no se acredita el seguro decenal o, en su defecto, la manifestación de que se trata de un caso de autopromoción para uso propio.

La adecuación de la descripción de la obra nueva al proyecto para el que se obtuvo la licencia, es una circunstancia de hecho cuya acreditación resulta del certificado de técnico, sólo en el supuesto de discordancia entre la descripción y el contenido de la licencia sería posible rechazar la inscripción.

Resolución de 13-6-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Monovar

EJECUCIÓN. ORDINARIA. REALIZACIÓN DIRECTA DEL BIEN EMBARGADO.

Embargada una finca en procedimiento de ejecución de un convenio regulador, para garantizar una cantidad que uno de los esposos tiene que pagar al otro, y autorizada por el Juez, conforme al artículo 640.3 de la LEC, la enajenación directa del bien, hallándose el cónyuge demandado en situación de rebeldía y constando aprobada judicialmente dicha realización directa del acuerdo de venta y antes del otorgamiento de la escritura, no es necesaria la subasta, dado que judicialmente se acordó la venta directa, sin que sea preciso el consentimiento del cónyuge demandado, ya que éste se encuentra en rebeldía, existiendo, además, la autorización judicial posterior a tal enajenación, aunque sea anterior a la autorización de la escritura.

Resolución de 14-6-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 14

RECURSO GUBERNATIVO. COMPETENCIA PARA CONOCER DEL MISMO. HERENCIA: CAUSANTE SUJETA VECINDAD CIVIL ARAGONESA. ACEPTACIÓN EFECTUADA SÓLO POR ALGUNOS DE LOS LLAMADOS, PRETENDIENDO LA INSCRIPCIÓN SÓLO RESPECTO DE LAS RESPECTIVAS CUOTAS INDIVISAS DE LOS ACEPTANTES.

Para que el conocimiento del recurso contra la calificación registral corresponda a los órganos jurisdiccionales radicados en la respectiva Comunidad Autónoma, se exige que la calificación negativa esté basada en normas de Derecho Foral y que el conocimiento del recurso gubernativo esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro correspondiente. No concurriendo esto último en el presente caso, según el Estatuto de Autonomía de Aragón.

Resolución de 15-6-2005

(BOE 18-8-2005)

Registro de la Propiedad de Vera

UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO. PARCELACIÓN. NECESIDAD DE LICENCIA O DECLARACIÓN MUNICIPAL DE SU INNECESARIEDAD EN ANDALUCÍA.

Es necesaria licencia o declaración municipal de su innecesariedad, aunque las parcelas segregadas o divididas sean rústicas y estén por encima de la unidad mínima de cultivo, dado lo dispuesto en el artículo 259.3 del TRLS aplicable a Andalucía.

Resolución de 16-6-2005

(BOE 19-8-2005)

Registro de la Propiedad de Denia, número 2

RECTIFICACIÓN. DEL REGISTRO.

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 20-6-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

DECLARACIÓN. DE OBRA NUEVA. REHABILITACIÓN. PROPIEDAD HORIZONTAL. EXTINCIÓN.

A juicio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, la demolición y rehabilitación de un edificio no supone necesariamente extinción de la propiedad horizontal, pues el artículo 23 de la Ley de Propiedad Horizontal permite pacto en contrario que puede ser anterior o posterior a la destrucción.

Resolución de 21-6-2005

(BOE 19-8-2005)

Registro de la Propiedad de Villajoyosa

ARTÍCULO 657 DE LA LEC.

Su finalidad está en relación con el artículo 666 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que, como novedad de la Ley, antes de sacar a subasta los inmuebles en el procedimiento de apremio, éstos han de valorarse, y de dicho valor ha de descontarse el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiere despachado ejecución cuya preferencia resulta de la certificación registral de dominio y cargas, o en su caso, se

descuenta el valor que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 657. Si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el tribunal, según la nueva regulación, alzará el embargo.

Pero para que pueda hacerse constar por cancelación parcial, han de observarse todas las garantías que establece la Ley a favor de los titulares de los derechos inscritos, pues la cancelación parcial refleja la extinción parcial de un derecho de quien ha buscado la protección del Registro. Esta es la razón por la que el artículo 82 de la LH exige para practicar la cancelación sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación o escritura o documento auténtico en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción... o sus representantes legítimos.

Por lo indicado, el mandamiento judicial presentado no es adecuado para practicar la cancelación parcial del derecho de hipoteca, pues ni tiene la consideración de sentencia ni consta que haya prestado su consentimiento a la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción (es decir, la entidad de crédito) o su representante legítimo debidamente facultado para ello.

Resolución de 22-6-2005

(BOE 19-8-2005)

Registro de la Propiedad de Berja

INTERPRETACIÓN. DE TESTAMENTO. PSEUDO-USUFRUCTO TESTAMENTARIO.

Si bien ha de buscarse una interpretación que favorezca la libertad de los bienes y del tráfico jurídico, y que las prohibiciones de disponer han de interpretarse en un sentido estricto o mejor, restrictivo, por ser contrarias al espíritu que inspiró la reforma del Derecho de Propiedad desde mediados del siglo XIX y que desde 1889 recoge el Código Civil, no es menos cierto que en materia testamentaria prima ante todo la voluntad del testador expresada en el testamento, con el límite, respecto de la prohibición de disponer, de lo establecido en el artículo 781 del Código Civil, por la remisión que al mismo contiene el artículo 785 de dicho cuerpo legal. En nuestro ordenamiento jurídico se admiten los derechos con sujeto transitoriamente indeterminado, siempre que pueda determinarse con posterioridad, y que no exceda de los límites del artículo 781 del Código Civil; y que si se considera no llamado a la nuda propiedad en la parte de la hija del testador (la incapaz), por ser los llamados, en primer lugar, los posibles hijos de esta señora, y sólo cuando fallezca sea procedente el llamamiento a sus sobrinos, en el ínterin la situación de dicha hija incapaz sería lo que un sector de la doctrina denomina «pseudo-usufructo testamentario», que operaría como una sustitución fideicomisaria condicional.

Resolución de 23-6-2005

(BOE 19-8-2005)

Registro de la Propiedad de Altea

CALIFICACIÓN. SU APLAZAMIENTO. POR TÍTULOS CONTRADICTORIOS.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, procede aplazar la calificación y el despacho del documento presentado.

Resolución de 24-6-2005

(BOE 19-8-2005)

Registro de la Propiedad de Vinaroz

EXCESO DE CABIDA. DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Vendidas tres fincas, diciéndose que forman una sola unidad con una única referencia catastral, y declarándose un exceso de cabida sobre dicha total unidad, afirmándose que se corresponde con la finca resultante de la agrupación realizada en la escritura otorgada bajo número posterior de protocolo, se reitera doctrina de la DGRN en esta materia, existiendo duda fundada cuando, de la documentación presentada, se cuestiona si tal exceso responde o no a un error de medida o a la inclusión de terrenos discutida o que responden a otra realidad física, y ello aunque se pretenda justificar el exceso sobre la base de un certificado técnico y, posteriormente, mediante una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca resultante de la agrupación («agrupada» —*sic*— en la Resolución comentada).

Resolución de 25-6-2005

(BOE 19-8-2005)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 22

CALIFICACIÓN. DE DOCUMENTOS JUDICIALES. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO CONTRA «IGNORADOS HEREDEROS» DE UNO DE LOS TITULARES REGISTRALES FALLECIDO, CUYA HERENCIA NO CONSTA AÚN ACEPTADA.

1. No es incumbencia del Registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva procesal apreciadas por el Juzgador, ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, pero sí debe alcanzar su calificación al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento, independientemente del modo en que se haya cumplimentado ese emplazamiento, cuyo modo sólo compete apreciar al Juez.

2. No cabe entender, que la herencia, como masa patrimonial carente transitoriamente de titular cuando son ignorados los llamados a aceptarla, haya sido parte en el proceso, al haberse omitido el procedimiento legalmente previsto al efecto, que prevé la adopción por el Juez de las disposiciones procedentes sobre la seguridad y administración de la herencia, en espera de un heredero definitivo, debiendo designarse un administrador que le represente con quien sustanciar entretanto el procedimiento.

Resolución de 27-6-2005

(BOE 18-8-2005)

Registro de la Propiedad de Almuñécar

SEPARACIÓN JUDICIAL. CONVENIO REGULADOR. FINCA INSCRITA COMO GANANCIAL DE AMBOS CÓNYUGES, MANIFESTÁNDOSE EN EL CONVENIO QUE LA MISMA ES TOTALMENTE PRIVATIVA DE UNO DE ELLOS POR HABERLA ADQUIRIDO CON DINERO PROCEDENTE DE LA HERENCIA DE SU PADRE.

Inscrita una finca con carácter ganancial a favor de ambos cónyuges, y presentado luego un convenio regulador aprobado judicialmente como consecuencia de su separación matrimonial, manifestando aquéllos en el mismo que dicha finca es totalmente privativa de uno de ellos por haberla adquirido con dinero procedente de la herencia de su padre, entiende la Dirección General que ello no implica una aseveración contraria a otra anterior previamente registrada porque «ambos cónyuges no afirmaron nada sobre la procedencia del dinero invertido» y porque cabe la contratación entre cónyuges, que pueden liquidar su consorcio en la forma que estimen por conveniente, siendo prueba también del carácter privativo la confesión entre cónyuges, no pudiendo perjudicar la misma a los acreedores, que, en el presente caso, se dice que no existen.

Resolución de 29-6-2005

(BOE 19-8-2005)

Registro de la Propiedad de Boltaña

RECURSO GUBERNATIVO. SÓLO PUEDE RECAER SOBRE LAS CUESTIONES OBJETO DE CALIFICACIÓN. CESIÓN DE USO, POR TIEMPO INDEFINIDO: UN AYUNTAMIENTO A UN ORGANISMO AUTÓNOMO DE DETERMINADAS FINCAS: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.

No es aplicable a tal cesión las normas del Código Civil relativas al uso que dicho Cuerpo Legal contempla, no rigiendo el plazo máximo de duración de treinta años (arts. 515 y 529 del Código Civil), pues su regulación deriva de las normas de Derecho Administrativo (cfr. art. 111 del Reglamento de Bienes y Entidades Locales), en las que se presupone una duración superior.

Registro Mercantil

Por ANA M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resoluciones de 28 y 30-4-2005

(BOE 30-7-2005)

Registro Mercantil de Valencia, número III

ACUERDOS SOCIALES. FACULTAD CERTIFICANTE.

Los acuerdos sociales pueden ser certificados por el Vicesecretario y visados por el Vicepresidente, siempre que los titulares a quienes sustituyan no puedan actuar. La expresión estatutaria «Secretario o Vicesecretario y Presidente o Vicepresidente», no produce ambigüedad en este sentido.

Resolución de 29-4-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro Mercantil de Barcelona, número I

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. ANUNCIO.

La rectificación de un anuncio de convocatoria de junta, en lo relativo a la hora de su celebración, debe realizarse con una antelación de al menos quince días.

Resolución de 4-5-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro Mercantil de Coruña

PARTICIPACIONES. VALOR RAZONABLE. DISOLUCIÓN. DERECHO DE INFORMACIÓN. ADMINISTRADORES. COOPTACIÓN. EMPRESA FAMILIAR. ARBITRAJE.

El valor resultante del último balance no puede equipararse al valor razonable, que es el que el socio tiene derecho a obtener en la transmisión de sus participaciones.

La mayoría establecida por el artículo 105.1 LSRL para adoptar el acuerdo de disolución en él regulado, tiene carácter imperativo, sin que pueda ser modificado estatutariamente.

No puede suprimirse por acuerdo del Consejo el derecho de los administradores a acceder a la documentación social.

En sociedades de responsabilidad limitada no cabe el sistema de nombramiento por cooptación.

La empresa o sociedad familiar carece de regulación jurídica específica, si bien se establecen disposiciones estatutarias que la preservan, como las relativas a transmisión de las participaciones, mayorías reforzadas para determinados acuerdos y órganos específicos al margen de los legalmente previstos, siempre que se defina su composición, sistema de nombramiento y funciones.

Los estatutos pueden sujetar a arbitraje la resolución de conflictos societarios, siempre que no se extiendan a materias que no sean de libre disposición y así se exprese.

Resolución de 5-5-2005

(BOE 6-7-2005)

Registro Mercantil de Navarra

INSCRIPCIÓN PARCIAL.

Cuando en un mismo título existen acuerdos independientes entre sí, deben inscribirse los que carezcan de defectos cuando en el título se solicite la inscripción parcial.

Basta el acuerdo genérico de cese de administradores sin necesidad de identificar a los afectados, aunque el nombramiento de alguno de ellos no hubiere accedido al Registro.

Resolución de 6-5-2005
(BOE 6-7-2005)
Registro Mercantil de Cáceres

RECURSO GUBERNATIVO.

No cabe recurso gubernativo contra la decisión del Registrador de practicar una inscripción, pues ésta, una vez efectuada, está bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Resolución de 7-5-2005
(BOE 6-7-2005)
Registro Mercantil de La Rioja

DENOMINACIÓN.

La reserva temporal de una denominación por el Registro Mercantil Central no implica un derecho absoluto a ella. El Registrador provincial debe calificar la posible identidad que en este caso se produce entre «Rioja Turismo, S. A.» y «Rioja Turismo 2003, S. R. L. L.».

Resolución de 9-5-2005
(BOE 6-8-2005)
Registro Mercantil de Madrid, número IX

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA.

La vulneración de la norma estatutaria que exige un intervalo mínimo entre 1.^a y 2.^a convocatoria puede acarrear la anulación de los acuerdos adoptados, siendo competencia de los Tribunales resolver si en el supuesto particular, dadas las circunstancias del mismo, se puede admitir la validez de los acuerdos.

Resolución de 19-5-2005
(BOE 6-8-2005)
Registro Mercantil de Navarra

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.

Resolución de 1-6-2005

(BOE 9-8-2005)

Registro Mercantil de Madrid XIII

SOCIEDAD UNIPERSONAL. FORMALIZACIÓN DE LAS DECISIONES DEL SOCIO ÚNICO.

Las decisiones de un socio único, que es una sociedad, pueden ser ejecutadas, certificadas y elevadas a público, no sólo por su representación orgánica, sino también por un apoderado de aquél facultado para ello.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

INCAPACITACIÓN. CURATELA. (SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA, SECCIÓN 2.^a DE 11 DE DICIEMBRE DE 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Puebla Povedano.

Antecedentes.—Se trata de tres hermanas, las demandadas, que tienen respectivamente setenta y seis, setenta y cinco y sesenta y cuatro años, las cuales son titulares, en unión de otros familiares, de una cuantiosa fortuna, la que si bien no se encuentra inventariada es de mucha consideración, como se desprende de las actuaciones. No obstante dichas señoras viven en una situación rayana en la indigencia por causas que no han sido explicitadas, pero que están muy conectadas con su particular forma de ser, proclive a un inusitado sentido del ahorro, hasta el punto de que en el informe médico forense se indica textualmente que «las reconocidas por motivos puramente biográficos, educacionales y por los rasgos acusados de su personalidad presentan una conducta y comportamiento social e interpersonal lejos de la normalidad, que influye negativamente en cuestiones relativas a su aspecto personal y patrimonial, llevándolas a vivir en un mundo interno, de aislamiento y retraimiento social, obsesionada por el ahorro, sin proyectos ni alternativas de futuro, sin interés social, etc...» (1).

Doctrina.—Improcedencia de la curatela. Personas que por motivos de ahorro viven en la indigencia pese a contar con una cuantiosa fortuna. Si se decreta la incapacitación total en la esfera patrimonial, no cabe la curatela. Esta es fundamentalmente una institución de asistencia y no de representación, y supone un complemento de la capacidad de aquellas personas que sin ser totalmente incapaces no alcanzan la plena capacidad. Constitución de la

(1) El Juez de Primera Instancia resolvió estimando la demanda y señalando que «debo constituir y constituyo a doña Victoria Paula V. M., nacida en Córdoba el 13 de marzo de 1924, a doña Angelina V. M., nacida en Córdoba el 10 de agosto de 1925, y a doña Rafaela V. M., nacida en Córdoba el día 24 de abril de 1936, hijas de don Silvio y doña Adela, en estado civil de *incapacitación absoluta para su autogobierno patrimonial*, que no para su autogobierno personal. Procédase a la constitución de la curatela y a cuanto sea menester hasta que el curador llegue a tomar posesión del cargo y entre tanto manténgase las medidas adoptadas en pieza separada».

tutela plena aunque sólo sobre los bienes de los incapacitados y no en la esfera personal.

Sentencias analizadas.—STS de 20 de junio de 2004, recurso 2898/1999. Ponente: Jesús Corbal Fernández; STS de 20 de noviembre de 2002, rec. 3854/1999. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez; STS de 23 de diciembre de 1997. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz, número de recurso: 3141/1993; STS de 8 de marzo de 1991. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo. *La Ley. Juris.* 13773-R/1991; STS de 31 de diciembre de 1991. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. *La Ley. Juris.* 2849/1992; Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia de 12 de marzo de 2001. Ponente: Alfonso Santisteban Ruiz, número de sentencia: 146/2001.

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

La *incapacitación* supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, si bien con los límites y extensiones que autoriza el artículo 210 del Código Civil, dándose equivalencia a muerte jurídico-civil; de ahí que la normativa que la regula (Título IX-Libro I del Código Civil), prevé las máximas garantías e instrumentos necesarios que se deben adoptar, a fin de lograr la mayor aproximación a la verdad material para cerciorar la convicción de los juzgadores. En este sentido la función judicial les adentra en el proceso, no sólo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes, que, sin ser propias partes procesales, sí son interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio, desde los exámenes directos del presunto incapaz (art. 208 del Código Civil), tanto por el Juez de la instancia, como por el Tribunal, si éste es el que declara la incapacidad, en una actuación que ni puede calificarse de reconocimiento judicial (art. 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ni de inspección personal (arts. 1.240 y 1.241 del Código Civil) y menos de mezcla de ambos, como sostiene la sentencia impugnada, sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada, que junto con las que refiere el citado artículo 208 y las que suministren las partes, componen el material probatorio suficiente para dictar la decisión judicial que, en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentales, ya que afecta a la libertad propia de los seres humanos, por lo que estas cuestiones no deben permanecer lejanas a la sensibilidad y carga humana de los juzgadores a los que corresponde emitir la respuesta-sentencia adecuada (2).

El referido artículo 200 del Código Civil establece como *causas de incapacidad* las enfermedades y las deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, siempre que determinen la imposibilidad de gobernarse por sí misma la persona que las padece (3). En términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental

(2) STS de 31 de diciembre de 1991. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. *La Ley. Juris.* 2849/1992 (FD 1).

(3) A la recurrente doña Ana María P. E. no se constató le afectara enfermedad alguna, salvo que para corrección de coartación de la aorta y disfunción sinusal severa,

o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes.

Tasación de las causas de incapacitación del artículo 200 del Código Civil y doctrina jurisprudencial

Como hemos señalado el artículo 200 del Código Civil tasa las causas de incapacitación en «*enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico y psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*», añadiendo la doctrina jurisprudencial que dichas deficiencias deben tener, además, *proyección de futuro*, o sea, que la situación tienda a estabilizarse o empeorar, donde la mejoría progresiva es una circunstancia apreciada, no sólo por los peritos médicos, sino también por los Tribunales que han enjuiciado el caso, que aprecian una evolución favorable progresiva, la cual desvirtúa los requisitos del artículo citado, con las características que ha complementado la Doctrina Jurisprudencial, apreciaciones que el Tribunal en evidente contrasentido no realiza, y nos dictamina una sentencia injusta (4).

Además, el grado de incapacitación declarado responde al estado psicofísico del interesado, sin necesidad de que acontezcan los niveles de impedimento del autogobierno personal, sino que por la repetida aplicación del artículo 210, la sentencia marca los actos que le están impedidos al recurrente en conformidad con los artículos 286 y siguientes.

II. LA CURATELA

La Ley 13/1983 hizo resurgir la curatela como cargo u organismo tuitivo de segundo orden. Así, podemos distinguir entre:

Curatela propia: Correspondiente a los supuestos de hecho que determinan sólo el nacimiento de la curatela y que se contemplan en el artículo 286 del Código Civil (emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad y los declarados pródigos). En tales casos, el

le fue implantado un marcapasos, con alojamiento en bolsa subcutánea en semitórax derecho.

La causa determinante de su incapacitación por la Sala y que tuvo en cuenta, fue la *deficiencia mental* que padece y se reputó como causa impeditiva para su autogobierno. El dictamen pericial de los tres especialistas en psiquiatría precisa que esta clase de pacientes en momentos de crisis necesitan asistencia sanitaria y social, y si bien doña Ana María P. E. dispone de capacidad para el manejo de su persona y reúne condiciones para ejercitar sus funciones maternas, al estar presentes en la misma trastornos del comportamiento, éstos actúan en la línea de la impredecibilidad de actuaciones y conductas, que por impulsividad y escasa ponderación determinan el desajuste social que presenta y dificultan el funcionamiento como progenitora responsable.

(4) Fundamento de Derecho 3.º Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 20 de noviembre de 2002, recurso 3854/1999. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

curador deberá actuar como órgano tutelar e intervenir en los actos en que los menores o los declarados pródigos no pueden realizar por sí solos (art. 288 del Código Civil). Esto significa que presta su *asistencia* pero *no sustituye la voluntad* de la persona sometida a curatela.

Curatela impropia: Procede en aquellas personas a quienes la sentencia de incapacitación o la resolución judicial coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento. La existencia de la curatela depende de la valoración judicial (arts. 289 y 290 del Código Civil).

En resumen, se somete a curatela a las personas que no son totalmente incapaces y, por ello, se les priva parcialmente de la capacidad.

La incapacitación que como estado y situación puede afectar a doña Ana María P. E. no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir, como incapacidad total, sino más bien como de tipo medio o atenuada que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad de dicha recurrente en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley de 24 de octubre de 1983, vino en cierto sentido a resucitar y rescatar.

El verdadero *protagonista-objeto* de esta clase de procesos es la presunta *incapaz*, que debe de estar ayudada tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada (tutela), bien asistida (curatela), pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad.

El curador no suple la voluntad del afectado, sino que la *refuerza, controla y encauza*, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de *asistencia y protección en el concurso* que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el artículo 290, en relación al 271 y 272, todos ellos del Código Civil (5).

III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA PLANTEADO

Pero volvamos a la resolución judicial objeto de análisis que nos ha dado pie para analizar la institución de la curatela.

La SAP de Córdoba, de 11 de diciembre de 2000, calificada por el CEN-DOM como interesante por su doctrina parte de que «el supuesto de hecho que ahora se somete a la decisión judicial es *ciertamente inusual*, máxime cuando se acude a un procedimiento de incapacitación, posiblemente el único medio de obtener del Derecho una solución al grave problema planteado, ya que todos los intentos de la actora han devenido infructuosos».

La *inusualidad* se centra en que las tres hermanas, a pesar de ser titulares de una cuantiosa fortuna, viven en una situación rayana en la indigencia, motivada por su particular forma de ser, proclive a un inusitado sentido del ahorro.

(5) STS de 20 de noviembre de 2002. FD 2.º

El Ministerio Fiscal que gráficamente califica esta situación como de *antiprodigalidad* completa la descripción del caso diciendo que «puede afirmarse que la situación en que han vivido las demandadas es contraria al sentido común y a las normas sociales y culturales del tiempo y lugar en que desenvuelven su vida».

Estas tristes realidades han quedado constatadas en autos, pues basta la lectura del acta levantada con motivo del preceptivo examen por parte del Juez, por lo que no llevan la razón los apelantes cuando afirman que su situación es normal y que tienen *plena capacidad para desenvolverse personal y patrimonialmente*, pues demostrado queda todo lo contrario, sin perjuicio de la libertad que dichas señoras tienen para organizar su forma de vida.

IV. SOLUCIÓN APUNTADA. DISTINCIÓN ENTRE TUTELA Y CURATELA. PRINCIPIO DE GRADUABILIDAD DE LA INCAPACITACIÓN

Como consecuencia de la *inusualidad* del supuesto de hecho basado en la incuria en que viven las tres hermanas, y el derecho a elegir su forma de vida, situación que no obedece a ninguna enfermedad incluida como causa de incapacitación tasada en el Código Civil, se analizaron diversas soluciones:

Una de ellas, tal vez la más la sencilla, se centraría en la *no declaración de incapacitación*, pero esa posibilidad es inviable, pues equivaldría a dejar las cosas como están, lo que sería negativo en perjuicio de sus personas y de su patrimonio.

La segunda solución sería decretar *la incapacitación y además una tutela plena que comprenda tanto los aspectos personales como patrimoniales*. Esta fórmula podría parecer adecuada, al menos en principio, pues queda probada la situación de incuria en que viven las aludidas señoras, lo que hace pensar en la conveniencia de designar un tutor que se encargue de proporcionarles una forma de vida digna y adecuada e incluso un medio asistencial —residencia de mayores, etc.— proporcionado a tal fin.

Pero esta decisión —ceñida al aspecto puramente personal— chocaría frontalmente con el derecho de toda persona a elegir libremente su forma de vida, y en el caso que ahora nos ocupa esa decisión chocaría con los deseos de las propias señoras, reiterados a lo largo de los años, de persistir en esa forma de vivir que han elegido voluntariamente por muy chocante que nos parezca a nivel social. Y como quiera que ello *no obedece a ninguna enfermedad clínicamente constatada*, resulta patente que no es conforme a derecho extender la incapacitación a la esfera personal, pues ello implicaría una privación de la capacidad de obrar lo que legalmente sólo es posible en función de esos padecimientos impositivos de su capacidad de autogobierno, que aquí no existen.

Pero todo esto no es obstáculo para que a otros niveles pueda lograrse esa *finalidad tuitiva* cuando se disponga de la liquidez económica necesaria para proporcionarles una vida digna, lo que no debe ofrecer especial dificultad, habida cuenta que el único obstáculo dimana de su insólita y exacerbada propensión a no gastar su dinero, lo que, en definitiva, constituye el eje fundamental de toda esta problemática.

Otra solución sería la constitución de una *curatela*, que es lo que propone el Juez de Primera Instancia de Córdoba, y ello, como se verá seguidamente, tampoco se revela como un medio eficaz de protección.

¿Por qué? Por una razón de tipo técnico: y en este sentido la sentencia de instancia declara «la incapacitación absoluta para su autogobierno patrimonial», y es sabido que en la reforma de 1983 se consagra el *principio de graduabilidad de la incapacitación* pudiendo hablar de una de grado pleno o total y otra de carácter más leve o de intensidad mínima, todo ello en función de lo que realmente interesa, esto es, la más adecuada protección del incapaz, para lo que se otorgan al juez amplias facultades discrecionales.

Si se decreta la incapacitación total en la esfera patrimonial, no cabe la curatela por muy amplias que sean las facultades del juez en esta materia. Como hemos visto anteriormente, la curatela es fundamentalmente una institución de asistencia y no de representación y supone un complemento de la capacidad de aquellas personas que sin ser totalmente incapaces no alcanzan la plena capacidad. Y, aparte de ello, la intervención del curador estará limitada a aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 del Código Civil).

Abunda en estas ideas la STS de 15 de diciembre de 1991, que nos enseña que se somete a curatela a las personas que no son totalmente incapaces y, por ello, se les priva parcialmente de su capacidad.

En el caso concreto que nos ocupa, la curatela carece por completo de efectividad práctica, ya que esta institución opera sobre la base de una previa decisión patrimonial por parte del incapaz de modo que la intervención del curador, en la medida que complementa la capacidad, sería un requisito validante de dicha decisión, de tal manera que el gobierno de su patrimonio seguiría atribuido —aunque limitadamente— al incapaz. Pero las señoras demandadas no están en esa situación, pues lo que en realidad ocurre es que no administran su cuantioso patrimonio, lo que redundará no sólo en su propio perjuicio sino en el de su familia que ven mermado tal patrimonio, creándose una situación que puede calificarse de insostenible.

La cuarta solución, y es la que propone el Ministerio Fiscal en el sentido de *constituir la tutela plena* aunque sólo sobre los bienes de los incapacitados, única solución que se considera correcta de cara a las peculiares circunstancias del caso presente. De ahí que la sentencia de la Audiencia de Córdoba *revoque la curatela y se constituya la tutela plena limitada a los bienes de las mismas y no a sus personas*.

En cuanto a la *designación del tutor*, sin perjuicio de las facultades que en este sentido corresponden al juez que haya de hacerlo, deberán tenerse en cuenta los antecedentes que obran en autos en lo relativo a la confrontación de posturas entre los parientes más cercanos, tratándose de lograr en este sentido una fórmula que garantice con *objetividad y eficacia los intereses patrimoniales* en juego, bajo el estricto control judicial.

V. FUNDAMENTO DE LA CURATELA

Tomemos como ejemplo la STS de 20 de junio de 2004 (6). En esta Resolución se aprecia una situación de *incapacidad limitada*, no absoluta, siendo suficiente el régimen protector de la curatela (7).

(6) STS de 20 de junio de 2004. Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús Corbal Fernández.

(7) Se trata de una persona con mediana o ligera debilidad mental, no conlleva una incapacidad total o absoluta, y procede establecer una cierta autonomía personal y

Esta apreciación judicial de incapacitación limitada se basa en las reflexiones siguientes:

Por un lado, el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que *toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad* —art. 10.1 CE— (SSTC 174/2002, de 9 de octubre).

Por otro lado, al ser la capacidad de las personas físicas un *atributo de la personalidad* (sentencia de 19 de mayo de 1998), trasunto del principio de la dignidad de la persona (sentencia de 16 de septiembre de 1999), rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias:

- la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 del Código Civil);
- observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (sentencias de 28 de junio de 1990; 19 de mayo de 1998 —pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial—; 16 de septiembre de 1999 —la situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada—);
- adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de inidoneidad (pues no debe extenderse más de lo necesario: sentencia de 26 de julio de 1999), en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz;
- y la aplicación de un criterio restringido (sentencia de 16 de septiembre de 1999) en la determinación del ámbito de la restricción.

Aplicando estas reflexiones al supuesto concreto de esta sentencia, y a la vista de la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz y de la prueba practicada, se aprecia en el sujeto —aparte de una importante carencia de instrucción que exige un remedio de culturización adecuado— un retraso mental discreto que precisa se complemente, integre y asista en el aspecto patrimonial mediante la institución intermedia de la curatela (art. 287 del Código Civil, sentencias de 24 de mayo y 31 de diciembre de 1991). Nos hallamos ante un caso de incapacidad atenuada, en que habida cuenta que el grado de discernimiento del sujeto excluye la apreciación de inhabilidad para gobernarse totalmente por sí mismo, ni afecta en medida importante, se hace innecesario establecer la tutela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que incide realmente la deficiencia, que es el relativo a los bienes. Lo expuesto tiene su apoyo en los artículos 200, 210 y 287 del Código Civil, es la

una limitada capacidad de administrarse en lo que pudiera denominarse «dinero de bolsillo», no así, en los actos de administración extraordinaria, de enajenación o de gravamen. Incapacidad relativa, no impeditiva de la implementación de una tutela o, en su caso, de una curatela con expresión de la intervención del curador en determinados actos sea de naturaleza personal, sea de carácter patrimonial (art. 289).

solución preconizada por el Ministerio Fiscal (que fue quien presentó la demanda), y es también la sostenida por la Defensora Judicial del presunto incapaz.

VI. FUNCIONES DE LA INSTITUCIÓN DE LA CURATELA

La citada STS de 20 de junio de 2004 concreta las funciones de la institución objeto de estudio.

En su Fundamento de Derecho número 5 señala que para la determinación de la extensión y límites de la restricción y control, aunque la ley permite no efectuar una especificación, en cuyo caso se entendería que la intervención del curador se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el propio Código Civil, autorización judicial (art. 290), sin embargo en el caso parece más oportuno a este Tribunal fijar el ámbito de la curatela del incapacitado («tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido»: art. 289 del Código Civil), aún reconociendo la dificultad que ello implica, por no existir fórmulas genéricas idóneas y poder resultar defectuosas o insuficientes las casuísticas. Habida cuenta las circunstancias concurrentes, no resulta pertinente establecer —obviamente— ninguna restricción en el ámbito personal ni en cuanto a la testamentifacción, circunscribiendo la asistencia, que la curatela implica, al campo patrimonial, en términos similares a los postulados por la Defensora Judicial, y que se especificarán en el fallo de esta sentencia.

De modo que concreta la extensión y límites de la curatela en el sentido de exigir la asistencia y autorización para los actos consistentes:

- A) Enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, celebrar contratos y realizar actos susceptibles de inscripción; y,
- B) Administrar o realizar operaciones u otros actos en los que se impliquen grandes cantidades de dinero, pudiendo disponer de todas aquellas cantidades normales para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (el considerado como «dinero de bolsillo») sin autorización.

Aunque también existen resoluciones judiciales que no concretan cuáles serán los actos en que resulta necesaria la intervención del curador (8).

Necesidad que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen autorización judicial. Esto es lo que ocurre en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de marzo de 2001, que establece la nulidad del contrato —un préstamo— celebrado sin intervención del curador que

(8) Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia de 12 de marzo de 2001. Ponente: Alfonso Santisteban Ruiz. Número de sentencia: 146/2001. Consta también a los folios 119 y 120 el auto dictado en fecha 23 de junio de 1993 por el mismo Juzgado de 1.ª Instancia, número 3 de Logroño, en expediente sobre constitución de curatela, en el que se nombraba curador de la incapaz Lucía G. M., y para que la ejerciese bajo vigilancia judicial a su madre, doña Lucía M. P. También consta el contrato de préstamo suscrito por la entidad Banco de Santander Central Hispano, S. A., y doña María L. G. M., en virtud del cual la actora otorgó a la demandada un préstamo por importe de 500.000 pesetas, según consta en dicho documento de 23 de febrero de 1999, con vencimiento el 24 de febrero de 2004.

produce un enriquecimiento del incapaz quien está obligado a reintegrar lo percibido.

Debe tenerse en cuenta que, conforme a la resolución en la que se acuerda la constitución de la curatela, no se indicaba ni especificaba los actos en los que sería necesaria la intervención del curador, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 290, esta intervención sería precisa para los actos a que se refiere el artículo 271 del Código Civil.

La incapacitación que como *estado y situación* afecta a la persona sometida a curatela no puede ser reputada en plenitud de efectos, es decir, como incapacidad total, sino que más bien lo hace como tipo medio o atenuado, que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad de dicha recurrente en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela. De este modo, el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la *refuerza, controla y encauza, completando su capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención* para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen autorización judicial conforme dispone el artículo 290 en relación con los artículos 271 y 272 del Código Civil.

VII. EFECTOS DE LOS ACTOS REALIZADOS SIN LA INTERVENCIÓN DEL CURADOR

En el supuesto de hecho de la Resolución de la Audiencia de La Rioja citada, se ha acreditado que la realidad de la póliza de préstamo suscrita, así como el beneficio obtenido por la persona sometida a curatela con el producto del préstamo, se iba a destinar a la adquisición de un vehículo, por lo que asimismo resulta plenamente aplicable el tenor del artículo 1.304 del Código Civil, que prevé la *obligación del incapaz de restituir lo recibido en cuanto se enriqueció con el mismo*.

En efecto, en este artículo, conforme a la doctrina que lo interpreta, se establece la *obligación de la persona sometida a tutela o curatela, de restituir lo que hubiese recibido por razón del contrato nulo celebrado*.

Por ello determinada la nulidad del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 293 en relación con el 1.301 y siguientes del Código Civil, pues el mismo se celebró sin intervención del curador, al producirse el enriquecimiento comentado, procede la restitución de la cantidad apreciada en la sentencia de instancia, por parte de la demandada, persona sometida a curatela, con independencia de que el curador no hubiese sido traído al pleito, el cual no obstante (la madre de la demandada, según consta en los testimonios anteriormente indicados), deberá asistir en dicho acto a la demandada por tratarse de una intervención legalmente establecida como se ha puesto de relieve.

VIII. CONEXIÓN DE LA PETICIÓN Y EL OTORGAMIENTO DE TUTELA O CURATELA POR EL JUZGADOR. INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA

Puede ocurrir que en los supuestos de incapacitación y solicitud de cargo tuitivo del presunto incapaz (tutela o curatela) resulte una desconexión entre lo solicitado y lo otorgado por el Juzgador.

Ejemplo de ello se produce en la STS de 20 de noviembre de 2002, donde se pide la incapacitación total de la persona afectada, y a lo largo de todo el proceso se prueba que la misma padece un nivel de deterioro psíco-físico que no implica esté falto para gobernar su persona sino, exclusivamente, para ejercitar normalmente la gestión de su patrimonio.

Por ello se permite que el Tribunal que enjuicia esa situación personal del interesado, culmine su respuesta y *gradúe en cierto modo la petición inicial* concediendo un grado de incapacidad que cumpla con lo postulado en alguna medida y, en especial, que no olvide el *principio de protección a la persona* así afectada con ese mecanismo de defensa o representación, determinando, entonces, a tenor de los artículos 287 y 289 del Código Civil qué actos han de incluirse en esa protección y, en especial, además, porque esta Sala subraya que en ese *petitum*, en su misma literalidad, si bien se pedía la incapacitación total, a renglón seguido, se interesaba que «se constituyera el régimen de tutela o guarda a que deba quedar sometido el incapacitado...», guarda, pues, que comprende, según el artículo 215, también a la curatela declarada al efecto, restaurada por la citada Ley 13/1983 de 24 de octubre, por lo que, por esta razón no es posible entender que la decisión judicial se aparta de lo interesado en la demanda, ya que, se trata de un supuesto litigioso, diferente al resuelto por la sentencia de 30 de octubre de 1994, en la que, en efecto, se dilucidaba y se pedía en la demanda, exclusivamente, una incapacitación total del demandado (en la misma idea la sentencia de 22 de julio de 1993) (9).

IX. CURATELA Y PRODIGALIDAD

El tema que se plantea en la STS de 23 de diciembre de 1997 radica en la validez de una donación hecha por persona que ha sido declarada pródiga. El donante se hallaba, al tiempo de la donación, en el *estado civil de prodigalidad*, y no olvidemos que las tutelas de los pródigos se regirán por lo establecido en el Código Civil para la curatela (10).

Así pues, el pródigo queda sujeto a la curatela (art. 286.3 del Código Civil vigente) y no es un incapacitado total (como el que contempla el art. 222.2 del Código Civil), sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad («asistencia», «intervención», «consentimiento», según terminología del Código) que le otorga el curador.

La curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los... pródigos no puedan realizar por sí solos (tal como dice el

(9) FD 2.º Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 20 de noviembre de 2002, recurso 3854/1999. Ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

(10) FD 2.º STS de 23 de diciembre de 1997. Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz. Número de recurso: 3141/1993.

art. 288 del Código Civil) y tales actos son los que haya determinado la sentencia (añade el art. 298). La sentencia declarando la prodigalidad, declara expresamente que le incapacita para *disponer de sus bienes*; añade que precisa la autorización previa del consejo de familia; desaparecido éste y aplicando la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley de 1983 de que se ha hecho transcripción, actualmente es el curador: así, la sentencia determinó los actos que el pródigo no podía realizar por sí solo y, hoy, precisan para su validez el complemento de capacidad del curador, según los citados artículos 288 y 298; entre ellos se cuenta la *donación* a que se refiere el presente proceso (11).

La invalidez de tales actos, hechos sin la autorización o intervención o consentimiento, es decir, sin el complemento de capacidad del curador, viene determinada por lo dispuesto en el artículo 293, en el sentido de que son *anulables*. Distinto es el caso del negocio de disposición a título gratuito a favor del curador, que cae bajo el imperio de la norma prohibitiva del artículo 221.1, referido a todo cargo tutelar, que es de nulidad absoluta *ipso iure*, como establece el artículo 6.3 del Código Civil.

Es común sentir de la doctrina entender como pródigo a aquél que malgasta su caudal con ligereza, tanto por la cuantía de los dispendios como por el destino específico u objeto a que los destina, poniendo en peligro su patrimonio y los alimentos de sus deudos. La prodigalidad es un supuesto de sumisión a curatela con el fin de proteger el derecho natural a alimentos, y no derechos hereditarios como sucedía en el derecho anterior (12).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.2. Derecho de Familia

MATRIMONIO CANÓNICO. NULIDAD. EFECTOS CIVILES. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2005.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Antecedentes.—Abelardo, ahora recurrente en casación, solicita el reconocimiento de la eficacia civil de la sentencia dictada por el Tribunal Eclesiástico del Obispado de Getafe, con fecha de 30 de julio de 1997, por la que se declaraba la nulidad del matrimonio canónico contraído entre dicho Abelardo y María Ángeles el 1 de septiembre de 1974, Resolución confirmada por Decreto del Tribunal de La Rota de la Nunciatura, de 13 de noviembre de 1997.

(11) La donación es un negocio jurídico dispositivo a título gratuito y éste no podía ser realizado por el pródigo sin autorización del consejo de familia, según dispuso la sentencia firme del TS. Desaparecido el consejo de familia, era el curador —según el Código Civil reformado por la Ley de 1983— quien debía dar el complemento de capacidad. Realizada la donación sin la autorización (complemento de capacidad) del curador, ésta es anulable. Realizada a favor de la propia curadora, es nula. Una vez declarada la anulación, consecuencia de la anulabilidad, queda anulado o nulo el negocio jurídico, es decir, la donación. La consecuencia, la nulidad, es la misma.

(12) STS de 8 de marzo de 1991. Ponente: Jesús Marina Martínez-Pardo. *La Ley. Juris.* 13773-R/1991.

Doctrina.—Reconocimiento de efectos civiles a las Resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico. Requisitos. Respeto o no contradicción con el orden público interno de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende. Inexistencia de incompatibilidad entre la sentencia canónica y la precedente sentencia civil de divorcio.

Sentencias analizadas.—STS de 8 de marzo de 2001, rec. 487/1996 (*La Ley. Juris.* 4238/2001). Ponente: José Ramón Vázquez Sandes; STS de 5 de marzo de 2001 (*La Ley. Juris.* 3234/2001). Ponente: don José Almagro Nosete; STS de 23 de noviembre de 1995. (*La Ley. Juris.* 14834/1995). Ponente: Alfonso Villagómez Rodil; STS de 1 de julio de 1994 (*La Ley. Juris.* 27313-JF/0000). Ponente: José Almagro Nosete; STC 66/1982, de 12 de noviembre de 1982, Sala Segunda. Ponente: Plácido Fernández Viagas. Número de recurso: 131/1982 (*La Ley. Juris.* 7332-JF/0000).

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina jurisprudencial ha sido unánime desde la STC de 1982: se otorgan plenos efectos civiles a las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad de matrimonio canónico en base a principios fundamentales del ordenamiento jurídico reconocidos por la Constitución Española.

El interés del análisis de las sentencias objeto de comentario se centra en los problemas «añadidos» que ocasiona dicho reconocimiento, tales como estudiar los requisitos de tal homologación, el procedimiento a seguir (pues no hay un automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos), los presupuestos formales para proceder a la homologación, la necesidad de examinar si la resolución pontificia resulta ajustada al Derecho del Estado; la inexistencia de revisión en proceso civil de las causas canónicas de disolución matrimonial, la identidad de causas en el plano canónico y civil, la irrelevancia de la existencia de sentencia de separación y divorcio a efectos de la convalidación de la sentencia canónica al tratarse de supuestos compatibles, la contradicción entre los efectos económicos derivados de una sentencia de divorcio y los de la sentencia canónica de nulidad matrimonial, etc.

II. FUNDAMENTO DEL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS CIVILES DE LAS RESOLUCIONES ECLESIÁSTICAS. PROCEDIMIENTO

La STC 66/1982, de 12 de noviembre de 1982 (1) estableció el reconocimiento legal de la eficacia en el orden civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y decisio-

(1) STC 66/1982, de 12 de noviembre de 1982. Sala Segunda. Ponente: Plácido Fernández Viagas. Número de recurso: 131/1982 (*La Ley. Juris.* 7332-JF/0000). La Sala 2.^a del TC estaba compuesta por el señor AROZAMENA SIERRA, señor RUBIO LLORENTE, señor Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, señor TOMÁS Y VALIENTE, señor FERNÁNDEZ VIAGAS y señor TRUYOL SERRA.

nes pontificias sobre matrimonio rato y no consumado en base a dos principios y su constatación en una Ley (2):

(2) DON JUSTO ALBERTO REQUEJO Y PÉREZ SOTO, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de doña Catalina, interpuso recurso de amparo constitucional, fundado, en violación de los artículos 14, 16.3 y 24 CE, dictado por el JPI número 23 de Madrid, cuya copia acompañó y que denegaba la ejecución a efectos civiles de la sentencia de nulidad de matrimonio dictada por el venerable Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Madrid-Alcalá el 13 de mayo de 1980.

La Resolución que se recurre se produce vigente el Acuerdo del Estado con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, y decide un caso iniciado antes de la entrada en vigor de la CE, por lo que, en principio, es de aplicación el mismo, al menos en cuanto define el derecho transitorio aplicable.

El Fundamento de Derecho 3.º señaló que «la Ley aplicable en el presente caso por mandato del Derecho transitorio a que acabamos de aludir es la anterior al Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede. Cierto que no vamos a resolver aquí un problema de legalidad, y somos conscientes de que, así como la aplicación del Derecho intertemporal procedente no elimina sistemáticamente la posibilidad de inconstitucionalidad porque en el curso del proceso correspondiente, regido por la Ley adecuada, se cometa una violación de un derecho o libertad susceptible de amparo, así tampoco la mera inaplicabilidad de derecho correspondiente engendra por sí sola violación constitucional».

Para terminar afirmando en su Fundamento Jurídico quinto que «no podemos menos de constatar que este Acuerdo del Estado español y la Santa Sede tiene rango de tratado internacional y, por tanto, como aprecia el Fiscal, se inserta en la clasificación del artículo 94 CE, sin que, respecto a él, se haya, institucionalmente, denunciado estipulaciones contrarias a la propia CE ni procedido conforme al artículo 95 de la misma, y, una vez publicado oficialmente el tratado, forma parte del ordenamiento interno. Este Tribunal no debe, sin haber sido previamente requerido por los órganos constitucionales previstos, entrar en el examen de la supuesta contradicción cuando ningún órgano judicial ha planteado cuestión constitucional, ni la han suscitado las partes».

El fallo determinó «Otorgar el amparo solicitado con anulación del auto dictado en 12 de marzo de 1982 por el JPI número 23 de Madrid, que declaró no haber lugar a la eficacia en el orden civil de la sentencia canónica dictada por el Tribunal eclesiástico, número 1 de Madrid-Alcalá, respecto al matrimonio contraído entre doña Catalina y don Prudencio, devuélvase los autos al referido Juzgado a fin de que proceda a la ejecución de la sentencia según el Derecho del Estado que resulte aplicable al caso y teniendo en cuenta el momento en que se inició el proceso ante el Tribunal eclesiástico, anterior al Acuerdo jurídico con la Santa Sede y a la CE».

Con el *voto en contra* del Magistrado don LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, quien emitió un voto particular que señaló que «parece claro que el Juez no viola el sistema de relación entre la Iglesia y el Estado que resulta de la CE, ni por ende, el artículo 16.3, pues no niega de plano la posible eficacia en el orden jurídico del Estado de las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos. Se limita a negarla en el caso concreto y lo hace por entender que no lo permiten el artículo 80 del Código Civil y el 954 de la LEC. Siendo esto así, es claro que no coloca a doña Catalina en ninguna situación de discriminación por razón de religión y que el problema que en nuestra sentencia puede cuestionarse es el relativo al artículo 24 CE.

El juez *a quo* aplicó el artículo 80 del Código Civil y el 954 LEC para decidir si una sentencia es o no es ejecutable, no está violando la Constitución, sino únicamente realizando una interpretación del Derecho interno que puede ser más o menos correcta. Claramente ésta es la situación de una aplicación retroactiva del artículo 80 del Código Civil; puede ser incorrecto como aplicación de la legalidad ordinaria, pero no es una violación de la Constitución. Lo anterior es todavía más claro si se observa el problema del auto del Juez número 23 de Madrid; fue un problema de derecho transitorio de los acuerdos jurídicos establecidos entre el Estado español y la Iglesia católica, de manera que se ha dado vigencia inmediata a una norma que, por sí sola, no la tenía respecto

- *Principio de aconfesionalidad* del Estado (art. 16.3 CE) (3) y principio de *libertad de culto* (4).
- *Principio de cooperación* entre el Estado español y la Santa Sede expresado en el Acuerdo de 3 de enero de 1979, en el que se reconoció a la Iglesia católica las actividades de jurisdicción. (Principio que obliga a los poderes públicos a tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantener las consiguientes relaciones de cooperación, art. 16.4 CE.)

El artículo VI.2 de dicho Acuerdo autoriza a los contrayentes a acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado, otorgando a dichas decisiones eclesásticas la eficacia civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en Resolución del Tribunal Civil competente; la Disposición Transitoria 2.^a instaura un régimen transitorio para las causas pendientes, que se seguirán tramitando ante los Tribunales eclesásticos y sus sentencias tendrán efectos civiles a tenor de lo dispuesto en el artículo XXIV del Concordato de 1953.

Además, el citado artículo XXIV del Concordato obligaría a comunicar la sentencia, una vez firme y efectiva, al Tribunal Civil competente, el cual decretaría lo necesario para su ejecución a efectos civiles:

- La Ley 30/1981, de 7 de julio, contiene la nueva redacción del artículo 80 del Código Civil, que dispone que las resoluciones de los Tribuna-

de los procesos anteriores. Las operaciones de aplicación del derecho y de selección de la norma aplicable que el juez puede haber realizado constituyen infracciones de la legalidad ordinaria en todo caso, pero creemos que no son por sí solas violaciones de la Constitución. Por todo lo expuesto entiendo que el recurso de amparo ha debido ser desestimado».

(3) Afirmado en la STS de 23 de marzo de 2005, en su FD 1.º sobre la base de «que para dar eficacia civil con los efectos oportunos a una sentencia canónica de nulidad de matrimonio, hay que partir de una base incuestionable, como es la aconfesionalidad del Estado Español, principio establecido en el artículo 16-2 CE que no hace otra cosa que recoger lo proclamado en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de 1948, que proclama la libertad religiosa de una manera absoluta».

(4) FD 1.º de la STS de 23 de noviembre de 1995. *La Ley. Juris.* (14834/1995). Ponente: Alfonso Villagómez Rodil, «...ha de tenerse en cuenta la libertad religiosa y de cultos que consagra el artículo 16 CE, coincidente con el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU (10 de diciembre de 1948). Al resultar acomodado al orden público interno la celebración de matrimonio canónico, que el Código Civil prevé en sus artículos 49 y 60 con reconocimiento de efectos civiles —y consiguiente reenvío a las normas canónicas—, los particulares que en uso de su libertad de conciencia acceden libre y conjuntamente a dicha forma de unión sacramental, lo hacen con la plenitud de sus efectos y consecuencias, lo que se traduce en que la voluntad respetada de los cónyuges para optar por la forma religiosa se proyecte y también al momento de extinción del matrimonio, cuando es decretado con las debidas garantías y formalidades por la autoridad religiosa competente para ello, sin que la voluntad del legislador deba ser obstativa y tenga que imponerse necesariamente para anular la de los contrayentes, cuando no resulta incidencia constatada en el orden público interno, ni choca frontalmente contra los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Entenderlo de otro modo llevaría tener que remontarse a situaciones de mala fe o de fraude a cargo del Estado al hacer inoperante el Acuerdo con la Santa Sede en los supuestos de matrimonio rato y no consumado.

les eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil y competente, de acuerdo a las condiciones a que se refiere el artículo 954 LEC, y la Disposición Adicional 2.^a-2, de la misma Ley ordena que, presentada la demanda por cualquiera de las partes, el Juez dará audiencia por plazo de nueve días al otro cónyuge y al Fiscal; y si, no habiéndose formulado oposición, aprecia que la resolución es auténtica y ajustada al Derecho del Estado, acordará la eficacia en el orden civil de la resolución eclesiástica procediéndose a su ejecución con arreglo a las disposiciones del Código Civil. En base a lo que acabamos de señalar hay que tener en cuenta que:

- La referida cooperación del Estado con la Iglesia católica no implica *automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos*.
- Según el artículo 80 del Código Civil y la Disposición Adicional segunda de la Ley 30/1981, la eficacia en el orden civil de las sentencias canónicas depende exclusivamente de la superación de un *juicio de homologación* que se ciñe a:
 - a) autenticidad de la sentencia firme, esto es, comprobación o *verificación de su validez extrínseca* o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado;
 - b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al Derecho del Estado, lo cual comporta un *examen de fondo* que sólo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, conforme al Derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal, de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español.

De ahí que el juicio de homologación *no se extienda a hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido* que tiene atribuido por ley. Consecuentemente, ninguna declaración complementaria tenía que realizar la resolución que otorga eficacia civil a la sentencia canónica distintas de las que hizo reconociendo que la sentencia canónica se ajustaba al Derecho del Estado. Por ello, la concreción de existencia de mala fe de una parte con efectos específicos en la disolución del régimen de gananciales deba ser conocido en un procedimiento civil (5). El dolo de la esposa, causa de la nulidad por error en el consentimiento y la mala fe del cónyuge

(5) Y esto es precisamente lo que tuvo lugar en la STS de 1 de julio de 1994 (*La Ley. Juris.* 27313-JF/0000). Ponente: José Almagro Nosete.

Ante el Juzgado de Primera instancia número dos de Valladolid, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía promovidos a instancia de don Pedro Hernández Cornejo contra doña Carmen Cocolina Merino sobre liquidación de régimen económico matrimonial de participación en las ganancias, una vez homologada la sentencia canónica. El juzgado acordó dicha disolución.

Se interpuso recurso de apelación ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, que dictó sentencia con fecha 10 de junio de 1991, decretando la mala fe civil de la demandada en la causa de nulidad del matrimonio formalmente contraído por los litigantes, debiéndose liquidar el régimen económico-matrimonial.

a que se refiere el Código Civil, fijada por los jueces estatales determina consecuencias concretas de la eficacia civil (6):

- El artículo 80 del Código Civil establece que las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos de *nulidad de matrimonio canónico*, así como las pontificias sobre *matrimonio rato y no consumado*, tendrán eficacia en el orden civil si el Juez competente las declara ajustadas al Derecho del Estado, conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 LEC.

La interpretación de la norma, conforme a los dictados del artículo 3 del Código Civil, se hace exigente en cuanto al alcance del necesario ajuste a la legalidad estatal, pues se establece así una especie de *mecanismo jurídico de control atenuado* a cargo de los Tribunales ordinarios, y que supera los estrictamente formales, en razón de haberse modificado el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos (Concordato de 1953) y evitar en todo caso el automatismo que se produciría por la inmediata eficacia de las sentencias canónicas o decisiones administrativas pontificias, como la que se debate, ya que ello vendría a conculcar frontalmente el artículo 117.3 CE y precepto 2 LOPJ (7).

Los presupuestos formales para proceder a la homologación se centran en:

- ejercicio en vía eclesiástica de una acción personal;
- tramitación con intervención de ahora recurrente, que fue oído en el mismo, con posibilidad plena de ejercicio de sus derechos de defensa, y aportación de pruebas, lo que excluye toda situación de rebelde (8);

La sentencia de primera instancia establece que partiendo de la sentencia firme del Tribunal Eclesiástico, en que se declara la nulidad del matrimonio celebrado formalmente entre los litigantes, por causa de falta de consentimiento motivado por engaño doloso sufrido por el actor y cometido por la demandada, la cual ha sido homologada civilmente por auto de fecha 28 de septiembre de 1987, previo el correspondiente procedimiento para declarar su eficacia civil, en el *cual no se entró a conocer sobre la petición de declaración de mala fe en la mujer*, el Tribunal de segunda instancia decretó la mala fe en la actuación de la parte apelada, quien hizo creer al marido que todavía tenía o estaba en edad para engendrar hijos, cuando no era cierto, puesto que el engaño doloso equivale a una actuación sin género de duda, de mala fe en sentido jurídico civil (FD 1.º).

(6) La sentencia recurrida razona que en aplicación de la normativa general que rige nuestro ordenamiento en materia de contratos (para esta jurisdicción el matrimonio lo es), la persona incumplidora de sus obligaciones, interviniendo dolo, está obligada al resarcimiento de daños y perjuicios (art. 1.101 y sigs. del Código Civil), que el propio legislador los señala, para este supuesto concreto, en el artículo 95.2.º del Código Civil, expresando que el que fue cónyuge de buena fe a la hora de liquidar el régimen económico matrimonial, pueda optar entre que se realice de la forma normal establecida o que se haga con arreglo a las normas que rigen el régimen de participaciones en las ganancias, lo que habrá de hacerse en período de ejecución de sentencia (FD 2.º).

(7) FD 1.º de la STS de 23 de noviembre de 1995. *La Ley. Juris.* (14834/1995). Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. Doña Lourdes A. G., solicitó reconocer eficacia civil a la resolución dictada en fecha 8 de mayo de 1987 por el Papa de la Iglesia Católica Juan Pablo II, a propuesta de la Sagrada Congregación para los Sacramentos por la que se concedió dispensa de matrimonio rato y no consumado al formado por doña María Lourdes A. G. y don Andrés B. A., ordenando la inscripción de la sentencia en el Registro Civil de Vitoria en la que desestimaba la demanda. La AP Bilbao revocó dicha sentencia.

(8) El recurrente contó con todos los medios de defensa para rebatir la pretensión de la oponente que la legislación canónica autoriza y no son precisamente restrictivos

- necesaria autenticidad conforme al ordenamiento canónico y la que exige la legislación española —cuestión de legalidad formal (arts. 600 y 601 LEC)—, en relación a la carta-ejecutoria que obra en los autos y hace referencia a decisión firme y ejecutoria, en cuanto se refiere el prescrito de la Santa Sede, lo que no ha sido contradicho ni discutido eficazmente de contrario.

Respecto a lo que dicho artículo 954 LEC establece sobre la concurrencia de licitud, se ha interpretado por la *doctrina científica y jurisprudencial* en el sentido de que no ha de contravenir el orden público del Estado, el que por su propia naturaleza, se presente variable y flexible, conforme a las circunstancias y realidades sociales (sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), al conformarse por principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales, que hay que preservar para el mantenimiento de la paz y orden social en toda su amplitud, y a su vez en atención a su relatividad por causa de la concepción social-política de cada momento histórico (9).

El tema del ajuste no impone una revisión del fondo y contenido sustantivo de la decisión pontificia, en cuanto *derecho de gracia que corresponde al Romano Pontífice y es otorgado en el ámbito del ordenamiento eclesiástico a medio del procedimiento contradictorio*, conforme a la normativa canónica, así como la Instrucción *Dispensationis matrimonii* de 7 de marzo de 1972, que no contempla nuestro Derecho, pues ninguna autoridad del Estado está investida de tal potestad.

Si se entiende que el control de homologación no se proyecta sobre el derecho sustantivo aplicado —en igual sentido el reglamento (CE) 137/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, cuyo ámbito alcanza también a las resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos cuando median Acuerdos o Tratados particulares— no cabría cuestionar la causa de nulidad aplicada que incide en un *elemento esencial* coincidente en ambos ordenamientos como es el *consentimiento*. Y si el problema se enfoca, como es necesario, en el plano del orden público matrimonial es más que dudoso que se dé la contradicción que declara el Tribunal de instancia, pues no se advierte en qué medida resulta así «perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español» (STS de 8-3-2001) (10).

para argumentar indefensión. Ésta no se produce precisamente, según reiterada doctrina jurisprudencial y doctrina constitucional, cuando las peticiones que se deducen ante los Tribunales u órganos competentes de cualquier clase, reconocidos por el Estado, no son reconocidas, pues ello no conforma ninguna infracción constitucional.

(9) El problema del *requisito* de *licitud* se entronca necesariamente con el ajuste al ordenamiento del Estado que ya se ha dicho establece el artículo 80 del Código Civil y resulta ser aplicación del artículo VI.2, Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979. El procedimiento a seguir lo regula la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que contempla actuaciones procesales propias de la *jurisdicción voluntaria* cuando no se produce oposición, en cuyo caso el proceso correspondiente será el juicio de menor cuantía (sentencia de 24 de septiembre de 1991, así como las del TC de 22 de diciembre de 1988 y 8 de noviembre de 1993).

(10) Todo lo cual conduce a dar la eficacia civil procedente de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Getafe que declaró la nulidad matrimonial en cuestión, ya que lo contrario supondría negar virtualidad a los acuerdos vigentes con la Santa Sede de

III. NECESIDAD DE EXAMINAR SI LA RESOLUCIÓN PONTIFICIA RESULTA AJUSTADA AL DERECHO DEL ESTADO

La doctrina jurisprudencial precisa que el examen de fondo a que obliga el requisito del respeto o no contradicción con el orden público de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende, solamente se extiende «a constatar si las declaraciones de la sentencia dictadas conforme al Derecho canónico no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal» (SSTS 1-7-1994 y 5-3-2001), esto es, si no contradicen el orden público interno integrado por «principios no sólo jurídicos públicos y privados, sino también por políticos, económicos, morales e incluso religiosos y hasta supranacionales» (STS 23-11-1995), en definitiva por los principios constitucionales y rectores del matrimonio según el derecho interno del foro (11).

No cabe afirmar la necesaria existencia de identidad total de causas ya que *la no consumación del matrimonio* no resulta subsumible por el Código Civil, lo que no cabe es imponer, conforme los Tratados vigentes, que la Iglesia católica haya de acomodar su normativa y actos jurídicos a la nuestra positiva. A su vez resultarían inaplicables las dispensas de *matrimonio rato y no consumado*, dejando en el vacío y en parte ineficaz el artículo 80 del Código Civil, así como inviable el Acuerdo de 1979, que de esta manera no sería debidamente cumplido ni respetado y supondría siempre llevar a cabo juicio de revisión del fondo de la resolución pontificia a cargo de la jurisdicción civil, lo que no procede.

Resulta más adecuado y conforme al sentido de los preceptos y tratados bilaterales vigentes, que no sólo se proceda a la comprobación de la concurrencia de los *requisitos formales* del artículo 954 LEC, sino también si se produce la licitud de la resolución a homologar lo que exige determinar si viola o no el orden público interno para denegar la homologación.

IV. INEXISTENCIA DE REVISIÓN EN PROCESO CIVIL DE LAS CAUSAS CANÓNICAS DE DISOLUCIÓN MATRIMONIAL (12)

No lo autoriza ni el texto ni el sentido del artículo 80 del Código Civil, así como el Acuerdo de 1979 con la Santa Sede. Efectivamente se trata de una efectiva homologación de resolución foránea, pero con acusadas especialidades, y no precisamente de homologación de fondo para decretar su desautorización.

En otro caso supondría *cercenar la libertad religiosa* que establece el artículo 16 CE y autoriza a los contrayentes para optar por la forma de matri-

3 de enero de 1979, en concreto lo determinado en su artículo VI. Pero sobre todo, porque en la Constitución Española se proclama la disolubilidad del matrimonio que serviría de base para dar eficacia a la sentencia canónica reseñada, prescindiendo si el derecho canónico permita o no tal disolubilidad, y sin que se pueda tampoco tener en cuenta el que el cónyuge solicitante haya tenido una vida matrimonial más o menos larga, ni tampoco a la edad de los hijos matrimoniales. STS de 23 de marzo de 2005.

(11) STS de 23 de marzo de 2005. *La Ley. Juris.* 1960649/2005.

(12) FD 2.º de la STS de 23 de noviembre de 1995. *La Ley. Juris.* (14834/1995). Ponente: Alfonso Villagómez Rodil.

monio que les interese o se acomode a sus creencias, y acudir, en caso de ruptura, a los Tribunales Civiles, como a los eclesiásticos, en cada supuesto, con posterior eficacia civil de la sentencia o resolución canónica.

También llevaría consigo apartarse del cooperativismo y mutua asistencia que establece el Acuerdo de 1979, en cuanto le corresponde rango de Tratado Internacional, inserto en el precepto constitucional 14, como ha tenido ocasión de declarar el TC (sentencias de 22 de noviembre de 1982 y 23 de mayo de 1985), válidamente celebrado y que obliga por haberse publicado oficialmente en los términos del artículo 96 CE, en tanto no sea denunciado.

V. IDENTIDAD DE CAUSAS EN EL PLANO CANÓNICO Y CIVIL (13)

Sanciona el artículo 73.1.º del Código Civil la *nulidad del matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*, corroborando con ello lo establecido en su artículo 45, lo que sólo puede hacer referencia —dejados a un lado el error personal y la violencia motivadores— a la comprensión, y consiguiente asunción, del contenido natural de la relación matrimonial y de la esencia de su vínculo con la amplitud que éste alcanza en su regulación legal dentro de dicho Código (14).

La resolución canónica declara nulo el matrimonio canónico contraído por los aquí litigantes al haber apreciado *defecto en el consentimiento prestado por el esposo a causa de su incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica*.

La pretensión —como de nulidad de matrimonio por consentimiento prestado sin capacidad para asumir las obligaciones esenciales del mismo— es lícita en España como lo muestra su acogimiento en el artículo 73.1.º del Código Civil, que comprende el consentimiento inválido por causa de incapacidad impeditiva para asumir el contenido que le es esencial, sin que a la homologación que lleve a esa apreciación pueda exigirse coincidencia absoluta, porque si la similitud es posible y bastante no tiene por qué producirse aquella otra a causa de la diversidad de los correspondientes ordenamientos en relación que, sin embargo, no se hacen contradictorios.

(13) STS de 8 de marzo de 2001, recurso 487/1996 (*La Ley, Juris.* 4238/2001). Ponente: José Ramón Vázquez Sandes. Homologación de sentencia canónica que declara la nulidad de matrimonio por incapacidad del esposo para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica. Equiparación a la causa de nulidad establecida en el Código Civil que atiende a la inexistencia de consentimiento. Don Jesús Blas D. C., formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra doña Paloma G. R., en la que suplicó se dictase sentencia por la que se declare la eficacia civil de la sentencia de nulidad de matrimonio dictada por el Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de Zaragoza, de fecha 6 de junio de 1994, confirmada por Decreto del Tribunal Interdiocesano de Segunda Instancia en fecha 1 de septiembre de 1994.

El Juez de Primera Instancia número 6 de los de Zaragoza dictó sentencia el 10 de mayo de 1995, concediendo plena eficacia civil a la mencionada resolución canónica. Confirmación de la Audiencia.

(14) FD 3.º STS de 8 de marzo de 2001, recurso 487/1996 (*La Ley, Juris.* 4238/2001). Ponente: José Ramón Vázquez Sandes).

VI. INEXISTENCIA DE INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA SENTENCIA CANÓNICA Y LA PRECEDENTE SENTENCIA CIVIL DE DIVORCIO. COMPATIBILIDAD DE AMBOS SUPUESTOS (15)

Y además hay que decir la posibilidad de otorgar reconocimiento a las sentencias de nulidad matrimonial o a las dispensas pontificias de matrimonio rato de matrimonios que ya han sido disueltos por precedentes sentencias civiles de divorcio, situación que se da en este caso, no ha sido rechazada por esta Sala (16).

Pues como se desprende de la citada jurisprudencia, no se está ante resoluciones inconciliables, no tanto por faltar la identidad objetiva cuanto porque *sus consecuencias jurídicas no se excluyen recíprocamente en la medida en que los efectos civiles del divorcio no resultan alterados o modificados por la posterior declaración canónica de su nulidad*. Sin que por otra parte la reserva mental dada por el recurrente a la perpetuidad del vínculo, pueda hacer efecto alguno en lo anteriormente proclamado (17).

No cabe argumentar la incompatibilidad entre las sentencias de separación y divorcio y la sentencia canónica, en cuyos ámbitos incidiría ésta, y delimita rigurosamente la STS de 8 de marzo de 2001, señalando que «...tales supuestos —los de nulidad, los de separación y los de divorcio— admite nuestro Código Civil, pues ni su artículo 82, al fijar las posibles causas de separación, ni su artículo 86, sobre las causas que puedan conducir a la disolución del matrimonio por divorcio, se atienen para ello a la validez o a la nulidad del matrimonio sino a la situación personal de los cónyuges en el tiempo de su vida matrimonial, dejando sin atender todo cuanto se refiere al *vínculo* en sí —cuya nulidad no convalidarían aquellos tipos de sentencias y sólo lo harían, en los contados casos de la posibilidad, la actitud de los cónyuges cual resulta de los arts. 75, 76 y 78— que si se tiene presente en sí mismo, a efectos de validez y nulidad, por el artículo 73 y las medidas de separación y de divorcio, aun sentenciadas, no pueden impedir el derecho de la parte a quien afecten a buscar la verdadera situación matrimonial en orden al vínculo contraído sin alterar, como impone el artículo 79 del mismo Código, los efectos que se hayan producido respecto a los hijos y a los contrayentes de buena fe, que siempre se fijarán desde la normalidad en la institución o por las resoluciones de separación o de divorcio o de nulidad con efectos comunes o indistintos según establecen los artículos 90 y siguientes del Código Civil cuyo artículo 6.4, invocado por la recurrente, no es aplicable a este supuesto, asentado en situación propiciada y conseguida por la propia recurrente y que no cabe entender tácitamente renunciada de contrario a causa de oposición sostenida a la pretensión en el curso del procedimiento porque en definitiva la misma ha de someterse a lo que en sentencia se resuelva, lo que fue logro de la recurrente, y siendo ajustada a Derecho la sentencia aquí recurrida —no cabe reducir la canónica a meros efectos eclesiales porque es evidente su efecto, principalísimo, en el matrimonio de los litigantes— ha de ser desestimado el motivo de recurso».

(15) FD 2.º de la STS de 8 de marzo de 2001, recurso 487/1996 (*La Ley. Juris.* 4238/2001). Ponente: José Ramón Vázquez Sandes.

(16) SSTS de 23-11-1995 y 5-3-2001.

(17) STS de 23 de marzo de 2005, recurso 132/2002.

VIII. CONTRADICCIÓN ENTRE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DE UNA SENTENCIA DE DIVORCIO Y LOS DE LA SENTENCIA CANÓNICA DE NULIDAD MATRIMONIAL (18)

Hay que distinguir entre dos ámbitos jurisdiccionales diversos: el eclesástico y el civil que discurren, en paralelo, sin posibles interferencias que conduzcan a la pérdida de eficacia de la sentencia civil obtenida en otro proceso matrimonial articulado ante la jurisdicción civil una vez declarada ajustada al Derecho del Estado la sentencia canónica.

Corresponde al Juez de la ejecución determinar, según las peticiones de las partes y el ámbito objetivo de la misma ejecutoria, el alcance concreto de los *efectos dimanantes del juicio de homologación*, sin que se desvirtúen los derivados de sentencias firmes anteriores, dictadas por la jurisdicción civil sobre la crisis matrimonial en cuestión (FD 3.^o).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 2 de noviembre de 1993, donde había precedido una sentencia de divorcio a la de nulidad, se establece con acertado criterio que el conflicto jurisdiccional entre la sentencia firme de divorcio con sus consiguientes efectos económicos, y una sentencia firme de nulidad canónica, cuyos efectos civiles también fueron reconocidos y fijados, ha de resolverse manteniendo los efectos acordados en la sentencia de divorcio, ya que «la existencia de una sentencia firme de “nulidad canónica” y el subsiguiente reconocimiento de sus efectos civiles, no puede estimarse como “cambio sustancial” de circunstancias, para dejar sin efecto lo acordado en la sentencia firme de divorcio; *llegar a la solución contraria sería tanto como otorgar a la Jurisdicción canónica efectos de prevalencia civil sobre los jueces y Tribunales del Estado*, hecho que impide en absoluto el principio de exclusividad jurisdiccional».

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

PROPIEDAD HORIZONTAL. ¿NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACUERDOS CONTRARIOS A LA LPH O LOS ESTATUTOS? (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE OCTUBRE DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auguer Liñán.

(18) STS de 5 de marzo de 2001 (*La Ley. Juris.* 3234/2001). Ponente: don José Almagro Nosete. Don Alberto B. F. contra doña Alicia R. S., sobre reconocimiento de efectos civiles de sentencia eclesástica de nulidad matrimonial, se solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarase la eficacia civil de la sentencia de nulidad matrimonial dictada por el Tribunal Eclesiástico de Málaga con fecha 19 de enero de 1993, declarada firme y ejecutoria por el Tribunal Metropolitano de Granada por providencia de fecha 15 de julio de 1993. Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 1994, debo declarar y declaro que la sentencia de 19 de enero de 1993, dictada por el Tribunal Eclesiástico de Málaga, y confirmada por providencia de 15 de julio de 1993, no se atiene al Derecho del Estado, y, en consecuencia, debo denegarle y le deniego eficacia civil a dicha sentencia. La Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia con fecha 19 de julio de 1995, confirmando la resolución de instancia.

Antecedentes.—Los hechos que dan lugar a esta sentencia pueden resumirse de la siguiente forma: ante el Juzgado de Primera Instancia se plantea una demanda contra una Comunidad de Propietarios, solicitando la impugnación de determinados acuerdos comunitarios y que se declare la nulidad de pleno derecho de los mismos por entenderlos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal (LPH) y los Estatutos, pues no respetaban las reglas de convocatoria y orden del día de las juntas de propietarios que establecía el artículo 15.2 LPH (1960). Al contravenir una disposición legal prevista en la LPH, los demandantes entendieron que debía declararse la nulidad radical o de pleno derecho del acuerdo. Sin embargo, el Tribunal de Instancia desestimó la demanda. Se interpuso recurso de apelación, y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, y revocó parcialmente la sentencia declarando nulo el acuerdo de referencia.

Se presentó recurso de casación por la Comunidad de Propietarios alegando infracción del artículo 16.4 LPH (1960) y de la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los acuerdos contrarios a la LPH y estatutos y sobre la caducidad de la acción impugnatoria de los mismos.

El Tribunal Supremo estima el recurso, y declara la anulabilidad o impugnación del acuerdo adoptado en los plazos correspondientes por ser contrarios a la LPH, y no su nulidad radical como mantenía la Audiencia, estableciendo la siguiente:

Doctrina.—Con referencia a la sanción correspondiente a los acuerdos contrarios a la LPH y los Estatutos de la Comunidad, el Tribunal Supremo afirma que existe una postura mayoritaria, razonable, en el sentido de que hay que «diferenciar entre los acuerdos que afectan a la propia Ley de Propiedad Horizontal y los Estatutos, que sólo podían ser anulados, en su caso, mediante la impugnación en el plazo correspondiente y las decisiones que infringieran otras leyes imperativas, las cuales había que considerar radicalmente nulas, a no ser que en las mismas se determinara efecto distinto. Porque aquí estaba la cuestión, que, en principio, los actos contrarios a la Ley son nulos de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, aunque añade: “salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para su contravención”. Y esto es lo que precisamente hacía esa regla 4.^a del antiguo y aplicable a este caso artículo 16, determinar la necesidad de impugnar contra las posibles infracciones de la Ley o los Estatutos, pues en otro caso sería tanto como dejar ocioso el precepto legal».

COMENTARIO

Los hechos referidos en esta sentencia, es decir, si los acuerdos adoptados en una Junta de Propietarios contrarios a la LPH o a los propios Estatutos de la Comunidad son nulos de pleno derecho, o simplemente anulables y por tanto susceptibles de impugnación en su plazo correspondiente, es una cuestión que no ha estado suficientemente clara y que ha sido debatida doctrinal y jurisprudencialmente, dando lugar a vaivenes y contradicciones entre la doctrina y en el Tribunal Supremo. Hoy, la postura mayoritaria es la que se acaba de exponer en la doctrina transcrita, pues tiene su base clara en el actual artículo 18 LPH, pero considero interesante pararnos a hacer una reflexión y breve análisis sobre la evolución de este tema en la legislación, en la jurisprudencia y sobre las distintas posturas defendidas en torno a la misma.

LEY PROPIEDAD HORIZONTAL 1960

La LPH, en su redacción original de 1960, dedicaba el artículo 16 a los acuerdos adoptados por una Comunidad de Propietarios, y establecía las reglas para su validez, y la sanción correspondiente.

En concreto, el artículo 16.1 LPH declaraba que era necesaria «la unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. No obstante, cuando tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, bastará el voto de las tres quintas partes del total de los Propietarios que a su vez representen las tres quintas partes del total de las cuotas de participación».

En la regla segunda se establecía que para la validez de los demás acuerdos bastaría el voto de la mayoría total de los propietarios que representaran la mayoría de las cuotas de participación.

Después, el artículo 16.4 decía que «los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes, pero el acuerdo será provisionalmente ejecutivo, salvo que el juez ordene la suspensión. La acción deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne».

Mientras el artículo 16.1 establece los requisitos para la validez de los acuerdos que afecten a los estatutos o LPH, sin los cuales debe entenderse que no hay acuerdo (nulo), el 16.4, por el contrario, facilita la «simple» impugnación de aquellos que sean contrarios a la Ley o Estatutos. Esta aparente contradicción entre ambas normas, dio lugar a distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, pues, aunque la Ley no decía ni distinguía en modo alguno sobre los dos tipos de invalidez (nulidad-anulabilidad), plasmando únicamente la impugnación de los acuerdos contrarios a la Ley o Estatutos (16.4), la jurisprudencia, interpretando contradictoriamente estos artículos, originó dos tendencias o líneas distintas según se admitía, o no, la nulidad radical de acuerdos contrarios a la LPH y los Estatutos.

a) *Primera línea jurisprudencial: Acuerdos nulos*

En efecto, SSTS como la de 21 de mayo de 1970, 5 de junio de 1979, 11 de febrero de 1985, 13 de octubre de 1988, 25 de octubre de 1989, 5 de diciembre de 1989, 29 de octubre de 1993 abogaban por la nulidad radical de determinados acuerdos contrarios a la LPH cuando habían sido adoptados vgr., sin la unanimidad requerida, o con algún defecto de *quórum* o forma fundamental, por ejemplo, sin notificación a determinados copropietarios, lo cual podía dar lugar a indefensión, etc. Todo ello por considerar que se estaban infringiendo normas de carácter imperativo, como son las contenidas en los artículos 12-17 LPH, y en tal caso, como asegura el artículo 6.3 del Código Civil, la sanción correspondiente sería la nulidad radical de los mismos.

La nulidad radical de estos acuerdos implica, desde luego, y entre otras cosas, que no están sometidos al plazo de impugnación (caducidad) que el mismo artículo 16.4 LPH establecía, ni cabe convalidación alguna de los mismos, por lo que en cualquier tiempo pueden solicitarse la misma por los interesados en ella.

La nulidad radical establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que no por la Ley) se basaba principalmente en la infracción de una norma imperativa (aunque ésta fuese la propia LPH). Probablemente, y como bien sostiene CARRASCO PERERA (1), la distinción entre acuerdos nulos y anulables se debió a la influencia de la LSA que en los artículos 115 y 116 distinguía entre acuerdos nulos subsanables (los contrarios a las leyes) y los acuerdos radicalmente nulos (contrarios al orden público).

Pues bien, hay que decir que se ha llegado a dudar de la imperatividad de los preceptos de la LPH (2), y en varias ocasiones se ha abogado precisamente por lo contrario, considerándose como una norma de carácter dispositivo, por lo que no se podría entender su infracción como un supuesto de nulidad absoluta o radical.

Aunque también, al contrario, podemos entender que esta Ley, aun siendo imperativa, su contravención no acarrea la nulidad, pues así lo dispone la letra del artículo 6.3 del Código Civil de manera excepcional, como luego veremos. En este sentido, como ya hemos dicho, la propia Ley no establece esa sanción de nulidad absoluta y cuando la Ley no lo dice expresamente, hay que ser prudentes a la hora de decretarla. Más aun, cuando de la Ley (art. 16.4 LPH) parece desprenderse justamente lo contrario (la anulabilidad o impugnación). Confirman esta idea las palabras de la STS de 17 de octubre de 1987, que sostiene que «hay lugar a clasificar los actos contrarios a Ley en tres distintos grupos: Primero. Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio. Segundo. Actos contrarios a ley en que la misma ley disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales efectos *contra legem*. Y tercero. Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de su facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados».

Por todo ello, no parece conveniente abogar u optar por la nulidad absoluta de los actos contrarios a la LPH o a los Estatutos, siendo esta medida muy radical y promoviendo la inseguridad en el orden práctico de actuación, al poder impugnarse en su caso cualquier acuerdo en cualquier tiempo y por un amplio espectro de personas.

(1) Véase CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (COORD.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 561.

(2) El hecho de que un acuerdo sólo pueda adoptarse o modificarse por acuerdo unánime de la Junta, no es signo de su carácter imperativo, sino que se trata, como dice CARRASCO PERERA, de «una norma dispositiva cuya modificación requiere los votos necesarios para una modificación estatutaria». Véase, CARRASCO PERERA, A., «Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal», *ob. cit.*, pág. 493.

En contra y abogando por la imperatividad de la LPH: ORTEGA LLORCA, «Presente y futuro de la adopción de acuerdos por la Junta de Propietarios», en *RGD*, 1997, págs. 10356 y sigs.; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO Y GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 1998, págs. 431 y sigs.

b) *Segunda línea jurisprudencial: Acuerdos anulables o impugnables*

Ya antes de la reforma del 99, existía, además de la anterior, otra tesis jurisprudencial, en virtud de la cual y al contrario que la primera, consideraban que los acuerdos de la Comunidad de Propietarios que contrariaban la LPH y los Estatutos eran anulables o simplemente impugnables en el plazo de treinta días.

Coexisten con éstos, otros acuerdos que pueden ser radicalmente nulos, pero la nulidad viene determinada por contrariar cualquier norma imperativa o de orden público, que no sea la LPH y estatutos.

Por lo tanto, aparece dibujada la nueva línea o tesis jurisprudencial: anulabilidad para los acuerdos que contraríen los Estatutos o LPH, y nulidad radical para los que contraríen normas imperativas o de orden público.

De esta forma encontramos importantes sentencias que declaran meramente impugnables o anulables acuerdos contradictorios a la LPH, entre otras destaca la STS de 26 de junio de 1993, que resuelve la cuestión de manera definitiva, afirmando la coexistencia de los acuerdos nulos (contrarios a cualquier disposición imperativa, o ser contrarios a la moral o al orden público o implicar un fraude de ley), y de los acuerdos meramente anulables por contradecir la LPH y los estatutos. En concreto, esta sentencia mantiene que hay que distinguir entre unos acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de sanción por efecto de la caducidad de la acción de impugnación, y otra ilegalidad que conlleva la nulidad radical o absoluta sin posibilidad de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad; y entre el primer grupo de acuerdos deben incluirse aquellos cuya ilegalidad venga determinada por la infracción de alguno de los preceptos de la LPH o de los Estatutos de la comunidad, pues no puede ser otra la interpretación del artículo 16.4 LPH, con el riesgo de incurrir en inseguridad jurídica. Mientras que en el segundo grupo deberían incluirse aquellos acuerdos que infrinjan cualquier norma imperativa o prohibitiva que no tenga previsto otra sanción para su contravención, o los que sean contrarios a la moral, orden público o impliquen fraude de ley.

En este mismo sentido existe una copiosa jurisprudencia que entiende que los acuerdos contrarios a la LPH o a los Estatutos de una comunidad son anulables, y por tanto pueden impugnarse en el plazo de treinta días, pasado el cual deben convalidarse. Entre otras, podemos destacar las siguientes sentencias: 4 de abril de 1984; 18 de diciembre de 1984; 16 de diciembre de 1987; 25 de noviembre de 1988; 6 de febrero de 1989, 2 de abril de 1990, 5 de febrero de 1991; 24 de septiembre de 1991, 22 de mayo de 1992.

La explicación a esta tesis debemos fundarla no en el hecho de que la LPH no sea imperativa (aunque es discutido por parte de la doctrina, como ya hemos dicho antes), pues parece que esa debería ser la conclusión si la contravención de una norma de la LPH no conlleva la nulidad, sino, que esa «menor sanción» en que consiste la posibilidad de impugnar un acuerdo es una excepción a la regla general del artículo 6 del Código Civil, expresamente contemplado en el mismo: «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*». Es decir, es la propia LPH la que en su artículo 16.4 está estableciendo que la sanción correspondiente a su contravención es la anulabilidad y no la nulidad absoluta o radical. Se trata por tanto de una excepción a la regla general del artículo 6.3 del Código Civil, y así ha de entenderse sin que se provoque ningún choque legal. Parte de la

doctrina así lo entendió, aunque todavía quedaban dudas entre algunos autores, que seguían abogando por la nulidad radical de los acuerdos contrarios, o que privaban del carácter imperativo a la LPH, pues de otro modo no podía entenderse el artículo 16 LPH, en relación con el artículo 6 del Código Civil.

REFORMA DE LA LPH DE 1999

Tras la reforma de 1999 se da una nueva redacción al antiguo artículo 16 LPH, cuyo contenido se recoge, ahora, entre los actuales artículos 17 y 18 LPH. De la lectura de estos artículos, y sobre todo del 18 LPH, ya no cabe duda alguna de que los acuerdos contrarios a la LPH son meramente anulables, impugnables.

En concreto, la nueva redacción de la LPH establece el plazo de caducidad de un año para impugnar los acuerdos contrarios a la LPH y Estatutos, y de tres meses para el resto de acuerdos impugnables, que son, además de aquellos, los que lesiones gravemente los intereses de la Comunidad en beneficio de uno o varios propietarios, o los que supongan un grave perjuicio para algún propietario, o los que se hayan adoptado con abuso de derecho. Es de agradecer la claridad de redacción que disipa la duda todavía existente de cuál era la sanción correspondiente a los distintos acuerdos incursos en ilegalidad, pues la reforma del 99 amplía los supuestos de impugnación de estos acuerdos, otorgándoles a todos la misma sanción de anulabilidad, eso sí, con distinto plazo de caducidad para impugnarlos.

Hoy todos aquellos acuerdos comunitarios que contraríen la LPH son claramente anulables, y no nulos radicalmente; la nulidad radical sólo operará, como dice la STS de 23 de julio de 2004, respecto de aquellos acuerdos que «violan disposiciones legales imperativas o prohibitivas que no tengan establecido un efecto distinto en caso de contravención, y también si resultan contrarias a la moral, al orden público o impliquen fraude de ley».

La jurisprudencia ha confirmado esta línea jurisprudencial que ya se inició antes de la reforma, y la ha consolidado a través de sentencias como las SSTS de 7 de octubre de 1999, 7 de marzo, 30 de abril, 2 y 5 de mayo, 2 de julio de 2002 y 23 de julio de 2004.

Hoy, esta doctrina está perfectamente extendida y asentada, a pesar de que existen voces que van más allá y consideran que nunca ningún acuerdo adoptado por una comunidad de propietarios será radicalmente nulo, sino meramente impugnable, pues como afirma CARRASCO PERERA (3), «para el legislador de 1999, todos los acuerdos comunitarios en los que concurre causa de nulidad son anulables y no existen acuerdos nulos. En todos los casos la legitimación está personalmente restringida y se halla sometida al plazo de caducidad de tres meses o un año, según los casos». Comparto esta opinión, pero creo que debe matizarse, pues serán meramente impugnables y no nulos todos aquellos cuya causa de ilegalidad se contemple en el propio artículo 18 LPH, pero no puede extenderse a aquellos que por razón del artículo 6 del Código Civil sean radicalmente nulos por contravenir cualquier otra disposición imperativa, obviamente fuera de la LPH, pues es la sanción correspon-

(3) CARRASCO PERERA, A., «Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal», *ob. cit.*, pág. 563.

diente a cualquier infracción de este tipo según los más elementales principio de la teoría del derecho.

Por todo ello, debemos concluir con la, a mi juicio, acertada doctrina de la sentencia que se comenta, y diferenciar entre acuerdos nulos y los meramente anulables, a pesar de la ampliación de las causas de impugnación contempladas en la reforma de 1999, y sin que quepa ya dudas de que aquellos acuerdos contrarios a la LPH o los Estatutos, son siempre impugnables, pues lo contrario crearía inseguridad jurídica.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA UNILATERAL. REQUISITOS: ACEPTACIÓN. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 16 DE MAYO DE 2005.)

Antecedentes.—Se presenta a inscripción una escritura de constitución de hipoteca unilateral en la que se establece un plazo para su aceptación de dos meses desde el otorgamiento, en concreto el plazo de aceptación terminará, tal y como se dice expresamente en la escritura, el día 11 de abril de 2004. Además se impone la obligación de notificar mediante burofax a los acreedores dicho otorgamiento y plazo.

En junio de 2004 se otorga escritura aceptando la hipoteca unilateral por uno de los acreedores, y en la misma se hace constar la voluntad expresa del deudor de considerar aceptada la hipoteca aludida dentro del plazo y que tiene por subsanado el vicio de falta de notificación por medio de burofax al acreedor.

La Registradora rechaza la inscripción de la escritura solicitada por entender que la aceptación de este acreedor se ha producido fuera del plazo establecido para la misma, sin que el acreedor pueda modificar el plazo fijado, ya que al constar aceptada la hipoteca por otros acreedores, debería contar con su voluntad para hacerlo. Considera la Registradora que la hipoteca ha salido ya fuera de su autonomía de la voluntad.

Se interpone recurso gubernativo contra la calificación de la Registradora, alegando que la aceptación fuera de plazo se produce por causas ajenas a la voluntad del acreedor, que no recibió la notificación del otorgamiento de escritura y plazo de aceptación (aunque ésta fue enviada) y que es necesario, en todo caso, que al acreedor, una vez constituida e inscrita la hipoteca, se le de noticia de su existencia. Además, considera que es de aplicación a este caso el artículo 141 LH, y que por tanto a aquellos acreedores que no han tenido noticia de la existencia de la hipoteca, debe aplicárseles el plazo de dos meses para aceptarla desde su inscripción en el Registro.

La DGRN desestima el recurso, confirmando la nota de la Registradora, y establece la siguiente:

Doctrina.—Sin entrar a analizar la naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral, la DGRN entiende que dicha hipoteca, una vez inscrita, «ha de entenderse existente sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación en el procedimiento cancelatorio específico a que se refieren los artículos 141 LH y 237 RH». Por lo tanto, continúa, «la hipoteca tal y como está configurada e inscrita ha de entenderse que recoge ya todos los elementos requeridos para su constitución, sin perjuicio de los efectos que se deriven de la acepta-

ción». Por ello, y al estar inscrita en el Registro la cláusula en la que se establece expresamente que la aceptación debe hacerse antes del 11 de abril de 2004, y la notificación por burofax, «la indicada cláusula implica una derogación de la regulación normativa de la hipoteca unilateral que no establece plazo específico para la aceptación a salvo el requerimiento del constituyente», por lo que «ha de entenderse el supuesto como una constitución perfecta del derecho real de hipoteca pero en la que el plazo para aceptar está prefijado, moralizando así el término de la oferta en principio irrevocable que dicha constitución implica». Y aunque es cierto que vinculado al plazo se prevé una notificación del mismo por burofax, esto no se establece como requisito esencial para la determinación del plazo, y además en este caso se «da la existencia de otros acreedores y terceros anotantes cuya posición no puede verse perjudicada por la modificación pactada por el constituyente y uno de los acreedores». Por todo ello, el Centro Directivo concluye que no es posible proceder a la inscripción de la aceptación, pues excede del plazo previsto.

COMENTARIO

Partiendo de esta Resolución, y el problema que plantea en torno a la hipoteca unilateral, aprovechamos estas líneas para hacer un breve examen de esta figura en la jurisprudencia, con los problemas que la misma ha ido suscitando en el tiempo, sin olvidarnos del que aquí se trata, relativo al plazo de aceptación.

La hipoteca unilateral es una clase de hipoteca cuya singularidad se encuentra en su peculiar modo de constitución. A diferencia de la hipoteca voluntaria en la que intervienen siempre las dos voluntades coincidentes del acreedor hipotecario y del deudor hipotecante, plasmadas en el contrato de hipoteca, que posteriormente se inscribe en el Registro, la hipoteca unilateral, como es sabido, se constituye por la sola voluntad del deudor hipotecante. Normalmente como reconocimiento de deuda, o en garantía de una deuda futura, bastando a tal efecto que otorgue escritura pública a favor del acreedor, que en su mano tiene el aceptarla o no, y si a requerimiento del deudor, no la acepta en un plazo de dos meses, puede solicitar éste su cancelación.

Su regulación se encuentra en los artículos 141 LH y 237 RH.

Varios han sido los problemas que ha abordado la jurisprudencia en torno a la misma:

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA UNILATERAL

La doctrina ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica de esta clase de hipoteca, y las distintas teorías se han ido sucediendo a lo largo del tiempo. Entre ellas, destacamos las siguientes (1):

(1) Para el desarrollo completo de estas tesis, véase SERRA RODRÍGUEZ, A., *La hipoteca unilateral*, Ed. Thomson/Civitas, Madrid, 2004; PAU PEDRÓN, A., *La hipoteca unilateral: Constitución, aceptación y cancelación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 12; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., «La hipoteca de constitución unilateral», en *ADC*, 1994, octubre-diciembre.

- a) Se trata de una hipoteca condicional, sometida a la condición de la aceptación o no por el acreedor (tesis más antigua, defendida por GALINDO y ESCOSURA, MORELL y TERRY, CAMPUZANO).
- b) Es un supuesto de consentimiento formal, (defendido por JERÓNIMO GONZÁLEZ).
- c) Se trata más bien de una expectativa de hipoteca o de una hipoteca futura (ALBALADEJO).
- d) La hipoteca unilateral es una reserva de rango (PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, LACRUZ, DÍEZ-PICAZO).

Pero, la jurisprudencia también ha debatido sobre este tema, y en concreto encontramos, como bien dice PAU PEDRÓN (2), dos posturas enfrentadas entre el Tribunal Supremo y la doctrina recogida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El Tribunal Supremo considera que la hipoteca nace desde la inscripción de la escritura de constitución en el Registro. Es decir, la hipoteca unilateral es una verdadera hipoteca desde el momento de la inscripción del título otorgado únicamente por el dueño del inmueble, sin que sea, entonces, requisito de existencia la aceptación de la misma por el acreedor. La aceptación no es requisito esencial en la constitución de hipoteca unilateral. En este sentido encontramos las siguientes sentencias: STS de 1 de junio de 1992: mantiene que la aceptación posterior no puede «repercutir en su falta de validez (de la hipoteca», pues, además, no es «requisito constitutivo de la hipoteca, ya nacida anteriormente»; y la STS de 11 de marzo de 1991 afirma que «el artículo 141 no contiene un verdadero requerimiento o exhortación requisitoria, ya que a la persona beneficiada con la hipoteca unilateral, no se le comunica para que haga o deje de hacer algo, simplemente se le da noticia de la existencia de la formalización hipotecaria...».

En una primera época, la DGRN también mantuvo esta tesis (hoy superada), baste ver, confirmando estas ideas, las siguientes Resoluciones: 25 de junio de 1877, 29 de diciembre de 1880 y 27 de octubre de 1892. En concreto, esta última Resolución afirmaba que «es doctrina de este Centro, consignada en sus Resoluciones de 25 de junio de 1877 y 29 de diciembre de 1880, la de que la sola voluntad del dueño de los bienes hipotecados basta para la constitución de las hipotecas voluntarias, sin que además sea necesaria la aceptación de la persona a cuyo favor se impone el gravamen...».

Sin embargo, posteriormente, la DGRN entiende que la hipoteca unilateral es una mera reserva de rango, por lo tanto, no estará válidamente constituida como tal hipoteca (derecho real) hasta que se acepte por el acreedor hipotecario. Ésta ha sido la tesis mantenida en las Resoluciones de 22 de marzo de 1988, 19 y 20 de noviembre de 1987.

2. REQUISITOS DE LA HIPOTECA UNILATERAL

De las tesis que acabamos de exponer, se deduce que dos son los elementos intervinientes (de una u otra forma) en la hipoteca unilateral: la oferta hecha por el deudor y su posterior aceptación.

(2) Véase PAU PEDRÓN, A., «La hipoteca unilateral: Constitución, aceptación y cancelación», *ob. cit.*, págs. 10-11.

2.1. *Oferta del deudor: otorgamiento e inscripción*

La voluntad del deudor hipotecante es básica para la constitución o nacimiento de la hipoteca unilateral, pues es él sólo el que voluntariamente decide constituir una hipoteca sobre la finca de su propiedad en garantía de su deuda. Este ofrecimiento se recoge en la correspondiente escritura pública y se inscribe en el Registro de la Propiedad, siendo una verdadera y ya nacida hipoteca (para el Tribunal Supremo), o bien una mera reserva de rango a la espera de su aceptación por el acreedor (Dirección General de los Registros y del Notariado).

No nos paramos a analizar este elemento, pues no existe problemática relevante sobre el mismo.

2.2. *Aceptación del acreedor*

a) Naturaleza y aceptación

¿Se trata de un elemento esencial para el nacimiento y constitución de la hipoteca? Ya hemos dicho que, según la tesis que se defiende, se dará una respuesta afirmativa o no a esa pregunta.

Si se considera que la hipoteca unilateral existe desde su inscripción en el Registro por el deudor, el papel destinado a la aceptación es menor, sería un requisito de eficacia, mientras que si la hipoteca no existe hasta que se acepte, convertimos a esa aceptación en requisito esencial de constitución de la misma.

Esto mismo se refleja en la forma que dicha aceptación debe adoptar, ya que si se trata de un elemento en el *iter* constitutivo de la hipoteca deberá formalizarse según los propios trámites de constitución de aquella (escritura pública e inscripción en el Registro); mientras que si no es elemento constitutivo, en principio, la forma de la aceptación no estaría determinada, aunque, eso sí, para su inscripción y constancia registral deberá constar en documento público, cumpliendo las exigencias del principio de legalidad (art. 3 LH), y se practicará por medio de una nota marginal, tal y como prescribe el artículo 141 LH.

El plazo para aceptar por parte del acreedor no existe, como veremos a continuación, luego éste puede aceptar en cualquier momento, y si no llega a hacerlo nunca y nunca existió requerimiento del deudor, se plantea la duda de si se podrá mantener para siempre ese ofrecimiento de hipoteca.

b) Requerimiento

El requerimiento es la interpelación que hace el deudor al acreedor con la finalidad de que acepte o no la hipoteca unilateral que él ha constituido. Se ha discutido bastante sobre la propia naturaleza de este requerimiento, desechada la idea de que sea una intimación o exigencia al acreedor para que acepte, la doctrina actualmente se inclina por entender que se trata más bien de un requisito para que el deudor pueda proceder a cancelarla ante la inactividad del acreedor (también unilateralmente) (3). Pues esto es lo que fácil-

(3) Sobre la naturaleza del requerimiento y las dos posturas que se defienden, véase:

mente se extrae del propio artículo 141 LH cuando dice que, si transcurridos dos meses desde el requerimiento el acreedor no ha aceptado, el deudor podrá cancelar; luego, se trata de un requisito o formalidad necesaria para la cancelación, y no tanto de notificar al acreedor la existencia de la hipoteca, ni mucho menos de obligarle o intimarle a aceptar. Si bien esto parece ser así, no podemos olvidar que la no aceptación por parte del acreedor conduce a la cancelación de la hipoteca, y que, sin embargo, su aceptación conduce a la eficacia plena de la hipoteca pre-constituida. Luego, ese requerimiento, aunque no sea propiamente una intimación (coacción), lleva siempre implícita la respuesta que se trata de obtener del acreedor, y en este sentido, es más que una simple notificación. Las consecuencias del requerimiento son las que son: o el acreedor acepta la hipoteca, o no hace nada y se cancela; luego, fundamentalmente, y tal y como expuse en otro comentario (4), al comunicar al acreedor la constitución de la hipoteca (mediante el requerimiento) se pretende o que se consolide o que se rechace un derecho, que hay que cancelar. Es decir, el «no hacer» del acreedor trae como consecuencia la cancelación de la hipoteca. Cancelación que por regla general ha de hacerse con el consentimiento del titular registral perjudicado por la misma (arts. 82.1 LH y 179 RH); consecuentemente, si de modo excepcional se permite en este caso la cancelación sin el consentimiento del acreedor hipotecario, parece conveniente que por lo menos se le haga un requerimiento expreso, mas allá de una simple notificación, pues el requerimiento en sentido estricto implica una respuesta, que incluye en este caso, el «no hacer», y ese no hacer, puede suponer, en cierto modo, la aceptación del acreedor para que se cancele la hipoteca a su favor. Podemos concluir, de este modo, que el requerimiento es, también y asimismo, un instrumento para la cancelación, es más, es el presupuesto necesario para la misma.

c) Plazo de la aceptación

Hay que analizar ahora en qué plazo debe aceptarse —si es que debe ser en alguno—, para aceptar ese ofrecimiento hecho por el deudor.

- Si no hay requerimiento: entiendo que no existe plazo alguno para aceptar, pues el artículo 141 LH habla de un plazo de dos meses para aceptar desde el requerimiento. En este sentido, la STS de 1 de junio de 1992 afirma que «para llevar a efecto la aceptación no hay

a) Consideran que el requerimiento es verdadera intimación que exige, por parte del acreedor, una respuesta: ROCA SASTRE, R. M., *Derecho hipotecario*, tomo VII, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 570; SANZ FERNÁNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 406; DE LA RICA Y ARENAL, R., *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 423; y CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1944, págs. 1480-1482.

b) Sin embargo, defienden que el requerimiento es un simple aviso de una cancelación consecuente o de la propia constitución de la hipoteca: PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales, Derecho Hipotecario*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pág. 521, y PAU PEDRÓN, A., «La hipoteca unilateral...», *ob. cit.*, pág. 21.

(4) Véase mi comentario a la RDGRN de 3 de junio de 2000, en *RCDI*, 2001, págs. 317-323.

plazo señalado legalmente, en tanto no hubiera sido requerido para ello por la naviera constituyente...» Pero esto nos plantea otro problema ¿puede, entonces, quedar esa hipoteca o gravamen en el aire, pendiente para siempre de una aceptación?

- Si hay requerimiento: no existe tampoco plazo para aceptar. Se puede aceptar válidamente dentro de los dos meses desde el requerimiento, pero también pasados esos dos meses, pues el plazo de dos meses es el que debe transcurrir para poder cancelar la hipoteca inscrita. En este sentido, la RDGRN de 2 de abril de 1996 afirma que «la Ley no señala para esta aceptación ningún plazo. Lo único que sucede es que si no consta la aceptación después de transcurridos dos meses desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó...». Consecuentemente, transcurridos dos meses desde el requerimiento sin cancelación, el acreedor puede seguir aceptando válidamente esa hipoteca. Por tanto, mientras no exista cancelación es posible aceptar la hipoteca. En este sentido, SERRA RODRÍGUEZ (5) afirma que «en efecto, al no señalar expresamente la Ley ni el Reglamento Hipotecario plazo máximo alguno para que el acreedor emita su voluntad aceptando aquella hipoteca, el acreedor podrá aceptar la hipoteca, aunque hayan transcurrido dos meses desde el requerimiento, mientras no se haya procedido a la cancelación instada por el hipotecante, e incluso aunque no se haya practicado dicho requerimiento». Igualmente, PAU PEDRÓN (6) sostiene que «en tanto no se haya practicado la cancelación puede el acreedor aceptar la hipoteca», y continúa diciendo que «no es que exista propiamente plazo para aceptar desde el momento en que se hace el requerimiento. Mas allá de los dos meses siguientes al requerimiento puede aceptarse también eficazmente; pero, así como antes de los dos meses no puede verificarse la cancelación unilateral por el hipotecante, transcurridos dos meses sí puede procederse a la cancelación unilateral, y es entonces esa cancelación la que impide ya la aceptación». Además, hay que tener en cuenta que ese plazo de dos meses para cancelar debe empezar a contarse desde el requerimiento, no desde el otorgamiento de la escritura (RDGRN de 23 de septiembre de 1987).

3. CONCLUSIÓN Y CRÍTICA

Después de todo lo que se acaba de exponer, podemos concluir que la regla general en el régimen de la hipoteca unilateral es la ausencia de plazo para aceptar; el acreedor, si nada se dice en contrario, puede hacerlo cuando quiera.

Pero el problema se da cuando sí se dice algo en contrario, precisamente, tal y como ocurre en el caso descrito, que se pacta expresamente en la escritura que se acepte la hipoteca antes de dos meses.

En este caso concreto se establece un plazo de dos meses para aceptar expresamente la hipoteca, distinto por tanto del de dos meses para cancelar

(5) SERRA RODRÍGUEZ, A., «La hipoteca unilateral», *ob. cit.*, pág. 234.

(6) PAU PEDRÓN, A., «La hipoteca unilateral: Constitución...», *ob. cit.*, pág. 23.

que establece el artículo 141 LH. No puede, entonces, ser válido el paralelismo que esgrime el Notario autorizante para aceptar y dar por válido el plazo expreso establecido en la escritura, pues éste es de aceptación y el 141 LH es de cancelación.

No estamos ante el supuesto descrito en las líneas anteriores, es una especificación que contraría la regla general, y que debe ser interpretada restrictivamente, pero asimismo escrupulosamente. Se trata de la voluntad expresa de las partes que quisieron y pactaron contra la norma o régimen general establecido por la Ley. Creo que en estos casos debe predominar esta voluntad y, por tanto, si así se pactó, debe cumplirse, y no creo que pueda dejarse, sin más, sin efecto, cuando puede perjudicar a otros acreedores y anotantes posteriores.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

1.4. Sucesiones

LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.—ESTUDIO COMPARATIVO DE DIVERSAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS SOBRE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO CON SOLUCIONES DIAMETRALMENTE OPUESTAS. DETERMINACIÓN DE SI LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE RESIDUO SUPONEN UNA AUTÉNTICA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA QUE IMPLICA UNA SUSTITUCIÓN VULGAR TÁCITA, O SI, POR EL CONTRARIO, DEBEN ENTENDERSE LLAMADOS LOS HEREDEROS ABINTESTATO EN LOS CASOS DE PREMORIENTA DEL HEREDERO. (DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. RESOLUCIÓN DE 27-10-2004. RESOLUCIÓN DE 30-1-2004. RESOLUCIÓN DE 17-9-2003. RESOLUCIÓN DE 21-5-2003. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO CIVIL. SENTENCIA NÚM. 243/2003 DE 14-3-2003. SENTENCIA NÚM. 124/2002 DE 12-2-2002. SENTENCIA NÚM. 63/2002 DE 6-2-2002. SENTENCIA NÚM. 1089/1996 DE 20-12-1996. SENTENCIA NÚM. 961/1996 DE 22-11-1996. SENTENCIA NÚM. 773/1994 DE 22-7-1994. SENTENCIA NÚM. 160/1994 DE 28-2-1994. SENTENCIA DE 13-03-1989. SENTENCIA DE 9-10-1986. SENTENCIA DE 25-04-1983.)

Antecedentes.—Este estudio tiene como objeto la realización de un análisis comparativo de las soluciones aportadas por el Tribunal Supremo en diversas sentencias y la postura mantenida por la Dirección General de los Registros en algunas de sus Resoluciones sobre la sustitución fideicomisaria de residuo. Las soluciones son diametralmente opuestas, lo que nos lleva a plantearnos si, en los casos de premorienza del heredero, las disposiciones testamentarias de residuo suponen una auténtica sustitución fideicomisaria que implica una sustitución vulgar tácita, o si, por el contrario, deben entenderse llamados los herederos abintestato.

Recogemos, en primer lugar, los hechos en los que se basa la Resolución de la Dirección General de los Registros de 27-10-2004 para utilizarlos como punto de partida de este análisis.

Doña E. realizó las siguientes manifestaciones en su testamento:

Primero.—Instituyó como heredero único universal en pleno dominio a su esposo D. M.

Segundo.—Sobre los bienes de que no hubiese dispuesto el heredero por actos *inter vivos* estableció una disposición testamentaria de residuo a favor de su sobrino don M. C. C., previendo que si éste le premuriese pasaran los bienes a los hijos o descendientes legítimos que dejare.

Ante la premoriencia del esposo de la causante, queda el sobrino como heredero ya que la «sustitución fideicomisaria» de residuo está establecida a su favor. El Registrador de la Propiedad se niega a inscribir la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia al sobrino, por lo que el Notario recurre.

Planteados sucintamente los hechos queda al descubierto el meollo del problema: ¿Supone la disposición testamentaria una auténtica sustitución fideicomisaria que implica una sustitución vulgar tácita, o, por el contrario, deben entenderse llamados los herederos abintestato, dada la premoriencia del heredero?

El supuesto planteado en la anterior Resolución es relativamente frecuente, así el recogido en la Resolución de 17-9-2003 es similar: un matrimonio que carece de ascendientes y descendientes otorga sendos testamentos, cada uno de los cuales instituye como heredero único y universal en pleno dominio a su cónyuge y, para el caso de que éste le premuera, no quiera o no pueda heredar, o si al fallecimiento del mismo quedan bienes de los que no hubiese dispuesto, en el residuo, si algo queda, instituye herederos a sus hermanos, en el testamento de ella, o a sus sobrinos, en el testamento del marido (no son idénticos en este punto los testamentos y tienen más matices las disposiciones recogidas en los mismos, pero, para no complicar la cuestión no entramos en detalle ya que el tema objeto de nuestro análisis es similar).

Continuando con los hechos contemplados en la anterior Resolución, vemos que fallece primero la mujer y, cuando fallece el esposo, se otorga escritura de adjudicación de la herencia de éste a sus sobrinos en su condición de sustitutos fideicomisarios de residuo. Se presenta la escritura al Registro, y el Registrador, al calificarla, dice que no consta la intervención de los herederos abintestato del marido que están llamados a su sucesión al haber premuerto el heredero llamado en primer lugar —su mujer—.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la calificación del Registrador y la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó estimar el recurso interpuesto.

Doctrina.—La doctrina científica estima que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar, mientras que la Jurisprudencia se ha mostrado contraria a esta aseveración en numerosas sentencias. Sin embargo, como muy bien puntualiza la Resolución de 17-9-2003, «si bien es cierto que una parte importante de la Jurisprudencia (1) se pronuncia en sentido contrario a que el fideicomiso de residuo sea una sustitución fideicomisaria, tal afirmación es más bien de carácter exclusivamente literal, pues la misma, si se examina detenidamente, no constituye nunca fundamento del fallo, ya que en el fondo

(1) STSS de 21 de diciembre de 1918, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 25 de abril y 1 de diciembre de 1951, 6 de abril de 1954, 21 de noviembre de 1955, 21 de noviembre de 1956, 25 de noviembre de 1960, 21 de enero y 20 de octubre de 1962, 10 de abril de 1985 y 13 de marzo de 1989.

lo que se quiere afirmar es que no es una sustitución fideicomisaria normal, por no tener el fiduciario la obligación de conservar... y que, por el contrario, existen otras sentencias que no se oponen a la calificación del fideicomiso de residuo como sustitución fideicomisaria» (2).

En la Resolución de 27-10-2004, el Registrador considera que la disposición de residuo ordenada en el testamento no tiene carácter de auténtica sustitución fideicomisaria y, en consecuencia, «no atribuye al favorecido, desde el momento de la muerte del causante y sobre los bienes objeto de la disposición un derecho firme y definitivo, sino un simple derecho eventual o expectativa, cuya definitiva adquisición queda pendiente, hasta el fallecimiento del instituido, de la falta de ejercicio por éste de su facultad de disponer de la totalidad de los bienes objeto de la disposición, por lo que el favorecido por la disposición de residuo no puede entenderse llamado como sustituto vulgar, en caso de falta del instituido gravado de residuo».

COMENTARIO

La sustitución vulgar ofrece al testador la posibilidad de establecer sustitutos al heredero instituido para el caso de que muera antes que el testador, no quiera o no pueda aceptar la herencia (art. 774 del Código Civil).

La sustitución fideicomisaria se caracteriza por imponer al heredero que conserve y transmita a un tercero una parte o la totalidad de la herencia (art. 781 del Código Civil), salvo que se le hubiese dado el carácter de fideicomiso de residuo al autorizar al llamado en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia en la forma determinada por el propio testamento, de modo que el resto pase a los herederos fideicomisarios. De la regulación del Código parece deducirse que el fideicomiso de residuo es una sustitución fideicomisaria, aun cuando no lo dice de forma expresa. Se suele entender que la sustitución fideicomisaria lleva en sí misma el llamamiento del fideicomisario como sustituto vulgar del fiduciario. La doctrina así lo entiende de forma unánime.

Como puede apreciarse, el supuesto planteado reviste gran interés por el problema que entraña el hecho de que ante una misma situación adopten soluciones divergentes el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que atenta contra el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

Dentro del tema central que aparece en las sentencias del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, antes citadas, merecen destacarse los siguientes aspectos:

(2) STSS de 29 de octubre de 1904, 21 de diciembre de 1918, 8 de marzo de 1926, 13 de febrero de 1943, 28 de junio de 1947, 13 de noviembre de 1948, 31 de diciembre de 1949, 1 de diciembre de 1951, 10 de julio de 1954, 21 de noviembre de 1955, 26 de abril y 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959, 25 de noviembre de 1960, 22 de diciembre de 1961, 29 de enero y 20 de octubre de 1962, 5 de julio de 1966, 22 de enero de 1969, 9 de diciembre de 1970, 25 de mayo de 1971 y 25 de abril de 1981.

1. LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE RESIDUO ES UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

La disposición testamentaria de residuo tiene el carácter de una auténtica sustitución fideicomisaria, atribuyendo, en consecuencia, un derecho firme y definitivo sobre la herencia. Se plantea, en primer lugar, la cuestión de si lo condicionado en el fideicomiso de residuo es el llamamiento o su contenido. Lo condicionado no es el llamamiento sino su contenido, el *quantum* (3). Los llamamientos son ciertos desde la muerte del testador, ya que no están sujetos a condición, la incertidumbre afecta única y exclusivamente a la cuantía de la herencia, en función de los poderes de disposición conferidos al fiduciario y el uso que de los mismos haya hecho.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha declarado reiteradamente que la sustitución fideicomisaria de residuo no implica la vulgar tácita a favor de los fideicomisarios de residuo.

2. PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR. INTERPRETACIÓN O INTEGRACIÓN DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

En sede sucesoria es un principio básico el de proceder a la interpretación de la voluntad del causante contenida en el testamento, ha de indagarse la «*intención del testador, según el tenor del mismo testamento*» —art. 675 del Código Civil—. No utiliza este precepto el término *interpretación*, pero alude a la misma, siendo la actividad tendente a desentrañar el sentir del testador, según las disposiciones del testamento. Se trata de realizar una interpretación en función integradora a partir de la declaración del testador recogida en el propio testamento. Por el contrario, no se admite en nuestra legislación la *integración* del testamento, o, mejor dicho, la integración de la voluntad del testador, esto es, cuando se aportan datos o elementos ajenos al testamento, que no constan en el propio documento.

Desde un punto de vista teórico resulta clara la distinción entre interpretación e integración, pero en la práctica puede resultar problemático. Como dice la Resolución de 17-9-2003, esto es precisamente lo que ocurre cuando se trata de determinar si un concreto llamamiento al residuo implica o no una sustitución vulgar tácita. Según esta Resolución, la búsqueda de una respuesta a esta cuestión no traspasa la frontera de la actividad estrictamente interpretativa.

Hay que indagar la voluntad del testador según el propio testamento. En estos supuestos, parece que la voluntad presunta del testador para el caso de ineficacia del primer llamamiento es que se produzca el segundo, de hecho así lo tuvo en cuenta y lo expresó de alguna manera en su testamento. La voluntad parece más cercana a que se produzca la adjudicación del residuo de la herencia a los herederos fideicomisarios que a los demás parientes, por lo que no procedería el llamamiento a los herederos *abintestato*. De este modo los bienes procedentes del fideicomitente seguirían el orden sucesorio determinado por éste. Esta interpretación de la voluntad del testador parece clara, sin embargo, es cuestionada en la Resolución de 17-9-2003, al hacerse las siguientes preguntas: «¿Puede afirmarse con total certeza que de haber previsto el

(3) SSTS de 25 de abril de 1983 y 6 de febrero de 2002.

testador la ineficacia del primer llamamiento, habría dispuesto el llamamiento inmediato y al todo, del elegido para el residuo?; no puede pensarse que quizá la preferencia implícita en el llamamiento al residuo estuviera determinada por la consideración del testador —más o menos justificada— de la escasa importancia proporcional que tendría el residuo respecto al todo que se dejaba al primer llamado, de manera que respecto del todo no se hubiera producido igual elección?».

Dejamos constancia de esta interrogante. Pero, si el testador tuvo la previsión de llamar al residuo a unas personas en su testamento, parece lógico pensar que, a falta del primer llamado, se entenderán llamadas a la totalidad, pues si se quiere que alguien herede después del primer llamado, se quiere también que herede si el primer llamado no lo hace.

3. ARGUMENTOS FAVORABLES A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En la Resolución de 17-9-2003 se recogen, con gran claridad, los argumentos del Registrador quien, a pesar de manifestar su convicción personal de que el llamamiento al residuo de los dos sobrinos, implica una clara preferencia de éstos sobre los demás parientes, y sabedor de que la doctrina científica se muestra contraria, realiza en su calificación las siguientes manifestaciones para fundamentar su acatamiento de la doctrina jurisprudencial:

- 1.^a El valor complementador del Ordenamiento Jurídico que se reconoce a la doctrina legal del Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código Civil).
- 2.^a La línea jurisprudencial es «inequívoca y sostenida, a pesar de las críticas por parte de la doctrina».
- 3.^a La carencia de valor normativo de la doctrina científica.
- 4.^a La específica naturaleza del procedimiento registral, limitado en cuanto a los medios de calificación por lo que resulte del título y del contenido del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria).

4. CONCLUSIÓN

Se ha querido poner de manifiesto la contradicción existente entre el sentir de la doctrina y la Dirección General de los Registros y del Notariado frente a la posición adoptada por el Tribunal Supremo, que ha rechazado de forma reiterada y tajante el que la sustitución fideicomisaria de residuo entraña una vulgar tácita a favor de los herederos del residuo.

Con todo el respeto que nos merece el Alto Tribunal, concluimos este pequeño análisis inclinándonos a favor de la línea que sostiene que el fideicomiso de residuo implica una sustitución vulgar, salvo que en el caso concreto se desprenda otra cosa de la interpretación del testamento.

1.5. Obligaciones y contratos

ACCIÓN DECENAL DE PROPIETARIO DE LA VIVIENDA CONTRA PROMOTORA VENDEDORA, CONSTRUCTORA, ARQUITECTO Y ARQUITECTO TÉCNICO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Clemente Auger Liñán.

Antecedentes.—Don Francisco García Prieto y doña Rocío Rubio Martín adquieren una vivienda mediante escritura pública otorgada el día 30 de mayo de 1990, figurando como vendedora Promotora Capellanía, S. A. La construcción de la vivienda y de las restantes hasta cincuenta y dos, componentes de urbanización, es realizada por Construcciones y Contratas, S. A., en base al contrato de ejecución celebrado entre la promotora y la constructora de fecha 4 de abril de 1988. La redacción del proyecto se efectúa bajo la dirección de arquitecto técnico y se expide el certificado final de la obra referida a las viviendas con fecha 1 de febrero de 1990. Las obras de la urbanización son realizadas y la dirección de la obra la ostentan el arquitecto y arquitecto técnico, respectivamente.

Doctrina.—Al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponda, entre las que destaca, por su fundamental importancia, la de que la cosa objeto de la convención reúna las condiciones que la hacen apta para ser habitada, lo que no sucede cuando existen vicios en la construcción determinantes de su ruina, dando lugar cuando ésta se manifiesta, a la correspondiente acción indemnizatoria, cuyo lapso de prescripción es el de quince años establecido en el artículo 1.694 del Código Civil, y la raíz de inicio para su cómputo ha de contarse el día en que la acción pudo ejercitarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.969 del citado Código sustantivo, y en el caso de la controversia cuando se manifiestan externamente los indicios de la ruina (1). Tiene declarado la Sala que la definición de ruina ha sido ampliamente elaborada por la jurisprudencia de esta Sala, evolucionando desde el concepto de ruina funcional, al señalar que el término de ruina que utiliza el artículo 1.591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, ruina física, sino que hay que extenderlo y ampliarlo a aquellos defectos que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, viniendo a significar unos defectos constructivos determinantes del concepto de ruina funcional, al hacerse la edificación inútil para el fin que le es propio, en consecuencia con las exigencias del mundo de la construcción, en el que confluyen intereses y supuestos complejos, de no siempre fácil delimitación de las responsabilidades respectivas (2); considerándose por la Sala, a todos los efectos, como defectos graves todos aquellos que impidan el disfrute, la normal utilización y habitabilidad, por representar riesgo potencial de llegar a hacer inútil la edificación, que acrecienta el transcurso del tiempo, sino se adoptan las medidas correctoras, necesarias y efectivas. Las

(1) En este sentido se pronuncia la STS de 13 de julio de 1987.

(2) Así lo establece también, entre otras, la STS de 16 de noviembre de 1996.

humedades que afectan a los edificios en sus diversas dependencias entran también en el concepto jurídico de anomalías constructivas, así como las que presenten intensidad suficiente para ser reputadas como defectos ruinógenos que también han de incluirse en el artículo 1.591 del Código Civil. Al mismo tiempo, deben considerarse como ruina potencial o funcional todos aquellos defectos que conjuntamente hacen inútil o, por lo menos, gravemente irritable o molesto el uso de las viviendas conforme a su natural y buscado destino al convenir la adquisición de las mismas. Cosa distinta es, sin embargo, las diferencias estructurales entre proyecto y obra realizada y vendida, porque ello es materia que afecta a la relación contractual de compradores y vendedores con proyección jurídica que nos viene dada no por el artículo 1.591 del Código Civil, que es la acción ejercitada, sino por los artículos 1.101 y 1.124 del mismo cuerpo legal, variaciones estas que pueden ser producto, en ciertos casos, de compensaciones, convenidas o no, en otros elementos constructivos o impuestos por las Ordenanzas Técnicas o para aconsejarlo así la propia *lex artis*. La jurisprudencia ha ido reconociendo que frente a los constructores y técnicos, además de las personas que con ellos contrataron, están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos, quienes, al adquirirlos, adquirieron también la cobertura que el artículo 1.591 proporcionó al originario dueño de las obras. Su legitimación adquirida por subrogación, junto con el piso, no borra la legitimación de los promotores que contrataron con los constructores y técnicos y conservan la acción para exigir el correcto cumplimiento del contrato con base en el vínculo nacido precisamente del mismo. Que los promotores no asuman, frente a los propietarios de los pisos, el ejercicio de acciones para reparar lo mal hecho, puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados por el constructor y los técnicos, pero no se impone que deban siempre figurar en los litigios como demandados, cuando actúan en defensa del interés propio de que la prestación sea correctamente cumplida, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios que también tienen acción en juicio (3).

(3) La STS de 24 de noviembre de 2003 hace alusión a la exigencia de responsabilidades ex artículo 1.591 del Código Civil, pues la jurisprudencia rechaza la prosperabilidad de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, ya que la sentencia que en el asunto se dicte nunca puede afectar al no demandado, de manera, que ha de mantenerse la libertad de demandar que corresponde al actor, en tanto que los demandados, o bien, resultan responsables individualizados, según su participación probada en los hechos, conforme al porcentaje que se determine, o bien, solidariamente si no cabe establecer la nota de individualización, solidaridad que, desde luego no es inicial, sino que surge de la sentencia como resultando de la prueba que determina la coparticipación, pero no en qué grado. Y es que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no procede ser apreciada en los supuestos de aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, al predominar el principio de responsabilidad solidaria, ya que, en estos casos, el perjudicado puede tanto demandar a todos los que aparezcan como posibles coautores de los defectos constructivos o causantes de la ruina funcional que se presenta como hecho objetivo, o sólo alguno de ellos, que al tiempo del pleito y en virtud de las previsiones adoptadas para apoyar la demanda, aparecen como únicos y más definidos responsables civiles, a fin de evitar que de principio sean interpelados aquellos contra los que no se dispone de justificaciones suficientes para atribuirles alguna clase de responsabilidad efectiva.

COMENTARIO

La sentencia impugnada ha hecho una interpretación equivocada sobre la naturaleza de la acción ejercitada imposibilitando la estimación de acción decenal por considerar que se ejercita un supuesto de incumplimiento del contrato en el que los actores no fueron parte del arrendamiento de obras de la promotora con las constructoras. Además, sintéticamente, se puede decir, en relación con las acciones derivadas del artículo 1.591 del Código Civil, que el adquirente de un determinado inmueble recibe con su acto de dominio, todas las acciones que defiendan su propiedad, y, además dicho artículo 1.591 establece la responsabilidad del contratista y técnicos en caso de ruina durante el plazo de diez o quince años, según el caso, sin distinguir si la finca en cuestión ha cambiado o no de propietario. Por todo lo expuesto, resulta necesario estimar la responsabilidad derivada de la existencia de defectos constructivos en la vivienda unifamiliar adquirida por los actores y resulta necesaria la estimación de responsabilidad del arquitecto técnico en las mismas condiciones que la promotora y constructora, en cuanto su responsabilidad deriva del incumplimiento de sus obligaciones profesionales.

ISABEL MORATILLA GALÁN

CONTRATO DE SEGURO. AUSENCIA DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y DE SOBRESSEGURO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—El problema litigioso versa exclusivamente acerca de si existe cuantificación del valor de unos iconos objeto de un contrato de seguro. Con fecha 8 de noviembre de 1995, la entidad aseguradora Aegón Unión Aseguradora, S. A., y don José Avelino Alonso García consensuaron la liquidación de un siniestro de robo concertada el 3 de junio de 1989, ampliada por un suplemento del 17 del propio mes y actualizada para la anualidad correspondiente el 4 de mayo de 1995; de dicho consenso y consiguiente indemnización, quedaron excluidos y pendientes cinco iconos cuyo abono se reclama.

Doctrina.—Tal y como ha quedado señalado con los antecedentes expuestos, el litigio versa sobre la discrepancia en relación con la indemnización de unos iconos asegurados que la sentencia recurrida, en sintonía con la demanda, entiende que la valoración queda fijada en el suplemento de la póliza, con lo que no se muestra conforme la entidad demandada que sostiene que el valor dado por el asegurado no es el que los iconos tenían en el momento de incluirlos en la póliza, ni en el momento de producirse el supuesto robo, por lo que, al existir una diferencia de criterio entre las partes contratantes se requiere haber seguido el procedimiento de tasación pericial que con carácter imperativo se establece en el artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro, de modo que concurre una situación de sobreseguro que, de prosperar la pretensión de la actora, daría lugar a un enriquecimiento injusto a favor del asegurado, y a tal efecto se argumenta la existencia de un error en el razonamiento de la sentencia impugnada en cuanto estima que la firma del suplemento

determinó un aumento de la prima sin tener en cuenta que tal aumento se produjo por su actualización.

Debemos —en este iter— resaltar que, la parte recurrente hace especial hincapié en el error argumentativo del juzgador de instancia de ligar el aumento de la prima con la inclusión en la póliza de los iconos, pero tal planteamiento no es decisivo porque la conclusión adoptada se mantiene asimismo por la interpretación literal del documento, no siendo suficiente desvirtuar un argumento cuando la conclusión resulta de un conjunto discursivo y se circunscribe, más bien, a la función de revisar la infracción de concretas normas del ordenamiento jurídico; por otro lado, la Resolución recurrida toma en cuenta el documento contractual para estimar que la cantidad en el mismo fijada es la que las partes, de común acuerdo, consideran como valor de cada uno de los iconos, y así lo declara, por lo que resulta evidente la innecesidad de acudir a otra apreciación probatoria (1).

COMENTARIO

Debemos llegar a la conclusión de que si en el contrato se fija de mutuo acuerdo el valor singular del objeto para el caso de siniestro de robo y no hay desproporción notoria con el valor real, es de aplicación el principio de autonomía de la voluntad, por lo que no cabe hablar de enriquecimiento injusto ni de sobreeseguro, además, si el importe del interés asegurado está fijado y no resulta necesaria una previa tasación pericial tampoco es preciso acudir al procedimiento del citado artículo 38 de la LCS.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

DAÑOS MORALES EN EL TRANSPORTE AÉREO. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 de mayo de 2000.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Vamos a referirnos, en este caso, al concepto de daño moral, en concreto vamos a analizar cómo la aflicción producida por un retraso en el transporte aéreo, puede incluirse dentro del mismo. Para ello, vamos a partir de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000, haciendo un

(1) Veáanse las SSTs de 19 y 24 de junio de 2003. En la primera se analiza la reclamación de la aseguradora por incendio fortuito, con especial mención a los artículos 20 y 38, que hemos precedentemente citado, de la LCS; y en la segunda se estudia el seguro combinado industrial y la pérdida de beneficios.

También, y en este mismo sentido, hemos de citar las SSTs de 11 de noviembre de 2003, que se ocupa del contrato de seguro en el caso de seguro de accidentes, y de 21 de noviembre de 2003, que finalmente debate que no es válida la cláusula limitativa del seguro de accidentes que aparece en cuaderno no incorporado a la póliza y sin constancia de su conocimiento por el asegurado.

reparo de cómo se ha ido perfilando este concepto en los diversos pronunciamientos que los tribunales han dictado como consecuencia de las demoras producidas en los vuelos.

Antecedentes.—Como consecuencia de las horas de tensión, incomodidades y molestias producidas por una demora importante de un vuelo, procedente de Nueva York con destino en Barcelona, se reclama una indemnización por los daños materiales y morales producidos.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Barcelona, dictó sentencia con fecha de 9 de junio de 1994. Estimó la demanda interpuesta por don Jordi E. S., contra Transworld Airlines Incorporated (TWA) sobre indemnización de daños y perjuicios, condenando a indemnizar al actor los gastos que por los conceptos que se acrediten en ejecución de sentencia realizó durante el viaje, como consecuencia de la espera sufrida del vuelo TWA 900, así como las molestias, incomodidades y tensiones oportunos, conceptuándolos como daños morales y que se fijaron alzadamente en un millón de pesetas. Desestimó la indemnización por lucro cesante accionado por el actor y cuantificado en 70.000 dólares USA. No a lugar a las costas.

Apelada la anterior sentencia por la representación de ambos litigantes, la Sección Quince de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 24 de mayo de 1995. Estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por TWA, contra la anterior Resolución, modificándolo en el solo sentido de reducir la condena impuesta a la recurrente por los daños morales a la suma de doscientas cincuenta mil pesetas (250.000 ptas.), con mantenimiento del resto de los pronunciamientos de condena. Desestimó el recurso de apelación interpuesto, contra la misma sentencia, por don Jordi E. S. No se formuló pronunciamiento condenatorio respecto de las costas producidas por los dos recursos.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación.

Vamos analizar el primer motivo del recuso que planteó la demanda TWA en el que se aborda una cuestión de gran interés, si la doctrina del daño moral se puede aplicar a los daños sufridos por los pasajeros como consecuencia del retraso aéreo, para ello se parte del concepto de daño moral y de la prueba del mismo.

En cuanto a la prueba del daño ... la temática planteada ... presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfía) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere. Así se explica que unas veces se indique que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (sentencia de 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7235]), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (sentencia de 15 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1308]), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (sentencia de 3 de junio de 1991 [RJ 1991, 4407]), en tanto en otras se exija la constatación probatoria (sentencia de 14 de diciembre de 1993 [RJ 1993, 9886]), o no se admita la indemnización—compensación o reparación satisfactoria— por falta de prueba (sentencia de 19 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7508]). Lo normal es que no sean precisas pruebas de tipo objetivo (sentencia de 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6164], 29 de enero de 1993 [RJ 1993, 515], 9 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 9433] y 21

de junio de 1996), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes, como destacan las sentencias de 29 de enero de 1993 y 9 de diciembre de 1994. Cuando el daño moral emane de un daño material (sentencia de 19 de octubre de 1996), o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (sentencias de 15 de febrero de 1994 y 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

En cuanto al concepto del daño moral, ...las sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (sentencia de 22 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4089]), relativa e imprecisa (sentencias de 14 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 8970] y 5 de octubre de 1998 [RJ 1998, 8367]). Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual (sentencias de 9 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2403], 27 de julio de 1994 [RJ 1994, 6787], 22 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8097], 14 de mayo y 12 de julio de 1999 [RJ 1999, 3106 y 4770], entre otras), adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad (sentencia de 19 de octubre de 1998). Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con las intromisiones en el honor e intimidad (donde tiene reconocimiento legislativo), los ataques al prestigio profesional (sentencias de 28 de febrero, 9 y 14 de diciembre 1994 [RJ 1995, 686, RJ 1994, 9433 y 10110, y 21 de octubre de 1996), propiedad intelectual (igualmente con regulación legal), responsabilidad sanitaria (sentencias de 22 de mayo de 1995, 27 de enero de 1997 [RJ 1997, 21], 28 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 10161] y 27 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 7272]) y culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (sentencia de 27 de julio de 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (sentencias de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8412], 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 3793 y 7235]), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (sentencia de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (sentencia de 6 de julio de 1990 [RJ 1990, 5780]), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (sentencia de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (sentencia de 27 de enero de 1998 [RJ 1998, 551]), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (sentencia de 12 de julio de 1999).

...no pueden derivarse los daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo; ... resulta incuestionable que deben com-

prenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo que carece de justificación alguna.

COMENTARIO

Uno de los problemas que con más frecuencia nos afecta cuando iniciamos un viaje es el retraso en la llegada a nuestro punto de destino, precisamente el daño ocasionado por la demora en un vuelo nos sirve de punto de arranque para analizar algunos aspectos de la responsabilidad del transportista aéreo.

El supuesto de hecho del que partimos es el siguiente: un matrimonio que vuelve del viaje de novios en el vuelo 900 de la TWA, Nueva York- Barcelona, previa escala en Lisboa, sufre un retraso (de 8 y 10 horas). La pareja reclama una indemnización, por considerar que el retraso les produjo molestias, incomodidades y tensiones. Entre las circunstancias concurrentes cabe destacar que no se les proporcionaron explicaciones razonables sobre la demora, la inquietud por regresar a su domicilio, la preocupación por la pérdida de un día de trabajo, a lo que además, hay que añadir las dificultades por encontrarse en un país extranjero, sin que pudieran realizar actuaciones alternativas que para solventar la situación (por ejemplo, coger otro vuelo con la misma o diferente compañía).

Empezaremos por recordar la noción sobre el daño moral, en concreto en su vertiente de sufrimiento o padecimiento psíquico, para después determinar si los daños que se producen como consecuencia de los retrasos aéreos pueden ser objeto de reparación en este concepto.

NOCIÓN DE DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA

Como dice el profesor LASARTE (1), la doctrina y la jurisprudencia tienden a admitir, desde hace ya largo tiempo, que todo daño, material o moral, siempre que sea real y demostrado, da lugar a la reparación desde que la primera, y famosa, sentencia del TS declaró la susceptibilidad de reparación del daño moral el 6 de diciembre de 1912. En este sentido, puede citarse la sentencia de 25 de junio de 1984 (*RJ* 1986/1145).

No obstante, la jurisprudencia dictada sobre el daño moral ha reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa (sentencia de 22 de mayo de 1995 [*RJ* 1995, 4089]), relativa e imprecisa (sentencias de 14 de diciembre de 1996 [*RJ* 1996, 8970] y 5 de octubre de 1998 [*RJ* 1998, 8367]).

Quedando fuera de toda duda la indemnización del daño moral, en el campo de la culpa extracontractual se amplió su ámbito al contractual (sentencias de 9 de mayo de 1984 [*RJ* 1984, 2403], 27 de julio de 1994 [*RJ* 1994, 6787], 22 de noviembre de 1997 [*RJ* 1997, 8097], 14 de mayo y 12 de julio de 1999 [*RJ* 1999, 3106 y 4770], entre otras).

(1) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de obligaciones*, 8.ª ed., pág 336 y sigs.

Adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad (sentencia de 19 de octubre de 1998).

En este sentido, es necesario destacar cómo se acogen por el TS varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho (sentencia de 27 de julio de 1994), ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual (sentencia de 12 de julio de 1999, 18 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8412], 22 de noviembre de 1997, 20 de mayo y 21 de octubre de 1996 [RJ 1996, 3793 y 7235]), lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

Precisamente, como muestra de este criterio aperturista, y de la admisión de nuevos supuestos en el marco de la responsabilidad contractual, señala VICENTE DOMINGO (2), la sentencia que analizamos de 31 de mayo de 2000, en el que se aplica la doctrina del daño moral por un retraso de ocho horas en un vuelo.

Dentro de los diversos aspectos que pueden integrar el daño moral, destaca el TS de que la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (sentencias de 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999).

La sentencia de 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145) considera que el daño moral es el impacto o sufrimiento físico o espiritual producido por agresión directa al acervo extrapatrimonial o de la personalidad, y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento causado (sentencia de 31 de mayo de 1983 [RJ 1983/2956]).

En efecto, la reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (sentencia de 25 de junio de 1984 [RJ 1986/1145], sentencia de 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6164]), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (sentencia de 6 julio 1990 [RJ 1990, 5780]), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (sentencia de 22 mayo 1995 [RJ 1995, 4089]), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (sentencia de 27 enero 1998 [RJ 1998, 551]), representa el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades, o incluso, resultados pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada... (sentencia de 12 julio 1999 [RJ 1999, 4770]). La sentencia de 22 de febrero de 2001 [RJ 2001/2242], mantiene que el daño moral se sustantivita para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que la padece.

(2) VICENTE DOMINGO, E., «El daño», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por REGLERO CAMPOS, 2.ª ed., Aranzadi, pág 245.

EL RETRASO AÉREO COMO DAÑO MORAL

La inclusión del retraso aéreo (tanto de personas como de equipajes) dentro de los daños morales es una constante de los tribunales que se inició a raíz de la sentencia que comentamos, por entender que el retraso produce una aflicción de cierta entidad, como consecuencia de la tensión, incomodidad, molestias e inconvenientes, que afectan a la esfera psíquica. Es indiferente que se trate de un viaje de placer o de trabajo, en ambos casos el daño debe ser reparado.

Según el TS no cualquier retraso produce un daño moral, sino que debe tener las siguientes notas características: 1) debe ser injustificable, 2) importante, y 3) que afecte a la esfera psíquica, en el caso de autos:

En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque obedeció al mero interés particular de la Compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a terceros, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de la TWA, de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la capital portuguesa.

En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas según la resolución recurrida).

Y en tercer lugar, se dio la situación de afección en la esfera psíquica, y resulta lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes.

NORMATIVA APLICABLE

Conviene referirnos a las normas específicas que contemplan la materia del retraso aéreo (3) a nivel internacional: El Convenio de Varsovia para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 de octubre de 1929 (4) (vigente en España en el momento que se produjeron los hechos).

Contempla esta cuestión, en el artículo 19 del CV: «El porteador es responsable del daño ocasionado por retrasos en el transporte aéreo de viajeros, mercancías o equipajes». Se trata de una responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba de la que sólo puede exonerarse si demuestra que tanto él como sus dependientes tomaron las medidas necesarias para impedir el daño o les fue imposible tomarlas.

(3) Sobre este tema de las demoras en los aeropuertos, existe una abundante bibliografía, PIZARRO MAQUEDA, M.^a J., «Cuando las vacaciones se convierten en pesadilla...», en *Aranzadi Civil*, en *Boletín Aranzadi*, núm. 34, enero de 2000. BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Estudio sobre la responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento de horarios», en *Estudios sobre Consumo, EC*, 50, 1999. PETIT LAVALL, M.^a V., «El retraso en el transporte aéreo de pasajeros», en *Derecho de los Negocios*, núm. 158, 2003, noviembre, págs. 1 a 20. BUSTO LAGO, J. M., «Demoras en los aeropuertos» (Daños patrimoniales y daños morales por retraso en el transporte aéreo de viajeros y sus equipajes, en *Revista Práctica de Daños, La Ley*, septiembre de 2003, pág. 124. GUERRERO LEBRÓN, M. J., *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, 2004.

(4) Aún vigente para los países que no han suscrito el CM.

En consecuencia, una de las notas para que el retraso origine el resarcimiento es que se haya producido un daño como consecuencia del mismo. Este daño podrá ser patrimonial o moral, en concreto nosotros sólo nos vamos a detener en el daño incluido en la categoría del daño moral, en particular dentro del sufrimiento o padecimiento psíquico, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Es necesario advertir, como decíamos, que la compañía aérea queda liberada de indemnizar si prueba que ella y sus representantes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el daño provocado por el retraso o que les fue imposible adoptarlas (art. 20 del CV). Serían causas ajenas a la compañía que producirían retrasos justificados, por ejemplo, los supuestos de casos fortuito o la fuerza mayor. En el caso analizado no se prueba, por parte de la compañía demandada ninguna causa que justifique el retaso producido.

En el CV se establecen límites indemnizatorios por los daños producidos, y si bien no se refiere expresamente a los daños producidos por retrasos de pasajeros, la doctrina mayoritariamente ha venido entendiendo que el límite previsto en el artículo 22 del CV, es aplicable al retraso aéreo, y en consecuencia tras las diversas modificaciones que se produjeron, el límite por viajero fue elevado por el Protocolo 2 de Montreal a la cuantía de 16.600 DEG. Límites que no rigen en los supuestos de dolo del transportista conforme al artículo 25 del CV.

Más difícil de concretar es qué tipo de retraso (5) debe ser apreciable para que dé lugar a indemnización de los pasajeros y cómo se cuantifica. El Convenio no dice a partir de cuándo la demora debe ser apreciable para producir un daño que afecte a los pasajeros. La jurisprudencia mantiene que en el contrato de transporte el plazo es el tiempo durante el cual, la obligación de transportar ha de ser cumplimentada, plazo conocido de antemano. En tal sentido, el retraso existiría cuando finalizado el plazo, el pasajero no hubiera sido transportado a su lugar de destino. Y ese plazo es deducible de los horarios o itinerario conocido exhibidos y publicados por el operador, aprobados por la Administración competente y expresados en los billetes (sentencia de 17 de diciembre de 2004, AC 2004/2121). Además, el retraso, para que sea tenido en cuenta, debe ser calificado de importante (10 horas), también se habla de responsabilidad por retraso cuando el transporte no es ejecutado en el plazo normal o razonable. La doctrina también ha concretado el concepto de retraso, así siguiendo a BUSTO LAGO (6), afirma que deben incluirse: «todos aquellos supuestos en los que llegando el pasajero y su equipaje al lugar de destino previsto no lo hagan en el momento temporal convenido, sino más tarde», o como afirma PETIT LAVALL (7), «es casi unánime la doctrina al considerar que sólo puede hablarse de retraso cuando al tiempo medio indicado en los horarios ha sido superado considerablemente, o de forma excesiva, significativa, relevante, anormal, importante, ampliamente, no razonable».

Indudablemente, el incumplimiento del horario produce un defectuoso cumplimiento contractual del contrato de transporte (8), y es que la impuntualidad produce siempre trastornos y molestias al usuario de mayor o menor entidad (preocupación, perturbación de ánimo).

(5) Sobre el concepto de retraso, puede verse PETIT LAVALL, M.^a V., *op. cit.*, pág. 3 y sigs.

(6) BUSTO LAGO, J. M., *op. cit.*, pág. 3.

(7) PETIT LAVALL, M.^a V., *op. cit.*, pág. 5.

(8) Como mantiene PETIT LAVALL, el retraso es un cumplimiento defectuoso o tardío del contrato de transporte (extemporáneo), *op. cit.*, pág. 6.

Por otro lado, numerosas sentencias han declarado abusivas, y por tanto nulas, las cláusulas de los contratos que no garanticen los horarios (9).

Actualmente la normativa mayoritariamente aplicable a nivel internacional es el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, que entró en vigor para la Comunidad Europea el 28 de junio de 2004. En términos parecidos al CV, establece que el transportista es responsable del daño ocasionado por retrasos, tanto en el transporte de pasajeros como en el de equipajes (art. 19 CM). Pero inmediatamente se aclara que el transportista no será responsable del daño ocasionado: si prueba que él o sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran *razonablemente* necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptarlas. En suma, no serían responsables si pudieran demostrar que han hecho todo lo posible para evitar los daños, parece por tanto que sólo es responsable si actuó negligentemente (art. 19 CM).

Por otro lado, es importante destacar que la responsabilidad del transportista se limita a una cantidad determinada. En cuanto a la responsabilidad en caso de los daños ocasionados por los retrasos de pasajeros, la responsabilidad se limita a 4.150 DEG por pasajero (aproximadamente 6.000 euros) para cubrir todas las operaciones de transporte efectuadas por las compañías. En el retraso de equipajes, la responsabilidad se limita a 1.000 DEG por pasajero. Límite que no rige cuando el transportista actuó con dolo (art. 22 del CM).

En el ámbito de la Unión Europea cabe destacar, por un lado, el Reglamento número 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidentes, modificado por el Reglamento (CE) número 889/2002, de 13 de mayo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo cuyo objetivo principal es adaptar las normas comunitarias al Convenio de Montreal, y que se aplica tanto a los transportes realizados por las compañías aéreas comunitarias como al transporte interior de los Estados miembros.

El Reglamento 2027/1997 se remite a lo establecido para el caso de retraso al CM (art. 19). En caso de retraso del pasajero, la compañía aérea es responsable del daño, siempre que no haya tomado todas las medidas razonables para evitar el daño o le haya sido imposible tomar dichas medidas. La responsabilidad, en caso de retraso del pasajero, se limita a 4.150 DEG. En caso de retraso del equipaje, la compañía aérea es responsable del daño, siempre que no haya tomado todas las medidas razonables para evitar el daño o le haya sido imposible tomar dichas medidas. La responsabilidad en caso de retraso del equipaje se limita a 1.000 DEG. Además, conforme al artículo 6 del Reglamento: todas las compañías aéreas facilitarán por escrito a cada pasajero, una indicación escrita con el límite aplicable para ese vuelo con respecto a la responsabilidad de la compañía por el perjuicio ocasionado por un retraso.

Por otro lado, es importante tener en cuenta el Reglamento (CE) número 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004 (10), por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a

(9) Sobre la nulidad de pleno derecho de las cláusulas limitativas de responsabilidad civil insertas en los contratos de pasaje, resulta de gran interés ver BUSTO LAGO, J. M., *Demoras en los aeropuertos...*, pág. 12 y sigs., y PETIT LAVALL, M.^a V., *op. cit.*, pág. 5 y sigs.

(10) Vid. sobre las indemnizaciones por retraso, LOZANO ROMERAL, Capítulo 8: *Régimen jurídico del transporte aéreo*, director MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., Civitas, 2005, pág. 299 y sigs.

los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) número 295/91, Diario Oficial de 17 de febrero de 2004. Se tendrá derecho a indemnización cuando: se haya producido un retraso del vuelo, teniendo el pasajero la reserva confirmada y presentándose a facturación, siempre que se hayan producido determinados retrasos en función de la distancia del vuelo.

Los denominados «grandes retrasos»: deben ser de dos horas en vuelos de hasta 1.500 Km.; de tres horas en vuelos dentro de la Unión Europea de más de 1.500 Km., y para otros vuelos entre 1.500 y 3.500 y de cuatro horas o más para vuelos de más de 3.500 Km., fuera de la Unión Europea.

En estos supuestos la compañía está obligada a ofrecer a los pasajeros comida y bebidas suficiente, medios de comunicación, tales como llamadas telefónicas, envío de correos electrónicos, etc..., alojamiento gratuito en hotel y transporte; y cuando el retraso sea de más de cinco horas, además, tienen derecho al reembolso del billete, junto con un billete en vuelo de vuelta al primer punto de partida lo más rápidamente posible. Todos los derechos son reconocidos al pasajero por el mero hecho de producirse algunos de los retrasos aquí especificados, sin tener que probar ningún daño. En realidad, tratan de proporcionar al pasajero una asistencia inmediata y se aplican sin perjuicio de los derechos de los pasajeros de obtener una compensación complementaria. Son independientes de las reclamaciones posteriores que se puedan entablar de acuerdo con el Reglamento 889/2002, si el pasajero considera que se han producido daños.

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Contemplan la existencia de daños morales por retraso de pasajeros a su punto de destino, numerosas sentencias, entre las que destacamos:

La sentencia de 22 de octubre de 2002 (AC 2003, 18) de la Audiencia Provincial de Asturias, considera como supuesto de daño moral el producido por retraso de un vuelo con la compañía KLM, así como el retraso en la entrega del equipaje, que impidió al demandante asistir a varias sesiones en un congreso médico. El porteador no demostró haber tomado las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible adoptarlas. Se tuvieron en cuenta una serie de circunstancias concurrentes como el importante retraso (más de 30 horas), al lugar de destino, los avatares sucedidos en aeropuerto extranjero, todo ello agravado con el extravío del equipaje, lo que produjo padecimientos psíquicos. También, sentencia de 15 de enero de 2002 de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2002, 1178), de 21 de enero, y 22 de octubre de 2002 (AC 2002/189) y (AC 2002, 2310) de la Audiencia Provincial de Asturias, sentencia de 19 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia de 14 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Tarragona (*JUR* 2002, 21461), sentencia de 23 de septiembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Valencia (AC 2002, 2352).

La sentencia de 16 de mayo de 2003 de la Audiencia Provincial de Baleares (AC 2003/1802), condena a la compañía aérea Crossair por daños morales como consecuencia del retraso de la salida del avión de Palma a Basilea que impidió al matrimonio demandante enlazar con el vuelo de Basilea a Milán-Malpensa. También, sentencia de 20 de marzo de 2003 de la Audiencia Pro-

vincial de Barcelona (AC 2003/1354), sentencia de 31 de octubre de la Audiencia Provincial de Sevilla (AC 2003/1686).

La sentencia de 17 de diciembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2004/2121), sostiene que el retraso de cinco horas producido en el vuelo en el que los demandados se dirigían desde Cancún a Madrid por una avería en el tren de aterrizaje, produjo daños morales, con base en la incertidumbre por espera sin información y por el cansancio sufrido. No se acreditó la adopción de medidas para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas. También, sentencia de 14 de mayo de la Audiencia Provincial de Madrid (AC 2004/1542), sentencia de 10 de junio de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona (AC 2004/1014).

La sentencia de 27 de junio de 2005 (AC 2005, 1056) de la Audiencia Provincial de Cantabria, concede una indemnización por daños morales como consecuencia de un retraso de seis horas respecto al viaje inicialmente programado que sufrió un pasajero como consecuencia de un cambio de puerta de embarque que se realizó sin aviso, lo que le hizo perder el vuelo.

LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE POR DEFECTO DE FABRICACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE FEBRERO DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Antecedentes.—Los hechos de los que trae causa el procedimiento que nos ocupa tienen su inicio el día 28 de agosto de 1994, cuando el demandante se encontraba en un supermercado de la ciudad de Murcia, cuyas iniciales son T. L. Entre los productos que pretendía adquirir se encontraba una botella de gaseosa, que tras cogerla de la estantería fue a depositarla en la cesta de la compra, momento en el que estalló la botella, alcanzándole los cristales el rostro, causándole entre otras lesiones, herida de iris y herida corneal en el ojo derecho con merma de la visión en el mismo. El envase correspondía a una conocida marca comercial que había elaborado el producto, siendo sin embargo embotellada y distribuida por otra entidad mercantil, cuyas iniciales son «C. M., S. L.». Quedó probado que la botella explotó porque era defectuosa.

Se interpuso por el perjudicado juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Murcia, contra la empresa que elaboró el producto, la que lo embotelló y distribuyó y el supermercado donde lo adquirió.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia condenando a la empresa que elaboró el producto y a la embotelladora y distribuidora del mismo, aboliendo al supermercado donde fue adquirida.

Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de la entidad elaboradora del producto. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia dictó sentencia el 21 de marzo de 1997, dictó sentencia desestimando el recurso de apelación interpuesto, confirmando la resolución del Juzgado de Primera Instancia.

Se formalizó recurso de casación por la representación de la entidad demandada.

Doctrina.—Se interpone recurso de casación con base en un único motivo en el que se denuncia: 1) infracción del artículo 1.902 del Código Civil, 5 y 6 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los daños causados por Productos Defectuosos; también se denuncia la infracción del artículo 27.1 de la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; artículo 13 del Real Decreto 212/1992, de 6 de marzo, de Etiquetado y Presentación y Publicidad de los Productos Alimenticios en relación con el artículo 27.1 de la LGCU (1), y el artículo 4 de la Directiva de las Comunidades Europeas en materia de responsabilidad de los productos defectuosos.

Tras la alegación de la recurrente como primer argumento casacional de que no se probó que hubiera sido la fabricante del producto declarado defectuoso la causante de los hechos, y por tanto se ha infringido lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil. La Sala manifiesta que «Lo alegado no se sostiene y contradice frontalmente los hechos probados que ponen de manifiesto que fue la recurrente la efectiva fabricante del producto y no se demostró otra cosa, lo que le incumbía conforme al principio de la carga de la prueba que contiene el artículo 1.214 del Código Civil».

Asimismo se alega por la entidad recurrente que el demandante no probó el defecto del producto, conforme al artículo 5 de la Ley de 6 de julio de 1994. Mantiene el Alto Tribunal lo siguiente: «Aquí se trata de la explosión de un envase de cristal que se produjo sin haber mediado manipulación alguna por parte del consumidor, ni tampoco uso abusivo o inadecuado del mismo, es decir, que la rotura fue por causa del propio producto y, conforme al artículo 3 de la referida Ley, ha de considerarse defectuoso aquel producto que no ofrezca la seguridad que cabía legítimamente esperarse del mismo, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. (...) La existencia del defecto resulta del concepto que del mismo establece la Ley 22/1994 y ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el producto debe ofrecer y, si esto no sucede, impone considerar al producto defectuoso, invirtiéndose la carga de la prueba por corresponder al fabricante acreditar la idoneidad del mismo o concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades, siendo principio general que declara el artículo primero de la Ley y aquí nada de esto resultó probado».

Respecto de la pretendida exculpación del recurrente como fabricante de la botella de gaseosa, y tras quedar perfectamente probado que la recurrente fue la fabricante del contenido de la misma, la Sala afirma que «El artículo 27.1.a) de la LGCU atribuye responsabilidad directa a los fabricantes del producto, pues responden tanto de su origen como de su identidad e idoneidad».

Asimismo rechaza la Sala la infracción del artículo 13 del Real Decreto 212/1992, de 6 de marzo, pues como ha reiterado en el desarrollo del análisis del supuesto, se parte de la certeza de quién ha fabricado el producto y de la responsabilidad que de ello se deriva, y expone: «Resulta decisivo el artículo 27.1.c) de la Ley para la defensa de Consumidores y Usuarios, pues cuando se trata de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en la etiqueta. No probó la recurrente que no fuera titular de la marca, por lo que resulta responsable, ya que

(1) Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.

tampoco hizo prueba alguna de que hubiera concurrido incorrecta manipulación por tercero».

COMENTARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el supuesto objeto de análisis confluyen determinadas circunstancias que lo hacen especial.

Se trata de una responsabilidad extracontractual con base en el artículo 1.902 del Código Civil, debido a que no existe una relación contractual entre el adquirente del producto y el fabricante del mismo.

Al ser el perjudicado una persona que en esa relación es considerada como consumidora de un bien o usuaria de un servicio, su protección se ve incrementada por una normativa dirigida a la protección de los consumidores. Dicha circunstancia se ha puesto de manifiesto en las distintas impugnaciones en las que se ha basado el motivo del recurso. Aparte de considerar infringido el artículo 1.902 del Código Civil, se señalan determinadas disposiciones de diversos cuerpos legales, como la Ley 26/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; la Ley 26/1984, de 19 de julio para la defensa de Consumidores y Usuarios; el Real Decreto 212/1992, de 6 de marzo, de Etiquetado, Presentación y Publicidad de Productos Alimenticios, y la Directiva 85/374 del Consejo, de 25 de julio de 1985, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

El abanico normativo en el que se ve inmersa la responsabilidad derivada de los daños que producen los productos defectuosos hace que haya una falta de seguridad jurídica en la materia. Por un lado, lo dispuesto con carácter general en el Código Civil, por otro lo establecido en una ley especial, y por último lo dispuesto en la Ley General de Consumidores y Usuarios.

2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SOLIDARIA

Sin detenernos detalladamente en la evolución que ha sufrido la interpretación y aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, basado en un primer momento en una responsabilidad subjetiva que giraba alrededor de la actuación culposa del agente que producía el daño, siendo el dato básico de culpabilidad, el referente para que surja la obligación de reparar el daño. Haciendo por tanto una interpretación literal del artículo, el Tribunal Supremo exigía que el perjudicado, demandante, demostrase que el causante del daño había actuado de forma culposa.

Pero como pone de manifiesto la STS de 12 de noviembre de 1993, la responsabilidad por culpa que establece el Código Civil ha evolucionado hacia una responsabilidad objetiva, cuando afirma: «Esta Sala no desconoce la evolución doctrinal emanada de su jurisprudencia recogida, por ejemplo, en sus sentencias de 24 de enero y 11 de febrero de 1992, cuando dicen que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según impone el artículo 1.902 del Código Civil, ha ido evolucionando a partir de la sentencia de 10 de julio de 1943, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del

factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho de la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, a modo del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista...»

Este criterio ha sido adoptado en los últimos años por distintas leyes en ámbitos con un elevado riesgo, como son la navegación aérea o la circulación de vehículos de motor. Y sin que el riesgo sea tan elevado cuando se trata de proteger al consumidor, considerado como la parte económicamente débil, también se tiende hacia una responsabilidad objetiva, este es el caso de la Ley 22/1994, que en su artículo 4 lo que establece es que el perjudicado tiene que probar que el producto tenía un defecto, y que ese defecto es el que ha ocasionado el daño, con independencia si ha existido por parte del fabricante culpa o negligencia (2).

Ahora bien, como afirma el profesor LASARTE (3), el régimen de responsabilidad de la Ley no es tan objetivo como en principio pudiera parecer, por lo que se podría afirmar que estamos ante un régimen matizado de responsabilidad objetiva. La propia ley establece causas de exoneración de la responsabilidad en el artículo 6 (4) y en el artículo 9 pone de manifiesto que la responsabilidad puede reducirse e incluso suprimirse si ha existido culpa del perjudicado. Así lo ha interpretado el TS en supuestos parecidos al que ahora nos ocupa.

La STS de 23 de junio de 1993 conoció del siguiente hecho: se produjo una explosión de unas botellas de cerveza cuando la compradora se inclinaba sobre la bolsa, perdiendo la visión del ojo izquierdo casi totalmente por los cristales que se le introdujeron consecuencia de la explosión. La Sala declaró que el artículo 28 de la LGCU establece una responsabilidad objetiva en los productos alimenticios, y respecto a la culpa de la víctima añade que «es la culpa de la víctima lo que exime al fabricante, siendo prueba que le corresponde, como ocurre generalmente cuando el legislador establece la responsa-

(2) Establece el artículo 1 de la LPD con carácter general que: *Los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen.*

El artículo 5 delimita la actuación del perjudicado: *El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos.*

(3) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003, pág. 283.

(4) Artículo 6. *Causas de exoneración de la responsabilidad. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban:*

- a) *Que no habían puesto en circulación el producto.*
- b) *Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.*
- c) *Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.*
- d) *Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.*
- e) *Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía la existencia del defecto.*

bilidad objetiva». Y en esta misma línea la STS de 8 de febrero de 1995, cuando señala «...el artículo 27 de la tan citada Ley 26/1984 señala en el párrafo b) del apartado 1, quién es el responsable de los daños al usuario y consumidor en los casos de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, que aquí es la entidad recurrente, al no haber probado la incorrecta manipulación por terceros. Igual suerte corre el motivo, y por la misma causa, se tiene en cuenta el siguiente artículo 28, apartado 1».

De todo lo anterior, se puede concluir diciendo que la responsabilidad por daños causados por el fabricante de productos defectuosos es una responsabilidad objetiva, pero con matizaciones, como afirmábamos anteriormente. Se aplica al igual que en cualquier otro supuesto de responsabilidad la reducción de la indemnización e incluso la exoneración de lo misma cuando concurre culpa de la víctima.

Cuando existen pluralidad de agentes que puedan haber intervenido en el proceso productivo o distributivo, la responsabilidad es solidaria. Así lo declara el artículo 5 (5) de la Directiva 85/374 de 25 de julio, y el artículo 7 de la Ley 22/1994 de constante referencia, que transpuso la citada Directiva. Esa ha sido la aplicación que la Sala ha hecho al supuesto que nos ocupa, pues se condena de forma solidaria a la empresa que elaboró el producto y a la empresa que lo embotelló y distribuyó. En primera instancia se condenó también al supermercado que lo había puesto a la venta, exonerándole de responsabilidad la Audiencia, siendo confirmada esa resolución por la Sala. Sobre este hecho concreto es de destacar que existe numerosa jurisprudencia menor, en la que se condena también al comerciante que ha puesto a disposición del público el producto, fundamentada la condena en la responsabilidad por riesgo. En este sentido señalamos las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de octubre de 1989 y de 24 de mayo de 1993, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 20 de julio de 1990.

Es cierto que el comerciante lo que hace es poner a disposición de los consumidores los productos que ha adquirido de una tercera persona, que puede ser sólo distribuidor o el propio fabricante que también hace las veces de distribuidor, por lo tanto *a priori* se puede presumir que no incurre en responsabilidad cuando se demuestra que el producto era defectuoso. Incurriría en responsabilidad cuando se pruebe que la mala conservación del producto es la que ha hecho que el producto se haya puesto malo, sobre todo cuando se trate de un producto alimenticio. También podría incurrir en responsabilidad cuando al poner a disposición del público un producto que va envasado con cualquier material transparente y el producto habitualmente tiene un determinado color o aspecto y se ve con claridad que es otro. Pero hay una sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1995, que recayó sobre un supuesto de compra de camión y remolque defectuoso, y se condena a la vendedora sobre la base de la culpa *in eligendo*, afirma la citada sentencia: «Son, por tanto, referidas entidades, la vendedora a virtud de culpa *in eligendo* y la constructora como responsable directa de lo por ella elaborado y garantizado, quienes deben correr solidariamente con la indemnización de los daños y perjuicios reclamados en la demanda en la cuantía que se fije en ejecución de sentencia».

(5) Artículo 5. Si en aplicación de la presente Directiva, dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir.

Si se parte de la base de que todos los comerciantes que ponen a disposición del público productos que ellos mismos no han elaborado, pero que sí han adquirido del distribuidor o directamente del fabricante, y por tanto, han tenido que seleccionar el producto en cuestión pudiendo elegir de entre varios, como suele ser lo habitual, todos los comerciantes que venden al por menor serían responsables solidarios junto con fabricantes y distribuidores por haber elegido esos productos y no otros. Desde mi punto de vista sería un exceso de protección para el adquirente consumidor y una responsabilidad desmesurada, en este caso, del comerciante. Es más correcta la exoneración de responsabilidad del comerciante.

En todo caso, entre el comerciante y el cliente que va a comprar a su establecimiento se genera una responsabilidad de índole contractual, derivada del contrato de compraventa que se está llevando a cabo.

3. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE FALTA DE INFORMACIÓN

Se impugna como última causa del recurso interpuesto por la empresa fabricante la infracción de lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto 212/1992 de Etiquetado, Presentación y Publicidad de Productos Alimenticios. Se rechaza por la Sala tal causa, en primer lugar por ser una norma posterior al momento en el que ocurrieron los hechos, pero en cualquier caso no desvirtúa la responsabilidad derivada del artículo 1.902 del Código Civil.

Efectivamente existe una gran preocupación en el ámbito europeo y en nuestro ordenamiento por el derecho que tiene el consumidor a ser informado y el correlativo deber del empresario, en este supuesto el fabricante, a informar sobre el producto que pretende comercializar.

Sin embargo, aunque la información que figura en la etiqueta de la botella de gaseosa sea correcta, no se está dilucidando si existe responsabilidad por falta de información en la manipulación del producto, sino porque el producto se considera que es defectuoso, bien porque ha sido incorrectamente elaborado o embotellado.

Si se produjese una responsabilidad derivada de la falta de información del producto en el etiquetado del producto, se estaría igualmente ante una responsabilidad extracontractual.

4. CONCLUSIONES

Atendiendo a lo establecido en la normativa vigente, la responsabilidad del fabricante por daños producidos por productos defectuosos es una responsabilidad objetiva. El consumidor, perjudicado, debe acreditar la existencia del daño derivado del producto defectuoso y el nexo causal entre ambos.

Estamos en presencia de una materia en la que es aplicable una ley especial que deroga determinados aspectos de una ley general (6) —la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios— y lo establecido con carácter

(6) La Disposición Final Primera establece: *Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley.*

general en el artículo 1.902 del Código Civil. Lo razonable hubiera sido derogar totalmente en materia de responsabilidad del fabricante lo establecido en la LGCU (7).

La doctrina del Tribunal Supremo ha ido evolucionando hacia una responsabilidad objetiva, con fundamento sobre todo en la teoría del riesgo, aunque llega a confundir al lector cuando hay posibilidad de pluralidad de agentes que pueden ser responsables del daño causado.

JUANA RUIZ JIMÉNEZ

(7) Así lo manifiesta LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, «Manual sobre protección...», pág. 298.

2. DERECHO MERCANTIL

EL LEASE-BACK COMO INSTRUMENTO DE FINANCIACIÓN. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE FEBRERO DE 2005.)

Ponente: Excmo. Señor don Antonio Romero Lorenzo.

Antecedentes.—El 27 de enero de 1989, «M. Leasing, S. A.» procedió a la adquisición, mediante contrato de compraventa, de un inmueble de propiedad de «Emison, S. A.» por precio de 12.000.000 de pesetas. En escritura separada de la misma fecha, «M. Leasing, S. A.» cedió a los anteriores vendedores y, en arrendamiento financiero, el uso del inmueble previamente adquirido. En este segundo documento se pactó que, en caso de falta de pago de las cuotas establecidas, la entidad financiera podría optar entre dar por vencido anticipadamente el plazo fijado, reclamando todas las cuotas hasta el fin del contrato, o resolver éste, recuperando el inmueble, con retención de las cuotas percibidas y derecho a una indemnización del 5 por 100 del precio del mismo por cada mes que la arrendataria demorase su devolución.

Acaecido el impago de cuotas, en el año 1993, se formuló demanda por «M. Leasing», solicitando se declarase resuelto el contrato y se condenase a «Emison» a dar cumplimiento a lo prevenido en el mismo para tal eventualidad.

Como quiera que por aquel entonces estaba vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la parte actora utilizó el cauce del ordinario de menor cuantía. En su escrito de demanda terminó suplicando que se dictara sentencia por la que: A) Se declarase resuelto y extinguido, en su integridad, el contrato de arrendamiento financiero —*leasing*— celebrado. B) Se condenara a los demandados a restituir a «M. Leasing» en la posesión del inmueble, objeto del contrato resuelto, poniéndolo inmediatamente a su disposición, libre de ocupantes y expeditos. C) Se condenara a la demandada «Emison» al pago de las cuotas devueltas que importaban un principal de 5.290.472 ptas. D) Se condenara a la demandada al pago de los daños ocasionados por su incumplimiento, así como al pago de los intereses por mora que correspondan, los cuales se cuantificarían en trámite de ejecución de sentencia. E) Se decretase la obligación de la demandada de pagar a «M. Leasing», después de resuelto el contrato, el 5 por 100 del precio de adquisición del inmueble por cada mes o fracción de mes que transcurriera desde la fecha en que la entrega debiera producirse. F) Se condenara a la demandada al pago de las costas causadas.

El 24 de febrero de 1995, el juez de primera instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda interpuesta «M. Leasing», condenando a la empresa demandada «Emison» a pagar a la demandante la cantidad de 5.290.472 pesetas, más los intereses al tipo del interés legal del dinero desde el día 24 de mayo de 1992, y absolviéndoles de las demás solicitudes deducidas contra él en la demanda. La Magistrado-Juez entendió que «no se había celebrado entre las partes una operación de arrendamiento financiero sino un préstamo con garantía real a través de pacto comisorio, no permitida en nuestro ordenamiento jurídico». Por ello, y dado que la actora no podía reclamar el inmueble, cuya propiedad nunca había perdido la demandada, estimó solo parcialmente la demanda, condenando a «Emison, S. A.» a las sumas antes referidas.

Apelada la resolución por «M. Leasing», la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 1998, confirmando la resolución del juzgador *a quo* en todos sus extremos.

«M. Leasing» interpuso recurso de casación contra el fallo de la Audiencia de Madrid, con sustento en los siguientes motivos:

1. En el primer motivo se denunciaba la infracción, por inaplicación, «de los artículos 1281.1 y 1.282 del Código Civil, así como de la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/1998, de 29 de julio, y del Real Decreto 771/1989, de 23 de junio». Afirma que «“M. Leasing” es una empresa de arrendamiento financiero, debidamente inscrita en el Registro Especial de dichas empresas y que, a instancias de la entidad demandada, había adquirido un local de ésta y se lo cedió a continuación en arrendamiento financiero, por el sistema de *lease-back* o *retroleasing*. Procedimiento que se encuentra admitido por la legislación y la jurisprudencia».

2. En el segundo motivo se alegaba infracción de la jurisprudencia. Se citan expresamente «las sentencias de 15 de marzo de 1995 —RJ 1995/2476—, según la cual el *leasing* es un instrumento de financiación más o menos sofisticado, como pueden ser el préstamo o la hipoteca, y la de 30 de julio de 1998 —RJ 1998/6607—, que se refiere a la distinción entre *leasing* y compraventa a plazos; así como varias otras de las que se desprende que la mayor o menor entidad del precio o valor residual, por el cual el usuario puede ejercitar la opción de compra, no influye en la calificación jurídica del contrato».

Doctrina.—En su sentencia, el Tribunal Supremo rechaza los argumentos de la entidad financiera recurrente. En primer término subrayando la función soberana de los Tribunales de instancia en la calificación de la naturaleza de los contratos y su interpretación. Y tal revisión sólo resulta procedente en casación si resultara ilógica, arbitraria o vulneradora de normas legales. El TS estima que tal condición no concurre en el supuesto de autos —F. D. Cuarto—. En consecuencia, se mantiene la calificación realizada por el juzgador de instancia que calificaba la relación entre la entidad de *leasing* y los arrendatarios como un préstamo con garantía real.

En segundo lugar, trae a colación dos sentencias de la misma sala —STS 16-5-2000, RJ 2000/5082 y 17-7-2001, RJ 2001/6860— para intentar justificar la diferencia entre el *leasing* y el préstamo de dinero. Según se dice, «mediante el *leasing* se trata de dar solución a la necesidad de un objeto que una persona precisa pero que, por carecer de medios económicos para su adquisición, se limita a convenir que se le ceda en arrendamiento, reservándose la facultad de acceder en un momento posterior a su propiedad, mediante una opción de compra. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad concreta de éste, y la transmisión de su dominio al prestatario, que se obliga a devolver el *tantundem*».

En tal contexto, continúa, «mientras en el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto. Se añade que, dado que el *lease-back* es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra».

El TS considera que lo anteriormente dicho es lo que sucede en el supuesto de Autos y regulado por los dos contratos formalizados simultáneamente

por los litigantes. Ya que «Emison» no precisaba un inmueble para ejercer su actividad empresarial, por contar ya con él, sino la financiación económica necesaria para proseguir en el desarrollo de su industria.

En consecuencia —acaba señalando la sentencia comentada— «la relación contractual establecida tenía por única y específica finalidad garantizar a «M. Leasing» la devolución de la suma que prestaba a «Emison, S. A.» y el pago de los correspondientes intereses. Y con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil, prohibición que inequívocamente se mantiene vigente ... las partes han optado por acudir al artificio de simular que «Emison, S. A.» vendía un inmueble si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de Ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados».

COMENTARIO

El contenido de estas líneas se centra en algunos aspectos de la sentencia de 10 de febrero de 2005 —RJ 2005/1405— que, a mi entender, resultan sorprendentes. Ciertas aseveraciones que se hacen sobre el arrendamiento financiero y, por extensión sobre el *lease-back*, parecen poco acertadas. El problema de la naturaleza jurídica del *leasing* financiero ha sido objeto de tratamiento en numerosos trabajos doctrinales. La disparidad de posiciones y la dificultad para encontrar lugares comunes ha sido ciertamente difícil. Y poco o nada ha ayudado que doctrina científica y jurisprudencia (1) se hayan manifestado de manera muy crítica y ciertamente errática en el tratamiento del *leasing* financiero.

El *leasing* financiero es una realidad contractual presente, con sus carencias, en nuestro tráfico jurídico y económico. Se celebran innumerables contratos de arrendamiento financiero porque los sujetos que participan en el tráfico se encuentran interesados en acudir a esta modalidad contractual. Y por idénticos motivos, se culminan otros tantos de *lease-back*. Las partes contratantes, entidad de crédito y usuario, creen que es lo más oportuno a sus intereses y cuentan con la cobertura jurídica necesaria. Por ello, no se puede estigmatizar a estas modalidades contractuales al socaire de planteamientos ciertamente rancios y restrictivos que hacen hincapié en las posibilidades que ofrece su uso fraudulento.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL LEASING FINANCIERO Y EL LEASE-BACK

Es notorio que el *leasing* financiero se ha extendido siguiendo una práctica nacida en USA. Se trata de una fórmula de financiación empresarial que fue calando inicialmente en nuestro país debido, entre otros motivos, a sus ventajas fiscales. Lo que resulta menos conocido es que la figura contractual

(1) BUITRAGO RUBIRA, J. R., *El leasing mobiliario y su jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

primigenia fue el *sale & lease-back* inmobiliario. Tras el *lease-back* apareció el *leasing* financiero, y no a la inversa, como es opinión generalizada.

El *lease-back* abriga una operación de *leasing* financiero, en virtud de la cual una empresa o profesional vende un bien de su propiedad —mueble o inmueble— de naturaleza instrumental para el ejercicio de su actividad a una entidad de crédito, la cual pasa a ceder en arrendamiento financiero al vendedor.

A diferencia del *leasing* financiero ordinario en el *lease-back*, la entidad de crédito no adquiere el bien a un tercero para cederlo posteriormente al futuro usuario. Lo compra al propio usuario que recibe el precio pactado por el bien. En el contrato de *leasing* financiero «común», la empresa pasará a utilizar un bien que estima conveniente para su actividad. Un bien que desea tener a su disposición pero que no posee. En el *lease-back*, la empresa propietaria de un bien lo enajena sin desprenderse de la posesión obteniendo como contraprestación liquidez inmediata.

1. *La bilateralidad de ambos contratos*

Cuando se estudia esta materia, los análisis suelen hacer referencia inmediata a esta circunstancia. La bilateralidad del *sale and lease-back*, frente a la trilateralidad del *leasing* financiero. Esto es, a la existencia de tres sujetos actuantes en la modalidad más común del *leasing* financiero. El tercer sujeto al que me refiero es el proveedor o vendedor que suministra el bien objeto del contrato al usuario. Y aunque en sentido estricto no forma parte del contrato de *leasing*, la presencia del proveedor coadyuva a la conclusión del mismo. La entidad de crédito adquiere, en virtud y ejecución del contrato de *leasing* financiero, el bien a esa concreta persona siguiendo las instrucciones del futuro usuario. La entrada en liza de la figura del proveedor, junto a la del usuario y la entidad de *leasing*, ha hecho que sea frecuente la llamada a la trilateralidad, como nota distintiva de este contrato.

Frente a esa pretendida trilateralidad como rasgo distintivo del *leasing* financiero, se encontraría la bilateralidad del *lease-back*. En él no aparece ese tercer sujeto. La relación se mantiene única y exclusivamente entre usuario y entidad de crédito. El usuario, que en el arrendamiento financiero selecciona o elige a esa tercera persona proveedora del bien, prescinde de su presencia al no ser necesaria. Y no se requiere porque el futuro usuario ya es propietario del bien que va a pasar a disfrutar, en calidad de usuario, tras su venta a la entidad de crédito.

Así las cosas resulta incuestionable la bilateralidad del *lease-back*, pero ¿se podría ser tan rotundo a la hora de predicar la trilateralidad como rasgo esencial del *leasing* financiero? A mi entender la respuesta es negativa. La trilateralidad es un elemento usual de la operación de *leasing* financiero, pero no consustancial al contrato que es estrictamente bilateral.

Como ya he tenido ocasión de señalar (2), el contrato no ha de desarrollarse necesariamente de tal forma. De un lado, la propia Disposición Adicional séptima excepciona la necesidad de llevar a cabo la adquisición *ad hoc* del

(2) BUITRAGO RUBIRA, J. R., «*Leasing* financiero: Incumplimiento del usuario en la Ley 1/2000», en *Cuadernos de Derecho y Comercio, Consejo General del Notariado*, núm. 34, 2001, pág. 122.

bien cuando la entidad de *leasing* ya fuera propietaria del mismo, por haber sido objeto de un contrato de *leasing* financiero anterior y el usuario no hubiera ejercido la opción de compra. Realizado un nuevo contrato sobre dicho bien, la relación que se materializaría entre entidad de crédito y usuario sería estrictamente bilateral. Tanto la «operación» de *leasing* como el «contrato» serían bilaterales, sin que ello alterara ni la función, ni la licitud, ni la esencia del contrato. En consecuencia, la concurrencia de uno de los tres sujetos mencionados —tercero proveedor— es coyuntural en sentido estricto. Su presencia no es en absoluto necesaria y, por tanto, ni configura, delimita o restringe la causa del contrato de *leasing* financiero.

Pero, además, la norma no exige observar requisitos impeditivos o restrictivos sobre la identidad del transmitente. No inquiera, en modo alguno, que se trate de un tercero. Sus exigencias se manifiestan de forma muy clara. La entidad de crédito debe adquirir el bien siguiendo las indicaciones del futuro usuario con la finalidad de cedérselo.

En consecuencia cabe concluir que tanto *leasing* financiero y *lease-back* son contratos bilaterales. La nota de la bilateralidad es coincidente en ambas. Entidad de crédito y arrendatario financiero coinciden tanto en un contrato como en el otro.

2. *El elemento real del contrato*

El elemento real del contrato de *lease-back* consiste en la recepción por el usuario de una suma de dinero. El futuro usuario procede a enajenar un bien de su activo empresarial obteniendo a cambio el precio convenido, pero conservando su disponibilidad y, como contraprestación esencial, debe satisfacer las oportunas cuotas comprensivas de capital e intereses. Ya conocemos que la pretensión del usuario mediante esta modalidad contractual no es obtener la posesión de un bien concreto —como es característico del arrendamiento financiero— puesto que dicho bien ya se encuentra en su poder, sino obtener financiación directa. Obtener liquidez mediante la venta de un bien, mueble o inmueble, pero sin perder el uso y disfrute del mismo como consecuencia natural de la enajenación.

La peculiaridad apuntada parece distanciarlo del contrato de *leasing* financiero. En éste y tras la conclusión del contrato, la consecuencia directa es el disfrute de un bien ajeno a su ámbito posesorio, no la obtención o aumento de liquidez. Si aceptamos este rasgo como un elemento intrínseco del *leasing* financiero parece que no cabría predicar la identidad causal de ambos contratos y, en consecuencia su asimilación. Para intentar resolver la cuestión suscitada deberíamos analizar cuál es la función que desarrolla la entidad de crédito en un contrato y en otro. Plantear una cuestión e intentar vislumbrar una respuesta. La pregunta a responder sería: ¿cuál es la prestación realizada por la entidad de crédito en el contrato de *leasing* financiero y cuál en el *lease-back*?

3. *La entrega de dinero como prestación de la entidad de crédito*

Obviando las diferencias aparentes entre arrendamiento financiero y *lease-back* y analizando el auténtico sustrato del *leasing* financiero, desterrando

todo prejuicio acerca de su manida naturaleza jurídica, se puede predicar su identidad sustancial. Ambos contratos responden a una misma finalidad: la financiación del usuario. El análisis de la prestación de la entidad de crédito nos permite observar que la misma es idéntica en uno y otro supuesto.

La entidad crediticia procede a desembolsar, a instancia del usuario, una suma de dinero. Se trata de una operación típica de activo, en tanto en cuanto supone la salida de fondos de la entidad de crédito. Como contraprestación, y en ambos casos, el usuario se obliga al reembolso de la cantidad total, adecuadamente reflejada en el documento que recoge la voluntad de las partes, con la periodicidad pactada y en el lugar convenido. La principal obligación del usuario radica en el abono periódico de las cuotas comprensivas de capital e intereses. La entidad crediticia obtiene el correspondiente lucro empresarial a través del interés remuneratorio satisfecho por el usuario. En suma, tanto en el *lease-back* como en el *leasing* financiero, el arrendatario financiero remunera el uso (3) del dinero aportado por la entidad de crédito.

La diferencia estriba en que mientras en el *lease-back* el montante convenido se entrega directamente al futuro usuario, en el *leasing* financiero se entrega a un tercero a instancia de aquél. Esta nota no desvirtúa ni vicia la referida obligación de la entidad de crédito. Simplemente se trata de obtener la misma finalidad —entrega del pecuniario— bajo cauces distintos.

La financiación, elemento esencial de todo contrato de arrendamiento financiero, es precisamente lo que justifica el trato de favor que la legislación fiscal le otorga. Ello es predicable, en su modalidad de *lease-back*, en el que el vendedor del bien a la sociedad crediticia es la propia empresa que lo va a disfrutar en virtud de un título distinto como usuario o arrendatario financiero.

Así las cosas, no parecen muy acertados los argumentos esgrimidos en la sentencia objeto de comentario. La sentencia afirma que «mientras en el préstamo tiende a la financiación del prestatario, en el *leasing* se financia la futura adquisición de un objeto, y dado que el *lease-back* es una modalidad del arrendamiento financiero, es evidente que lo trascendente en él ha de ser la necesidad del bien concreto sobre el que se constituye, no pudiendo entenderse que tal necesidad exista, si el bien ya pertenece a quien aparentemente se convierte en arrendatario del mismo con opción de compra».

En el *leasing* financiero no se financia «la futura adquisición de un bien». Entre otros motivos porque la adquisición del bien es una de las facultades que tiene el usuario al finalizar el contrato, pero no la única.

La finalidad típica del *lease back* es estrictamente financiera, ya que se sostiene en la enajenación de un activo empresarial, con el consiguiente flujo de tesorería a favor de la entidad enajenante, y su simultánea recompra a través del arrendamiento financiero. Con ello la entidad enajenante no pierde la disponibilidad del activo vendido, adquiere tesorería y, además, se beneficia de la deducibilidad de las cuotas a satisfacer por el arrendamiento financiero. Pasa a tener el derecho de uso del bien, y sólo volverá a recuperar su propiedad si, tras la finalización del período de cesión, hace valer su derecho de opción de compra.

La financiación es un elemento esencial del contrato. Permite que la empresa financiada pueda seguir desarrollando su actividad y obtener unas sumas que, entre otras cosas, le permitirán devolver a la entidad de crédito la

(3) GARCÍA GARNICA, M.^a C., *El régimen jurídico del leasing financiero e inmobiliario en España*, Aranzadi, 2001, pág. 149.

financiación recibida. De modo que, como es evidente, si no hay financiación no existe arrendamiento financiero como tal y tampoco en su modalidad de *sale & lease-back*.

II. *TRADITIO FICTA* EN EL *LEASE-BACK*: UN SUPUESTO DE *CONSTITUTUM POSSESSORIUM*

La sentencia comentada sostiene que con la finalidad de eludir y vulnerar la prohibición que del pacto comisorio se contiene en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil, «...las partes han optado por acudir al artificio de simular que “Emison, S. A.” vendía un inmueble, si bien conservaba la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin que se produjera una verdadera transmisión del dominio, incurriendo en un incuestionable fraude de Ley que determina la nulidad radical de la supuesta transmisión patrimonial y, por ende, de todo el negocio jurídico complejo concluido por los interesados».

Al hilo de tal afirmación parece conveniente realizar un breve apunte sobre la transmisión de la propiedad en el *lease-back*.

Como es sabido, se designa con el nombre de *constitutum possessorium* aquella especie de *traditio ficta* en la que el transmitente continúa poseyendo la cosa como arrendatario, depositario, etc. Es decir, el poseedor inmediato —transmitente— persiste en su relación con el bien, pero pasando a reconocer la posesión mediata de otro —el adquirente—. El Código Civil no la prevé expresamente, pero se puede considerar que cabe en la tradición instrumental del artículo 1.462, segundo párrafo, o en el 1.463.

La venta con reserva de usufructo en favor del vendedor es una hipótesis típica de *constitutum possessorium*. Es la situación inversa a la *traditio brevi manu*, ya que en ésta la tradición se produce por el solo acuerdo o conformidad si el adquirente tenía la cosa por algún otro motivo —*ad ex*, ser arrendatario de ella—. La *traditio brevi manu* se contempla en el artículo 1.463 del Código Civil, y aunque allí se refiere a los bienes muebles, la mejor doctrina entiende que ningún obstáculo hay para extender su aplicación a los bienes inmuebles (4). Este precepto señala que, para la entrega de bienes muebles, se entenderá hecha si el comprador ya la tenía la cosa en su poder por algún otro motivo. En el *constituto posesorio*, el transmitente continúa en la posesión de la cosa pero en concepto distinto; se opera un cambio en la *causa possessionis* y el vendedor pasa de poseer *pro suo* a poseer *pro alieno*.

Cuando por circunstancias de carácter negocial —contrato de *lease-back*—, el actual poseedor —vendedor— traslada la titularidad sobre el bien y, no obstante, retiene en virtud de otro título —arrendamiento financiero—, la posesión de la misma, *constitutum possessorium*, es posible entender que, si, en principio, el titular que luego vende es un poseedor en nombre propio, posteriormente, al enajenar su dominio y mantener la posesión material a través del arrendamiento financiero se convierte en poseedor en nombre ajeno.

En palabras de HERNÁNDEZ GIL (5) el constituto posesorio sería «una hipótesis similar a la del pacto de reserva de dominio por cuanto se contrae al

(4) Se admite en el caso que resolvía la STS 12-4-1957 —RJ 1957/2499—; también en la de 17-12-1984 —RJ 1984/6286—, que trataba de venta de inmueble con reserva de usufructo.

(5) HERNÁNDEZ GIL, A., *La posesión*, Civitas, 1980, pág. 313.

alcance de los efectos de la transmisión, pero de función inversa, porque mientras el pacto de reserva de dominio mantiene hasta un tiempo determinado la propiedad en el vendedor, en cambio en el constituto posesorio la transmisión de la propiedad se produce, si bien el enajenante conserva o adquiere algunas atribuciones sobre la cosa inferiores a las que transmite».

El constituto posesorio requiere una voluntad de las partes dirigida a dar nacimiento a una relación jurídica concreta. No son posibles el constituto posesorio *ex lege* ni el abstracto. Tácito puede serlo en la medida en que quepa inferirlo de un comportamiento que implique una manifestación de voluntad en tal sentido.

No parece admisible un constituto abstracto o presunto. El hecho de que el enajenante de una cosa la conserve en su poder no significa que haya un constituto posesorio. Si, conforme al artículo 1462.2.º, el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa, ello no quiere decir que, cuando no se ha entregado, el enajenante tenga derecho a poseerla en virtud del constituto posesorio. Que la escritura pública equivalga a la entrega, no exime al vendedor del cumplimiento de la obligación de entrega.

Al igual que el arrendamiento financiero, el *lease-back* necesita un marco legal claro y preciso, pues poco ayuda a la seguridad del tráfico que su regulación vaya surgiendo de forma fragmentada y asistemática. Por lo que respecta a la doctrina emanada del Tribunal Supremo, cabe predicar lo mismo, pero, si cabe, ir un paso más allá. No ver negocios fiduciarios, una venta en garantía o negocios simulados donde sólo exista un contrato bancario de financiación; el contrato de *leasing* financiero en su modalidad de *lease-back*. El fraude y la elusión de normas se produce en el devenir jurídico pero afortunadamente suele ser la excepción y no la regla.

JOSÉ RAMÓN BUITRAGO RUBIRA

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Reforma del Reglamento del Senado sobre la ampliación del uso de las lenguas cooficiales en el Senado.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley 13/2005. 1-7-2005. Modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

— Ley 14/2005. 1-7-2005. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

— Ley 15/2005. 8-7-2005. Modifica el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio.

— Ley 16/2005. 18-7-2005. Modifica la Ley 1/1996, de 10-1-1996, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la UE.

— Ley 17/2005. 19-7-2005. Regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

— Real Decreto-ley 11/2005. 22-7-2005. Aprueba medidas urgentes en materia de incendios forestales.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— R. Circular 29-7-2005. Matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Orden 2339/2005. 13-7-2005. Aprueba el modelo 299, de declaración anual de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en otros Estados miembros de la UE y en otros países y territorios con los que se haya establecido un intercambio de información, los diseños físicos y lógicos para la presentación por soporte directamente legible por ordenador, se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación telemática a través de Internet y por teleproceso y se modifican la Orden de 21-12-2000, por la que se establece el procedimiento para la presentación por teleproceso de las declaraciones correspondientes a los modelos 187, 188, 190, 193, 194, 196, 198, 296, 345 y 347 y otras normas relativas a la expedición de certificados de residencia fiscal.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 19-7-2005. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE LA VIVIENDA

— Real Decreto 801/2005. 1-7-2005. Aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES

— Real Decreto 753/2005. 24-6-2005. Establece un nuevo plazo de opción para la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

— Resolución de 4-7-2005. Modifica la Resolución de 16-7-2004, sobre determinación de funciones en materia de aplazamientos de pago de deudas, reintegros de prestaciones indebidamente percibidas, compensación, desistimiento, convenios o acuerdos en procedimientos concursales y anuncios de subastas en boletines oficiales.

— 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 CONSTITUCIONAL

— STC 147/2005. 6-6-2005. Recurso de amparo 6.366-2002. Promovido por la compañía Aries Pultrusión, S. L., respecto a los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria que inadmitieron su demanda contra el Gobierno de Cantabria sobre multa en materia de prevención de riesgos laborales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): Inadmisión de recurso contencioso-administrativo por extemporáneo, al no computar su presentación ante un Juzgado que se declaró incompetente con reenvío de las actuaciones (STC 78/1991).

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Decreto 166/2005. 12-7-2005. Crea el Registro de Coordinadores y Coordinadoras en materia de seguridad y salud, con formación preventiva especializada en las obras de construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 173/2005. 19-7-2005. Determina el Calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2006.

— Decreto 180/2005. 26-7-2005. Modifica el Decreto 149/2003, de 10-6-2003, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo 2003-2007, y se regulan las actuaciones contempladas en el mismo.

ARAGÓN

— Decreto 127/2005. 21-6-2005. En materia de patrimonio constituido por las viviendas de promoción pública y suelo gestionado por el Departamento de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

ASTURIAS

- Ley 3/2005. 8-7-2005. Servicio Público de Empleo.
- Decreto 81/2005. 28-7-2005. Quinta modificación del Decreto 24/1991, de 7-2-1991, por el que se aprueba el Reglamento de Caza.
- Decreto 82/2005. 28-7-2005. Crea y regula el Registro de Fundaciones Laborales del Principado de Asturias.

BALEARES

- Ley 7/2005. 21-6-2005. Reforma de la Ley 1/2003, de 20-3-2003, de cooperativas de las Illes Balears.
- Ley 9/2005. 21-6-2005. Cooperación para el desarrollo.
- Ley 10/2005. 21-6-2005. Puertos de las Islas Baleares.
- Decreto 90/2005. 29-7-2005. Aprueba el Plan joven de vivienda y las ayudas a la promoción y acceso a la vivienda de las Illes Balears 2005-2008.

CANARIAS

- Ley 3/2005. 23-6-2005. Modificación de la Ley 15/2003, de 8-4-2003, de la Mediación Familiar.
- Decreto 182/2005. 26-7-2005. Declaran fiestas propias de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2006, y se abre plazo para fijar las fiestas locales.

CANTABRIA

- Ley 3/2005. 6-7-2005. Modifica la Ley 1/1985, de 25-3-1985, de Comunidades Montañesas o Cántabras asentadas fuera de Cantabria.

CASTILLA-LA MANCHA

- Ley 6/2005. 7-7-2005. Declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud.
- Ley 7/2005. 7-7-2005. Modificación del Decreto Legislativo 1/2004, de 28-12-2004, por el que se aprueba el TR de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.

CASTILLA-LEÓN

— Decreto Legislativo 1/2005. 21-7-2005. Aprueba el TR de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León.

— Decreto 58/2005. 21-7-2005. Establece el calendario de fiestas laborales en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León para el año 2006.

CATALUÑA

— Ley 9/2005. 7-7-2005. Jurado de Expropiación de Cataluña.

— Decreto Legislativo 1/2005. 26-7-2005. Modifica parcialmente el Decreto 70/1994, de 22-3-1994, de regulación de las federaciones deportivas catalanas.

EXTREMADURA

— Decreto Legislativo 1/2005. 21-6-2005. Aprueba el Texto Articulado de las Bases establecidas por el artículo 5 de la Ley 10/2004, de 29-12-2004, de Regulación y Bases de la Agencia Extremeña de la Vivienda, el Urbanismo y el Territorio.

— Orden de 28-7-2005. Prevé la revisión de los coeficientes establecidos en la Orden de 24-6-2004.

LA RIOJA

— Ley 8/2005. 30-6-2005. Reguladora del Transporte Urbano por Carretera de La Rioja.

MURCIA

— Ley 6/2005. 1-7-2005. Modificación de la Ley 3/1996, de 16-5-1996, de Puertos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Orden 21-6-2005. Modifica las Órdenes de la Consejería de Economía y Hacienda de 16-12-1998 y de 9-5-2003, en relación con la presentación y pago telemático de declaraciones tributarias.

NAVARRA

— Ley Foral 8/2005. 1-7-2005. Protección civil y atención de emergencias de Navarra.

— Decreto Foral 97/2005. 4-7-2005. Fija el tipo de interés efectivo anual aplicable a los préstamos cualificados acogidos a los Acuerdos de Colaboración suscritos con entidades financieras en 1997 para actuaciones protegibles de vivienda.

PAÍS VASCO

— Decreto 134/2005. 5-7-2005. Aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2006.

— Norma Foral 2/2005. 8-3-2005. General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

— Norma Foral 4/2005. 5-7-2005. Convalidación del Decreto Foral 32/2005, por el que se modifican determinados preceptos de la Norma Foral 7/1996 del IS.

VALENCIA

— Orden 19-7-2005. Establece las bases reguladoras de las actuaciones protegidas para fomentar el arrendamiento y la rehabilitación de viviendas previstas en el Título III del Decreto 73/2005, de 8-4-2005, del Consell de la Generalitat Valenciana y se convocan dichas ayudas para el ejercicio 2005.

II. Información de actividades

Andalucía

Los días 16, 17 y 18 de marzo de 2005 se celebró en Sevilla, en el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles, el II CURSO DE ESPECIALISTA EN GESTIÓN PRÁCTICA DEL URBANISMO, organizado por la Asociación Andaluza de Derecho Urbanístico en colaboración con la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla, el Decanato Territorial del Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Occidental, el Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Sevilla y la Asociación Andaluza de Derecho Urbanístico.

Dirige: Don JOSÉ ANTONIO SOLÍS BURGOS, Catedrático, Presidente del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Sevilla.

Coordinan: Don GONZALO CALDERÓN GARRIDO, Abogado urbanista, y don JOSÉ MANUEL BORRAS, Profesor de Economía Urbana de la Facultad de Económicas de Sevilla, especialista en Estudios Económicos del Planeamiento; miembros de la Junta Directiva de la Asociación Andaluza de Derecho Urbanístico.

Programa:

- «Líneas maestras de una nueva política sobre el suelo», por doña DOLORES AGUADO FERNÁNDEZ, Subdirectora General Política del Suelo, Ministerio de la Vivienda, Madrid.
- «Criterios de aplicación al planeamiento general», por don ESTEBAN CASTELLVÍ MARTÍNEZ, Jefe del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Delegación de Sevilla de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.
- «El planeamiento de desarrollo. Estándares y aprovechamientos», por don DOMINGO SÁNCHEZ FUENTES, Profesor del Departamento de Urbanismo y Ordenación del Territorio de la Escuela de Arquitectura de Sevilla.
- «Régimen del suelo, en especial el aprovechamiento del suelo no urbanizable», por don VENANCIO GUTIÉRREZ COLOMINA, Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla.
- «Administración, Urbanismo y Registro de la Propiedad», por don SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad de Sevilla.
- «Planes Especiales y Actuaciones de Interés Público en Suelo no Urbanizable», por don SERGIO SÁNCHEZ TRIGO, Profesor de la Escuela de Arquitectura de Sevilla, Arquitecto Municipal del Excmo. Ayuntamiento de Bollullos.
- «Supuesto práctico de la intervención administrativa ante la instalación de una gran superficie», por doña NATALIA BENAVIDES DE ARCOS, Jefa Adjunta del Servicio de Coordinación y Secretaría Auxiliar del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.
- «Modelos de gestión del urbanismo», por doña PILAR ALONSO ÁLVAREZ, Secretaria Técnica y de Estudios de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Málaga.
- «Los Patrimonios Municipales del Suelo: destino y eficacia», por don FEDERICO ROMERO HERNÁNDEZ, Secretario General del Ayuntamiento de Málaga.
- «Supuesto práctico de ejecución del Plan por el sistema de compensación», por doña MARISA ARCOS FERNÁNDEZ, Jefa del Servicio de Ges-

tión de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.

- «Los sistemas de ejecución públicos. Los concursos públicos para la determinación del beneficiario de la expropiación y adjudicatario de la obra de urbanización», por don JOSÉ ZAMORANO WISSNES, Gerente de Urbanismo, Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva.
- «Exigencias prácticas de la tramitación municipal de las licencias de obras», por doña EMILIA BARRIAL CHAMIZO, Jefa Adjunta del Servicio de Licencias, Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.
- «Aspectos prácticos y de actualidad de los convenios urbanísticos», por don PEDRO BOCOS REDONDO, Secretario de Administración Local, INAP, Ministerio de Administraciones Públicas, y don IGNACIO SOLÍS DE ALBENDEA, Abogado Urbanista, Vicepresidente de la Asociación Andaluza de Derecho Urbanístico.
- «Garantías del procedimiento disciplinario», por don JOSÉ TOMÁS VALVERDE ABRIL, Jefe de Servicio de Disciplina Urbanística de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Córdoba.
- «El control de las edificaciones», por don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad de Sevilla.

Mesa redonda: «Problemática municipal en la construcción de la ciudad».

Modera: Don JOSÉ ORTIZ DÍAZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Hispalense, Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Andaluza de Derecho Urbanístico.

Participan: Don MANUEL MARCHENA GÓMEZ, Gerente de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla; don MANUEL DOMÍNGUEZ JIMÉNEZ, Teniente de Alcalde Delegado de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento del Viso del Alcor (Sevilla), y don JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad de Sevilla.

Aragón

El día 6 de septiembre de 2005, en Zaragoza, se celebró el Seminario PARADIGMAS PARA LA CALIDAD DEL APRENDIZAJE EN LA UNIVERSIDAD: UN ENFOQUE TECNOLÓGICO BASADO EN LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO, E-LEARNING Y TRABAJO CORPORATIVO, organizado por la Universidad de Zaragoza y la Universidad Politécnica de Madrid.

El día 8 de septiembre, la Fundación Ecología y Desarrollo otorgó el PREMIO DESARROLLO SOSTENIBLE 2005, a CRISTINA NARBONA, Ministra de Medio Ambiente, y a la Cooperativa de Ciclomensajeros «La Veloz».

Los días 12 al 15 de septiembre, dentro del programa de la XXI Universidad de Verano de Teruel, tuvo lugar el IV CURSO DE INGENIERÍA CIVIL, TERRITORIO Y SOCIEDAD: INFRAESTRUCTURAS Y MEDIO AMBIENTE. Abordó los temas: «Política de desarrollo sostenible», «Efectos medioambientales de las infraestructuras» y «Gestión medioambiental».

Los días 13 al 16 de septiembre en Andorra (Teruel) tuvo lugar el curso ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN ÁREAS MINERAS, dentro de los cursos de la Universidad de Verano de Teruel.

El día 22 de septiembre, la Directora del Centro de Estudios Registrales, doña ISABEL DE SALAS, dentro de los Cursos organizados por el Ayuntamiento de Zaragoza para el funcionariado, impartió el Curso GESTIÓN PATRIMONIAL DE BIENES DE NATURALEZA RÚSTICA DE LOS AYUNTAMIENTOS. ESPECIAL PROBLEMÁTICA DE LAS CUEVAS.

Los días 29 de septiembre y 6 de octubre, organizadas por el Colegio de Abogados de Huesca, con la colaboración de la CAI, se celebraron las Jornadas Profesionales sobre EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL Y LA VIUDEDAD EN ARAGÓN.

El día 30 de septiembre, en la Facultad de Derecho de Zaragoza, el Excmo. Señor Doctor don FERNANDO DE SALAS LÓPEZ, Rector de la Sociedad de Estudios Internacionales (SEI), impartió la Conferencia: LA FUTURA CONSTITUCIÓN EUROPEA.

El día 6 de octubre, organizada por la Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País e Ibercaja, tuvo lugar la Conferencia: DON JOSÉ LARRAZ, JURISTA ARAGONÉS, MINISTRO DE HACIENDA Y PRECURSOR DE LOS EE.UU. DE EUROPA, a cargo de don JESÚS LÓPEZ MEDEL, Académico de Número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

El día 20 de octubre tuvo lugar la inauguración del Congreso: LOS ARCHIVOS MUNICIPALES EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA.

Los días 27 y 28 de octubre, organizadas por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón, tuvieron lugar las Jornadas: LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

Madrid

El día 14 de octubre de 2005 se celebró la jornada: REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, organizada por Registradores de España en colaboración con la Confederación Española de Representantes de Minusválidos (CERMI) y la Fundación ONCE.

Apertura: Excmo. Señor don FRANCISCO JOSÉ HERNANDO SANTIAGO, Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder

Judicial; Ilmo. Señor don FERNANDO P. MÉNDEZ, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

Ponencias:

TEMA I: EL SISTEMA DE REGISTROS PÚBLICOS Y LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

- «Herramientas registrales de protección a las personas con discapacidad: El Registro de Patrimonios Protegidos y el Libro Especial de Incapacitados», por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y JAVIER LÓPEZ GALIACHO-PERONA, Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos I.
- «Protección patrimonial de las personas con discapacidad y Registro: Seguridad, publicidad y transparencia», por TORCUATO RECOVER BALBOA, Abogado, Miembro del Comité Ejecutivo de CERMI.

TEMA II: ACCESIBILIDAD Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

- «Las posibilidades de la legislación registral para el objetivo de la accesibilidad universal: propuestas normativas», por JOSÉ LUIS BARCELÓ BLANCO-STEGER, Director del Servicio Jurídico de la Fundación ONCE-Fundosa Grupo.
- «Limitaciones del derecho de propiedad resultantes de la exigencia de accesibilidad universal: Consecuencias registrales de su determinación», por JUAN FRANCISCO RUIZ-RICO MÁRQUEZ, Registrador de la Propiedad.

Clausura: Ilmo. Señor don JAVIER LAORDEN FERRERO, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Presidente del Órgano Rector del Foro de Justicia y Discapacidad.

Moderan: RAFAEL ARNÁIZ RAMOS, Registrador de la Propiedad, y MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA, Director de Relaciones Sociales e Internacionales de la Fundación Once.

Murcia

En noviembre de 2005 comenzó el I CURSO DE ESPECIALISTA UNIVERSITARIO EN LOS CONTRATOS Y SU FISCALIDAD, organizado por el Instituto de Estudios Fiscales y Financieros de la Universidad de Murcia

en colaboración con el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.

Dirección y coordinación:

Área civil-mercantil-registral: Don JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad, Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Área fiscal: Don CARLOS COLOMER FERRÁNDIZ, Inspector de Hacienda del Estado.

Programa:

Módulo 1.º: *La fiscalidad y los contratos:*

1. «El sistema fiscal español y los contratos. Características de su tributación».
2. «Tributación de la compraventa en general».
3. «Tributación de la compraventa de inmuebles y vehículos».
4. «Tributación de la transmisión de valores, transmisión de créditos y derechos y transmisión del patrimonio empresarial».
5. «Tributación de la permuta, adjudicaciones de bienes, excesos de adjudicación, procedimientos inmatriculatorios que suplen la ausencia de título y reconocimiento de dominio».
6. «Tributación de los derechos reales de garantía».
7. «Tributación de los derechos reales de uso y disfrute».
8. «Tributación de los derechos reales de adquisición».
9. «Tributación del arrendamiento, subarriendo, aparcería, traspaso de local de negocio y arrendamiento financiero».
10. «Tributación de la fianza, préstamos, obligaciones, cuenta de crédito, depósito retribuido, reconocimiento de deuda y pensiones».
11. «Tributación de la constitución de sociedad y ampliación de capital».
13. «Tributación de la disminución de capital, fusión, escisión, disolución y aportaciones de reposición de pérdidas en la sociedad».
14. «Tributación de los entes asimilados a la sociedad».
15. «Tributación de las operaciones inmobiliarias sin desplazamiento patrimonial».
16. «Tributación de la documentación notarial, mercantil y administrativa».

Módulo 2.º: *Los contratos: aspectos civiles, mercantiles y registrales:*

1. «Características generales de los contratos».

2. «Transmisiones de bienes y derechos (I). La compraventa en general».
3. «Transmisiones de bienes y derechos (II). Compraventa de inmuebles. Compraventa de bienes muebles».
4. «Transmisiones de bienes y derechos (III). Transmisiones de valores. Transmisión de créditos y derechos. Transmisión del patrimonio empresarial».
5. «Transmisiones de bienes y derechos (IV). Permuta. Adjudicaciones de bienes. Excesos de adjudicación. Procedimientos inmatriculatorios que suplen la ausencia de título. Reconocimiento de dominio».
6. «Derechos reales (I). Derechos reales de garantía: hipoteca, prenda, anticresis. Condiciones resolutorias explícitas».
7. «Derechos reales (II). Derechos reales de uso y disfrute: usufructo, nuda propiedad, uso y habitación, censos, derecho de superficie, derechos de vuelo, foros, subforos, servidumbres y figuras afines».
8. «Derechos reales (III). Derechos reales de adquisición: Derechos de tanteo y retracto convencional y legal. Opción de contrato. Promesa de contrato».
9. «Derechos personales (I). Contrato de arrendamiento. Subarriendo. Aparcería. Traspaso de local de negocio. Arrendamiento financiero».
10. «Derechos personales (II). Fianza. Préstamos. Obligaciones. Cuenta de crédito. Depósito retribuido. Reconocimiento de deuda. Pensiones».
11. «Contrato de sociedad (I). Constitución de sociedad. Ampliación de capital».
12. «Contrato de sociedad (II). Disminución de capital. Fusión. Escisión. Disolución. Aportaciones de reposición de pérdidas».
13. «Contrato de sociedad (III). Entes asimilados a la sociedad: Comunidades de bienes. Cuentas en participación. Copropiedad de buques. Personas no societarias con fines lucrativos».
14. «Operaciones inmobiliarias sin desplazamiento patrimonial: Declaración de obra nueva. División de propiedad horizontal. Agrupación, agregación, segregación y división de fincas».
15. «Documentación notarial, mercantil y administrativa».

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

GARCÍA CANTERO, G., «¿Qué familia para el siglo XXI?», en el número 9 de la *Revista de Derecho Comparado, Derecho de Familia, I*. Dir. por JULIO CÉSAR RIVERA, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, págs. 7-76.

El Derecho de familia, en palabras de GARCÍA CANTERO, es una materia que, por diversas razones, sigue estando en el candelero de las discusiones jurídicas en España, en Europa y en el mundo, a pesar y después de las grandes reformas familiares recaídas en los países europeos más importantes después de la Segunda Guerra Mundial, y luego, prácticamente generalizado a los demás.

Esta afirmación no es un tópico sino la comprobación personal del autor al preparar la ponencia general sobre el tema: «¿Qué familia para el siglo XXI?», y recoge el sentir de juristas, políticos y sociólogos de un gran número de países. ¿A dónde va la familia?, ¿qué tipo de relaciones pueden y deben establecerse entre padres e hijos?, ¿hasta dónde llegan los deberes de los padres, de la sociedad y del Estado, con relación a los hijos y para el mejor funcionamiento de la familia?

La presente recensión tiene por objeto la ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho de Comparado celebrado en Brisbane, Australia, en el año 2002 por el profesor GARCÍA CANTERO, que actuó como ponente general (1). Esta edición constituye la versión española del *Rapport générale* presentado por su autor, con el título *Quelle famille pour le XXI siècle?*

El autor, después de leer las ponencias nacionales recibidas en base a cuestionarios con distintas preguntas que habían sido enviadas previamente, observa que el tema propuesto interesaba, casi vitalmente, con mayor intensidad y amplitud que cualquier otro tema.

Parte el autor de la consideración de que el futuro del Derecho de familia en los respectivos países dependerá de la adopción en cada uno de ellos de un sistema u otro de los modelos de matrimonio y familia expuestos en el Congreso. Casi todas las ponencias recibidas eran provenientes de países pertenecientes al sistema del *Civil Law*. La representación de los países del *Common*

(1) Y han servido de base a trabajos sucesivos como: *¿Unidad o pluralidad de modelos matrimoniales?*, conferencia pronunciada por el autor el 10 de enero de 2003 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza con motivo de la Festividad de su patrono San Raimundo de Peñafort, y la ponencia titulada: «El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática en Aragón y soluciones jurídicas», en *Actas de los Decimoterceros encuentros del Foro Aragonés*, pág. 239 (cuarta sesión de los Decimoterceros encuentros del «Foro de Derecho Aragonés», celebrados entre el 4 y el 25 de noviembre de 2003 en Zaragoza y Teruel. Actas publicadas por la editorial El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, págs. 239-250).

Law fue reducida aunque significativa: Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda, y nula la participación de los países islámicos.

La misión del ponente general consiste en describir las grandes líneas de las ponencias nacionales y los puntos de convergencia y divergencia que pueden darse entre las distintas legislaciones, ya que no cabe realizar un inventario puntual y exacto de la totalidad. Sumo conocedor de estas cuestiones a través de sus investigaciones, a la par que conocedor de la realidad, emplea los datos sociológicos recogidos, entre otras, por *The International Survey of Family Law*, que anualmente edita la *International Society of Family Law*, bajo la supervisión del Profesor BAINHAM, asociación que trata de hacer frente al fenómeno de la *globalización* en el ámbito del Derecho de familia, y que pretende ofrecer una crónica general sobre el estado del Derecho de familia en la mayor parte de los países del mundo (2).

El trabajo del ponente general está estructurado en varios apartados siguiendo el cuestionario. Fueron quince las ponencias presentadas, lo que representó una disminución en relación con otros Congresos de Derecho Comparado como, por ejemplo, el IX, celebrado en Teherán en 1974, que contó con 20 *rappports* sobre el tema: *Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio*. Sin embargo, en el de Australia, como ya se ha dicho, han estado representados todos los continentes, lo que no pasó en el de Teherán.

Los temas debatidos en esta Ponencia general se encuentran entre los que ofrecieron mayor dificultad en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de Brisbane, ya sea por la amplitud de la materia examinada o por los puntos de vista adoptados que defienden los ponentes nacionales diferentes cuando no contradictorios o incompatibles entre sí.

Siguiendo el orden alfabético de los países, los autores y títulos de las ponencias presentadas fueron:

Alemania, Profesor Doctor MICHEL COESTER, *Nacional Report: Germany*; Australia, Doctor KLAUS Z. ZIEGERT, *Australian Families and their Law*; Austria, Doctora BEA VERSCHRAEGEN; Escocia, Doctora LILIAN EDWARDS; España, Doctor CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDIZ, *Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Una aproximación de Derecho español*; Estados Unidos, Doctor HARRY D. KRAUSE, *Marriage mutates into modern modes: mising on formal, semi-formal and informal relationship of heterosexual and same-sex partners*, y Doctor DAVID MEYER, *The bonds and bounds of childrearing*; Grecia, Doctora PENÉLOPE AGALLOPOULOU, *Les différents types de familles contemporaines selon le Droit Hellenique*; Holanda, Doctor MASHA ANTOKOLSKAIA, *The recent developpement in Ducht filiation, adoptions and joint custody law* y del mismo y Doctora KATHARINA BOELE-WOELKI, *Ducht family law in the 21^e century: trend-setting and stragglng behind at the same time*; Italia, Doctora GABRIELLA AUTORINO STANZIONE, *Autonomia privata e rapporti familiari tra situazioni giuridiche e situazione di fatto*; Japón, Doctor SATOSHI MINAMIKATA; Nueva Zelanda, Doctora VIRGINIA GRAINER; Quebec, Doctor BENOIT MOORE, *Rapport québécois*; Sudáfrica, Doctor CHUMA HIMONGA y Doctor ANGELO PANTAZIS; Suiza, Doctores ANDREY LEUBA, PHILIPPE MEYER y SUZETTE SANDOZ; Venezuela, Doctora HAYDÉE BARRIOS, *¿Cuál familia para el siglo XXI?* Como se ve, algunas de ellas sin un título específico.

(2) En este sentido pueden consultarse los últimos volúmenes de la obra reseñada o las recensiones a los recientes números realizadas por el autor en la *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 34, págs. 580-598 y núm. 36, págs. 596-606.

Lamentablemente están ausentes los países escandinavos, pioneros en legalizar las uniones de hecho homo y heterosexuales, y Francia, que por Ley de 1999 aprobó el PACS, una relación de hecho que se añade al institucional matrimonio civil republicano y laico del *Code*, y al *concubinage* regulado por la jurisprudencia, y a partir de esta ley incluido en el Código Civil. No estuvieron tampoco los antiguos países del Este, actualmente en fase de elaboración de nuevas leyes sobre el Derecho de Familia, ni aquéllos cuya legislación está inspirada en el Corán.

El material posee un gran valor desde el punto de vista comparativo. Se parte de la constatación de que en casi todos los países se observa la necesidad de una regulación legal sobre cada una de las cuestiones, o en su caso una revisión legislativa que responda a las exigencias de la nueva realidad social.

Los temas que más han interesado son los relacionados con el modelo matrimonial existente en la actualidad y la necesidad de su revisión, la biología reproductiva, teniendo en cuenta las nuevas técnicas de reproducción asistida y su repercusión en el derecho de filiación, el nuevo régimen de la adopción y, por último, el papel que desempeña el grupo de personas llamado «tercera edad» en el Derecho de familia y sus específicos problemas jurídicos.

Dentro del amplio tema planteado: *¿Qué familia para el siglo XXI?* cabe tener en cuenta cuál sea la actitud respecto a la cohabitación fuera del matrimonio, fenómeno que no pertenece exclusivamente a nuestra época y al que se le ha intentado dar respuestas jurídicas. Tanto el legislador como los Tribunales han variado sus consideraciones sobre este fenómeno a lo largo de la Historia, y así desde la represión penal que sufrían estas personas se ha pasado a otra actitud totalmente contraria en los tiempos presentes, pues hay países en los que la tasa de uniones libres crece constantemente, dando origen a demandas que exigen para estas uniones un tratamiento legal equivalente al de los casados, o al menos cierto reconocimiento oficial de las mismas con efectos jurídicos. Muchos son los autores en nuestra doctrina que se han referido a esta situación y a las cuestiones dimanantes de ella. El caso es que el fenómeno se ha intensificado a finales del siglo xx y no se han hecho esperar las respuestas de los diferentes ordenamientos, tal y como refieren las distintas ponencias aquí recogidas. Si en un pasado no muy lejano el punto de partida común lo era la consideración del matrimonio como institución preferente ante la ley, casi sin excepciones, hoy no se puede afirmar rotundamente lo mismo, ya que se observa la proliferación de leyes relativas a las uniones de hecho que cuestionan dicha preponderancia al pretender equipararlas a aquél. A falta de un régimen legal, la doctrina y la jurisprudencia se esfuerzan por encontrar fundamento jurídico a esas uniones intentando conjugar los principios constitucionales y la esencia misma de esa unión. El problema que se plantea automáticamente (puesto que el matrimonio es el modelo que se ha adoptado para regular la unión de hecho), es decidir qué requisitos van a exigirse a las uniones de hecho para producir efectos, cuáles serán las reglas a las que deberán someterse los cohabitantes, y trazar límites de la autonomía de la voluntad de éstos a la hora de establecer su régimen, ¿habrá diferencias entre matrimonio y unión de hecho en cuanto a sus efectos?, y si la respuesta es afirmativa, ¿cuál ostentará la preferencia legal?, ¿se conservarán los distintos términos o surgirá uno nuevo tendente a acaparar ambas acepciones? Las ponencias aquí referidas no siempre aportan soluciones a estas cuestiones.

A pesar de que en los Códigos Civiles no se define el matrimonio (salvo el AllBGB o Código Civil austríaco & 44) los diferentes ordenamientos parten de una misma concepción (la canónica con aditamentos procedentes de los principios de la Revolución Francesa) entre cuyos rasgos esenciales está el ser una unión para toda la vida formada por la libre decisión de los cónyuges, basada en la monogamia, en la distinción de sexos y en la solemnidad del acto que requiere la inscripción en el Registro Civil. A estos requisitos añaden todas las ponencias reseñadas en el principio constitucional de absoluta igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges. A decir del ponente general, caso singular lo constituye el Derecho venezolano, ya que la Constitución de 1999 reconoce iguales efectos al matrimonio y a las uniones de hecho entre hombre y mujer, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la ley, y si bien no se halla ninguna definición de los mismos puede decirse que el artículo 44 del Código Civil venezolano observa entre las notas esenciales del matrimonio la monogamia y la heterosexualidad, no variando por tanto la concepción del mismo referida, si bien se señala en cuanto a las relaciones entre el matrimonio y las uniones de hecho, que podrían desembocar en la absorción de uno por el otro, aunque, en palabras del ponente venezolano, matrimonio y unión libre responden a distinta realidad social, económica y religiosa, por lo que ambas modalidades de unión sexual legalizada pueden subsistir, si bien el matrimonio sería preferido por quienes disfrutaran de cierta posición económica.

Respecto al movimiento que pretende el reconocimiento de las uniones de hecho, cabe decir que se ha generalizado, si bien con distinta intensidad en cada país, por lo que los resultados a los que se llega son diferentes. Los problemas jurídicos planteados por las uniones de hecho son tratados de diferente manera si estamos ante países pertenecientes a la *Common Law* o *al Civil Law*. En los primeros, el juez, a pesar de la ausencia de norma legal, encontrará la regla aplicable. En cambio en los del *Civil Law* deberá atenerse a la jerarquía de las normas que establezca su ordenamiento jurídico.

El primer paso hacia ese reconocimiento ya se produjo con la aceptación del principio de no discriminación de los hijos por razón de su origen, que constituyó verdaderamente una revolución en el Derecho de Familia y coincidió con el final de la Segunda Guerra Mundial. Al aceptarse ese principio no puede ocultarse que la preferencia general concedida por la ley al matrimonio como institución-base de la sociedad resultaba de algún modo amenazada (3). Ha aumentado el número de nacimientos extramatrimoniales seguramente procedentes de uniones de hecho. Las distintas ponencias nacionales ofrecen abundantes datos sociológicos a este respecto, que resultan esclarecedores. Por su parte, la postura que mantienen al respecto la legislación y la jurisprudencia en los distintos ordenamientos es similar en lo esencial: respeto a las uniones libres de hecho (4) pero diferencia con el matrimonio, que goza de

(3) En este sentido, véase GARCÍA CANTERO, *Situation juridique des enfants nés hors mariage*, Ponencia General al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, Teherán, 1974, en VV.AA., *Rapports generaux*, Bruxelles, 1977, págs. 327 y sigs.

(4) En el Derecho griego ni está autorizada ni prohibida, aunque a veces se considera que infringe las buenas costumbres. Es penalizada en materia de divorcio en orden a la concesión de pensión alimenticia, pues ésta cesa si el beneficiario vuelve a contraer matrimonio o si vive de modo permanente con otra persona en unión libre (como ocurre en España).

protección preferente. Los países escandinavos han sido los pioneros en la promulgación de leyes que han ido reconociendo, bajo diferentes denominaciones, a las uniones fuera del matrimonio. Después de ellos, Holanda. A continuación Francia con el PACS (*pacto civil de solidaridad*, especie de unión de hecho sometida a ciertos requisitos de celebración) abierto a toda clase de parejas, y quedando en vigor el *concubinage* y la unión de hecho sin formalidades.

Mención aparte merecen las uniones de hecho de carácter homosexual. La cohabitación duradera entre dos personas del mismo sexo se hallaba en discusión en el momento de la redacción de esta ponencia general que intentaba resumir el estado de la cuestión. En Suiza se ha sometido a consulta un anteproyecto de ley sobre el partenariado (*partenariat*, o *partenariat* denominado homosexual) registrado, lo que equivale a decir que se reservaría exclusivamente a las parejas del mismo sexo. Esta nueva figura ha imitado textualmente los preceptos del Derecho matrimonial. En Holanda, desde la Ley de 1997, dos personas, cualquiera que sea su sexo, pueden registrar su unión y obtener por esta vía efectos similares a los del matrimonio. Por otra parte en este país se ha modificado la legislación permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Ley alemana de 2001 reguló la *Lebenspartnerschaftsgesetz*; no se permite el matrimonio entre homosexuales, pero la regulación de ese partenariado inscrito sigue las líneas de la institución matrimonial, salvo en lo relativo a la posibilidad de adoptar. En realidad estamos ante una equivalencia alternativa al matrimonio entre homosexuales (5). Por lo demás, las restantes parejas que no se proponen el reconocimiento legal de su unión tienen libertad para cohabitar sin someterse a ningún régimen en virtud del reconocimiento constitucional de la libertad de opción reconocido por el artículo 2.1 de la Constitución de Bonn. Se han suprimido todos los artículos del Código Penal que castigaban estas relaciones. La regla general es que no cabe aplicar por analogía las reglas del matrimonio o de la Ley de 2001 a estas meras situaciones de hecho. En Nueva Zelanda, aunque la familia nuclear tradicional sigue siendo la forma predominante de la familia, sin embargo en la sociedad se percibe un cambio en los últimos diez años: hay menor desaprobación del divorcio, de la vida en común sin matrimonio y de las relaciones homosexuales. Este cambio de actitud se ha visto reflejado en la legislación vigente, ya que recientemente se han producido tres enmiendas a la Ley sobre el matrimonio de 1976 en el sentido de extender a las parejas no casadas el régimen económico del matrimonio automáticamente, bastando con que vivan juntas en una relación de hecho. Esta ley de 2001, incluso establece que existe una relación entre dos personas del mismo o diferente sexo, sin estar casadas recíprocamente cuando viven juntas como pareja; los Tribunales tan sólo exigen ciertos requisitos para constatar el hecho. Teniendo en cuenta lo último, cabe deducir que por una parte la legislación neozelandesa no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero por otra regula dicha relación de la misma manera que el matrimonio o la unión de hecho heterosexual. Esta aparente incongruencia es salvada, según el parecer de la ponente nacional, si se considera que el propósito de la *Matrimonial Property Act* de 2001 pueda ser el de hacer recaer sobre patrimonios particulares el mantenimiento de ciertas personas que de otro modo vivirían

(5) En palabras de COESTER, ponencia cit., pág. 9.

a expensas de la comunidad. Respecto a Estados Unidos, cabe decir que tanto las uniones de hecho como los matrimonios entre personas del mismo sexo son reconocidas por algunos de sus Estados (6). La ley federal, no.

Es llamativo el caso español, pues desde 1998 han proliferado normas autonómicas sobre uniones de hecho, y ello a pesar de la viva discusión mantenida por la doctrina a favor o en contra de su constitucionalidad, ya que en base al artículo 149.8 de la CE, en España sólo puede haber un régimen estatal sobre el matrimonio en lo relativo a las relaciones personales (7). Aun así, siendo las Comunidades Autónomas incompetentes para regular uniones de hecho con criterios de unificación con el matrimonio (las Comunidades Autónomas sólo son competentes para regular aspectos patrimoniales del matrimonio y atribución de beneficios de carácter social) las han regulado profusamente (8). Cabe resaltar la Ley catalana de 1998, que regula en capítulos separados la unión estable heterosexual y la unión homosexual, pero el contenido de ambas regulaciones es muy parecido. Dicha Ley ha quedado fuera del Código de Familia (9), lo que presumiría la intención de considerar las uniones de hecho como instituciones diferentes del matrimonio, sin embargo a pesar de ello las parejas de hecho se ven sometidas a un régimen legal que ellas no establecieron, quieran o no quieran (10). Por otra parte, la Ley navarra de 3 de julio de 2000, ha equiparado a todos los efectos la unión homosexual con la heterosexual y con el matrimonio, encontrándose en la actualidad recurrida ante el TC. Respecto a nuestro país, hay que señalar que en el momento actual se encuentra aprobado un proyecto de ley de reforma de los artículos del Código Civil relativos al matrimonio, dándose entrada a la posibilidad de contraer matrimonio a parejas del mismo sexo, siendo equiparado a todos los efectos al tradicional (posibilidad de adoptar), y ello haciendo el legislador caso omiso del sentir general (por no decir casi unánime) de la sociedad (11). Por otra parte, plantea el profesor GARCÍA CANTERO que si una legislación aceptara el matrimonio homosexual, entonces desaparecería

(6) Véase directamente LYNN D. WARDLE, «Desarrollo del Derecho de familia en los Estados Unidos de América a lo largo de 2001, sobre relaciones no convencionales», en *The International Survey of Family Law*, 2003 Edition, págs. 427-451, o *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 36, pág. 604.

(7) Además de las leyes respectivas de las Comunidades Autónomas con invasión de las facultades constitucionales del Estado en materia de matrimonio previstas en el artículo 149.1.8 CE, véase la doctrina general sobre estos temas. GARCÍA CANTERO, «Spain: *De facto*, unions revisited», en *The International Survey of Family Law*, 2003 Edition, págs. 403-410.

(8) Sobre este tema y otros relacionados, véase M.^a EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *La legislación autonómica sobre uniones de hecho. Revisión desde la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, y la bibliografía allí citada.

(9) Sobre el Código de Familia catalán puede verse GARCÍA CANTERO, «The catalan Family Code of 1998 and other autonomus region laws on de facto unions», en *The International Survey of Family Law*, 2001 Edition, pág. 399 y sigs.

(10) En este sentido la ponencia presentada por el Profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Y más extensamente del mismo autor: «Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas Estables no casadas», en *Aequalitas*, núm. 2, octubre de 1999, aunque referido a la Ley aragonesa sus apreciaciones son de aplicación general. También por su especialidad remito a AURORA LÓPEZ AZCONA, «La ruptura de las parejas de hecho (Análisis comparado legislativo y jurisprudencial)», en *Cuadernos Aranzadi Civil*, núm. 12, Cizur Mayor, 2002.

(11) Con el demagógico principio de respeto a las minorías se está pasando por encima del deber de respeto a la mayoría, no sólo parlamentaria.

una de las razones jurídicas principales de la necesidad de inscribir el sexo de las personas en el Registro Civil, e incluso serían innecesarios los cambios de sexo (o de apariencia sexual), cuya motivación exclusiva suele cifrarse en posibilitar el acceso al matrimonio con persona del «otro» sexo. No hay todavía datos para responder a la pregunta de si disminuirían los casos de transexualismo cuando se permita el matrimonio de homosexuales. Teóricamente habría que dar una respuesta afirmativa si se piensa en la transformación de la que hablamos y la problemática quirúrgica y psicológica que entraña para el que se somete a intervenciones de ese tipo (12). Desde hace algunos años el régimen tradicional de atribución del sexo a una persona en base a sus caracteres sexuales partiendo del examen que se realizaba al recién nacido (esta circunstancia, así como el nombre y el de los padres, se hacía constar en el acta de nacimiento y le acompañaba durante toda su vida) ha variado, ya que se ha producido el fenómeno aludido del transexualismo, por lo que cabe hablar de posibilidad de cambio jurídico de sexo. Quizá a partir de ahora pueda darse una respuesta a la cuestión planteada teniendo en cuenta los inminentes cambios legislativos. El tiempo suele dar una respuesta a casi todo.

La reflexión realizada por el ponente general ante el panorama tan rico y variado que presentan las ponencias nacionales, le lleva a plantearse si debe cambiarse el sistema que desde siempre ha regido en nuestras sociedades, a saber, un hombre y una mujer que se unen para crear una familia y educar a los hijos (lo que ha recibido el nombre de matrimonio), o cabe dejarse llevar por la corriente (y las presiones incluso internacionales) y prescindir de esa institución en las legislaciones, creando en sustitución suya o a su lado, otro tipo de unión que incluya expresamente las relaciones homosexuales, o englobar en un mismo nombre todas las posibles relaciones que pueden darse en la realidad y que puede ser el de matrimonio. La solución unificadora no parece admisible a la luz de los derechos nacionales donde se observa la distinción sustancial de las figuras e incluso incompatibilidad. No parece que fuera bueno para la sociedad enmascarar bajo el nombre de matrimonio, situaciones bien diferentes. El ponente norteamericano pone el dedo en la llaga al enumerar toda una serie de cuestiones para las que todavía no se ha encontrado respuesta. Ante una serie de divorcios y uniones de hecho sucesivas, ¿no estaríamos ante una especie de poligamia encubierta? o ¿es posible simultanear matrimonio y cohabitación o unión de hecho? porque donde todo cabe también podría darse este supuesto, ¿estaríamos ante un supuesto de bigamia? Por otra parte, la admisión sin restricciones de la cohabitación puede llevarnos a la aceptación del incesto y de otras situaciones que normalmente repelen la razón del hombre normal. Y en todo caso, ¿no resultaría paradójico mantener todo el régimen de impedimentos matrimoniales? La cuestión radica en si en el momento actual otorgar un *status* legal se convierte en algo verdaderamente progresista u oponerse significa ser reaccionario. Mantener una u otra postura no soluciona los problemas planteados, y a decir de KRAUSE, el movimiento a favor de adaptar las leyes modernas al nuevo estilo

(12) Sobre el tema, ELÓSEGUI ITXASO M., «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos y estadounidense», en *Actualidad Civil*, 1994-1, págs. 173-199. Desde el punto de vista médico, *El fenómeno transexual*, ARREDONDO DÍAZ, J. M. y DE PEDRO CUESTA, P., en *Actualidad Civil*, 1989, págs. 633-641.

de vida de esta época legalizando la cohabitación, no hace sino resucitar el antiguo concubinato y desplazar el papel de la esposa legítima en favor de la «querida».

La procreación médicamente asistida (PMA) es otro de los temas planteados en el cuestionario. Después de la gran revolución jurídica producida en el Derecho de filiación a mediados del siglo xx, como consecuencia de los grandes avances de la medicina que han permitido establecer el vínculo de filiación biológica entre padres e hijos, casi sin lugar a dudas, y de la misma manera que se introdujo paralelamente el principio de igualdad de todas las filiaciones (13), el acontecimiento que supuso el primer nacimiento de un ser humano a consecuencia de la aplicación de técnicas de procreación médicamente asistida (14), dio lugar a que en diversos países, tanto legisladores como jueces, se hayan preguntado diversas cuestiones jurídicas que se plantean a partir de su aplicación. Entre los países aquí representados, han sido Sudáfrica (*Children's Status Act* de 1987) y España (Ley de 1988) (15), los pioneros en promulgar una ley especial sobre la materia. Han seguido Reino Unido (*Human Fertilisations and Embriology Act* de 1990), Austria y Suiza (leyes de 1998). Otros países han optado por soluciones indirectas como reformar el Derecho de Filiación (Québec) (16), el apoyo en la Constitución (Grecia y Venezuela) o la vía jurisprudencial. En Japón no existe una ley especial sobre ella, a pesar de ser una técnica aplicada ya desde hace cincuenta años, y haber nacido más de 10.000 niños (sólo existe un Informe del año 2000 de la Comisión establecida por el Ministerio de la Salud y del Bienestar). Consideran restrictivamente la PMA, Alemania y Canadá, pues a pesar de los efectos benéficos para las parejas estériles, no pueden ocultarse algunos peligros muy importantes como son la eugenesia, el comercio de los gametos, de los embriones y aun de los seres humanos (mediante el alquiler del útero), cuestiones todas ellas de permanente actualidad (17), y que en muchos casos superan la ficción. En todo caso se constata que el acto procreador ha dejado de ser una práctica en la intimidad y entre dos, para pasar a ser un experimento de laboratorio en el que intervienen bastantes personas y que si tiene éxito produce un ser humano, pero en donde se ha roto, despedazado, dice la ponencia canadiense, la filiación. Las cuestiones que se plantean son todas de

(13) Temas que ya se estudiaron en el Congreso de Derecho Comparado de Upsala de 1966 y de Teherán de 1974.

(14) Se trataba de la niña Louise Brown en Londres, 1978.

(15) La Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, ha sido modificada en algunos aspectos por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. La ley española que fue precedida por los trabajos de una Comisión de juristas, médicos y moralistas, ha regulado diversos aspectos de la aplicación de estas nuevas técnicas de procreación humana recibiendo muchas críticas por parte de los juristas. Véase a propósito, PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, y de la misma autora, «Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida», en *Aequalitas*, núm. 14, enero-junio de 2004, págs. 23-31.

(16) El legislador de Québec ha modificado el artículo 586 del antiguo Código Civil, y en 1994, con la adopción de un nuevo Código, se ha añadido una nueva sección titulada *De la procréation médicalement assistée*.

(17) Basta hojear cualquier diario para constatar esta realidad. En algunos casos, la literatura y el cine han sido completamente superados.

gran interés, pero no hay respuesta satisfactoria en todos los casos. En la medida de lo posible se intenta reconducir este tipo de nacimientos a los supuestos de filiación natural, negándose la triparentalidad y buscándose la biparentalidad.

La ponencia general resalta cómo en todos los casos, la PMA se ve sometida a estrictos requisitos, pero la casuística es tan amplia que siempre hay algún supuesto no previsto, por lo que en algunos casos los Tribunales todavía no se han pronunciado. La problemática gira en torno al establecimiento de la paternidad que muchas veces es discutida cuando no fuente de conflictos. Los problemas se habrían en parte solucionado, o al menos reducido, si se hubiera optado por el modelo japonés que sólo admite acceder a estas prácticas a personas casadas, si el marido ha dado su consentimiento, siendo así, el hijo nacido es considerado como legítimo; o el modelo austriaco o suizo, que opta por preferir la inseminación homóloga y prohíbe la donación de óvulos y la transferencia de gametos. Además sólo las parejas heterosexuales, casadas o cohabitantes son admitidas a la procreación asistida, una vez que los métodos naturales han fracasado. Está prohibida la inseminación *post-mortem* y la maternidad por subrogación. Una mujer sola no puede optar por estas técnicas.

Cabe señalar que en esta materia no hay soluciones unánimes. El ponente general constata la necesidad de regulación legal como principio general, a la vez que se opta por una prudente espera a la evolución de la Biología para comprobar sus progresos, así como su abaratamiento. Por otra parte, la ley española figura, en mi opinión, entre las más amplias, existiendo un amplio debate sobre ella en la doctrina (18).

No hay duda de que las leyes sobre PMA y las nuevas leyes sobre matrimonio y parejas de hecho, inciden de lleno en el tema de la Filiación. En cuanto al vínculo de maternidad, en Holanda, no parece haber discusión, subsiste el antiguo aforismo romano *mater semper certa est*, y ello con independencia de cuál sea la forma de su procreación (natural o PMA). Plantea más duda el vínculo de paternidad, pues aunque se mantienen las presunciones clásicas, no son aplicables a las parejas de hecho ni a las homosexuales, y en el caso de PMA estas presunciones no son impugnables. En el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio, el vínculo de paternidad puede establecerse mediante el reconocimiento voluntario e incluso forzoso (lo cual antes era impensable), estando sometido el reconocimiento voluntario a unos requisitos estrictos, y a veces muy debatidos ante los Tribunales. En Alemania los vínculos de paternidad y maternidad se basan en el vínculo biológico, de modo que el hijo *tiene derecho a su padre y no un derecho a cualquier padre*. En cuanto a la maternidad, en la PMA, por primera vez, se ha introducido el principio de que la madre es la mujer que ha dado a luz al hijo. En los Estados Unidos se señala una evolución de la jurisprudencia hacia lo que puede calificarse como *filiación de elección*. En este sentido las leyes de algunos estados prefieren otorgar el derecho de guarda y de visita a personas que no tienen vínculos jurídicos con el menor, con preferencia a los padres biológicos. Los *Principles of Law of Family Dissolution* (2000) del *American Law*

(18) En la actualidad prosiguen las discusiones doctrinales sobre la Ley, GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, vol. 2.º, 10.ª edic., Madrid, 1995, págs. 215-239. También MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ en su ponencia citada.

Institute han elaborado una nueva categoría de *facto parent*, o bien de *parent by stoppel*. La cuestión sobre si la PMA altera el concepto de procreación, no aparece profundizada en las ponencias recibidas. Para el ponente español el principio de la verdad biológica que se consideró en Europa hace algunos años como un gran logro del progreso jurídico aparece contradicho en diversas leyes sobre la PMA. Se acepta al menos que el hijo así procreado, llegada su mayoría de edad o en el momento de contraer matrimonio, pueda conocer la identidad del donante (padre biológico o genético), pero a pesar de ello no se le reconoce la posibilidad de reclamar su filiación. La mayoría de las ponencias defienden la igualdad de filiaciones, si bien la austríaca reconoce que el estatuto legal del hijo nacido mediante PMA es diferente del que lo ha sido naturalmente. La alemana advierte que si bien los efectos son legalmente iguales, en la práctica el hijo puede encontrar dificultades, por lo que cabría el derecho de la persona a conocer sus orígenes genéticos como manifestación general del derecho a la personalidad. En caso de inseminación heteróloga, si se ha destruido o no se aplica la paternidad del marido de la madre, el menor podrá ejercer su acción contra el donante, y si no es posible identificarlo, el hijo podrá reclamar daños y perjuicios al médico que ha incumplido con su deber de conservar la documentación requerida.

En Holanda, el derecho de la persona a conocer sus orígenes genéticos tiene dos aspectos: el derecho a conocer el padre que ha procreado naturalmente y el derecho a conocer la identidad del donante que ha intervenido en la PMA. En el primer caso, el TS alemán ha establecido que el derecho a la personalidad incluye el derecho a conocer la identidad de los progenitores, amparándose en el artículo 7.º de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989, si bien se especifica que no tiene carácter absoluto y que sólo en determinadas situaciones podrá prevalecer sobre el derecho a la intimidad de la madre. En cuanto a la PMA, la ley regula el anonimato del donante. Sin embargo hay otra ley sobre el depósito de los protocolos sobre la donación de gametos que prevé la posibilidad de que el mayor de dieciséis años tenga acceso a tales datos. La tendencia generalizada en todas las ponencias presentadas es a favor de reconocer un derecho a conocer sus orígenes, si bien dentro de la medida de lo posible, y en todo caso no supone imperativamente el derecho de transformar el vínculo biológico en jurídico, sino que, en palabras del ponente general, permite al hijo encontrar su identidad para ayudarle a construir su equilibrio personal. Es más bien una búsqueda espiritual la que impulsa al hijo a querer saber sobre su padre biológico (19). Es difícil mantener un equilibrio entre derecho a la procreación (derecho al hijo) y derecho del hijo a un hogar, siendo los argumentos en ambos sentidos temas pertenecientes a la Filosofía del Derecho, por lo que, seguramente debido a ello, han sido muy poco tratados y sólo por algunas ponencias.

El cuestionario alude a la adopción por tratarse de una institución familiar emblemática. Sin embargo, la adopción no parece ser hoy un tema que apasione mucho a la opinión pública, ni es una de las preocupaciones de los partidos políticos. Lo que sí está claro es que el Estado es el encargado de regular adecuadamente esta institución familiar, creada totalmente por el Derecho, cuyo buen funcionamiento repercutirá en la vida de muchos menores. En la actualidad, en general, se observa una fuerte intervención pública

(19) Tal y como reflejaba un programa de televisión emitido por la BBC inglesa hace algunos años.

en la constitución de la adopción. Las reformas llevadas a cabo en casi todos los países han ido acomodándose a las Actas de las Conferencias de La Haya de 1993 sobre adopción internacional. Respecto a los aspectos civiles, la problemática puede sintetizarse, según el ponente general, entre adopción única o plural, ruptura o conservación de los vínculos con la familia de origen, eficacia de la adopción sólo respecto de los adoptantes o también en relación con la familia de éstos, equiparación o no a todos los efectos con la familia biológica, y revocabilidad o irrevocabilidad de la adopción. En general la adopción solicitada por una persona sola parece excepcional, así como la de parejas homosexuales, o por personas de edad avanzada, liberando así a la adopción de la regla romana *adoptio naturam imitatur* que inspiraba tradicionalmente esta institución en sus orígenes. En caso de divorcio de los padres se plantean algunos problemas cuando uno de los progenitores vuelve a casarse y su nuevo cónyuge quiere adoptar al hijo legítimo del otro; también cuando los adoptantes solicitan y obtienen el divorcio después de la adopción, en tal caso, el adoptado viene a sufrir un segundo abandono.

Tanto los países del *Droit Civil* como los del *Common Law* o aquellos sujetos a sistemas mixtos, el Derecho de Filiación, las relaciones entre padres e hijos, y el régimen de la adopción, reconocen la regla *the best interest of child* como principio general. Unas veces se ha recogido en la Constitución (como es el caso español), otras veces a través de la recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, cuya ratificación se ha generalizado. Se le acepta como una regla que sirve para resolver cualquier litigio a favor del menor, si bien se sostiene en la mayoría de las ponencias nacionales, que no debe entrar en conflicto con la autoridad paterna. El ponente general sin embargo, advierte que el interés preferente del menor no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, un *standard* de conducta cuya apreciación concreta corresponde al juez. Si se le pone en relación con la autoridad paterna, ¿la respuesta debería ser conceder la supremacía al derecho del menor? En la vida real hay supuestos en los que la solución de este conflicto no es nada fácil. Sería deseable que el principio *the best interest of child* continúe desarrollándose en todos los países y sistemas, pero también sería deseable una revalorización del concepto de autoridad paterna dirigida siempre al servicio del hijo. Encontrar el equilibrio en esta materia no es cosa fácil.

Otro de los puntos del cuestionario introducido por el autor se refiere a las personas de la Tercera Edad; la finalidad es averiguar qué lugar les corresponde en la sociedad, ya que cada vez es mayor el número de personas que componen este grupo, y examinar si continúan desempeñando todavía un papel en el Derecho de Familia, pues como se sabe, de hecho los abuelos se están ocupando de sus nietos cuando ambos progenitores trabajan, sufriendo, por su parte, determinados problemas jurídicos (20). Hay incertidumbre en

(20) Véase, a propósito, el trabajo del ponente general, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, Civitas, Madrid, 2004; con anterioridad, SALANOVA, M., «Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos. A propósito de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994 (1)», en *ADC*, t. XLIX, fasc. II, abril-junio de 1996, y de COLAS ESCANDÓN, A. M.^º, «Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)», en *Cuadernos de Aranzadi Civil*, Navarra, 2005, con abundante bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

cuanto a la terminología a utilizar: Tercera edad (¿cuarta?), personas *en retraite*, dicen los franceses, *elderly* los ingleses. En todo caso se trata de personas que han cesado en el trabajo por cuenta ajena, normalmente a causa de su edad, por imperativo legal, pero que se encuentran en perfectas condiciones físicas y mentales (21). Resalta el ponente general que las respuestas sobre este tema han sido muy desiguales, pues tan sólo siete ponencias se han referido al tema y además sin profundizar demasiado. Algunos países contienen en su Constitución una declaración de principios donde se prevé que el Estado garantizará a estas personas el pleno ejercicio de sus derechos, como es el caso de Venezuela o España, donde la ayuda parece referirse a la prestación de un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio, pero donde en realidad no se puede afirmar la materialización de estos servicios sociales a que se alude, y tan sólo se puede constatar la proliferación de los viajes combinados a precios muy bajos (22). En muy pocas Comunidades Autónomas se ha establecido una asistencia social necesaria en muchos casos, y verdaderamente efectiva, a modo de «la buena vecina» inglesa (23), mucho menos a nivel estatal. Los mecanismos jurídicos para ayudar a estas personas son instituciones como la tutela y la curatela, presentes en algunos países. Algunas ponencias como la austríaca, que no lleva título, considera que aunque ni el legislador ni la doctrina se hayan ocupado del tema hasta este momento, debería el legislador al menos asegurar que las personas que han contribuido a crear y mantener una familia sean respetadas por sus descendientes y por la sociedad, pues no estamos sólo ante un problema de Derecho Civil sino de Derecho social. Tan sólo en Japón se subraya: *the third age person has the right to lead dignified family life*, e igualmente en Sudáfrica, en donde las personas mayores son objeto de especial protección contra la violencia doméstica, tal y como revelan las ponencias de esos países (24). En el Derecho escocés se ha creado en octubre de 2000, *The Royal Commission on Long Term Care for the Elderly*, con competencia para todo el Reino Unido. La jurisprudencia de ese país no otorga automáticamente a los abuelos la guarda de sus nietos, si bien en caso

(21) En general, sobre este tema, puede consultarse, GARCÍA CANTERO, «Notas sobre la senectud como estado civil de la persona», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, pág. 288 y sigs. En concreto en la página 295, donde resulta llamativa la postura mantenida por el autor sobre el reconocimiento del estado civil del jubilado.

(22) No sé muy bien qué es lo que se consigue dando tantas facilidades para viajar y por qué desde las instancias públicas no se promueven iniciativas de otro tipo, como pueda ser ocuparse de un gran número de tareas, colaborar en proyectos de interés social del tipo de ONG que, aunque sin retribución, pueden llenar de satisfacción a quienes empleen así su tiempo ahora casi siempre libre, dado que muchas, casi todas, las personas que se integran en ese llamémosle «colectivo» están en las mejores condiciones (la experiencia) para transmitir saberes o destrezas a otras personas de cualquier edad (piénsese en la gran labor social y educativa que en muchos casos realizan cuidando de sus propios nietos; ¿no podrían hacer lo mismo prestando esa ayuda a personas necesitadas de esa atención y a las que el Estado no puede atender? Es sólo un ejemplo de los muchos que podrían ponerse).

(23) A ello ya me referí en otro sitio, «Las uniones de hecho o la aversión a determinadas normas jurídicas», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 10 al 16 de noviembre de 2003, pág. 1132.

(24) Las razones pueden verse en ZWEIGERT-KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, Oxford University Press, Méjico, 2002, pág. 317.

de divorcio de los padres, tienen alguna posibilidad de acceder a ella. Igualmente se está estudiando la influencia que ejerce la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre esta materia. Por su parte, en Alemania las cuestiones que se plantean sobre estas personas giran en torno a solucionar los problemas derivados de la imposibilidad de cuidarse por sí mismos; decidir a quién corresponde prestar los cuidados físicos necesarios, y quiénes están legitimados para tomar decisiones en su nombre debido a que los ascendientes ya no conviven con sus hijos (25). Las soluciones previstas para cuidarlos físicamente resultan interesantes: 1) ayuda ambulatoria prestada a personas que viven en su casa (26); 2) residencias para ancianos, y 3) retorno de la persona mayor a casa para ser ayudada por la familia. Esta última vía desde 1994 es la preferida (27), y por ello se ha creado una nueva organización para prestar cuidados a las personas mayores, abonando un sueldo al familiar que se ocupa directamente de ello, y dicha actividad se considera como un trabajo que da derecho a recibir pensión (28). En este sentido, cabe señalar que en 1990 se promulgó una reforma del BGB en la que se sustituye la antigua tutela de los incapaces por una modalidad de asistencia. La ponencia suiza es la más extensa y detallada sobre esta cuestión, y se apoya sobre los mecanismos jurídicos de protección tradicionales: la tutela tal y como fue regulada en el Código Civil suizo de 1907. A modo de conclusiones se dice que salvo el derecho de alimentos frente a descendientes y ascendientes, el ordenamiento jurídico suizo no reserva un régimen especial a la familia de la persona mayor. Sin embargo, la familia sigue siendo uno de los mayores proveedores de ayuda a esas personas; su intervención permite con frecuencia mitigar las necesidades de la persona mayor e incluso retrasar o hacer superflua una medida cautelar. El ponente general, sobre este tema, señala los evidentes puntos de contacto que presentan las diversas reformas sobre tutela de incapaces introducidas últimamente en diferentes países (la citada ley alemana de 1990 y la japonesa y escocesa de 2000) (29) donde cabe destacar la posibilidad de establecer para los supuestos en que la persona mayor sufra algunos impedimentos, sin llegar a tener una incapacidad total, la figura de un asistente designado por el Tribunal que le ayudará en determinados actos jurídicos, pero ello salvo que la persona mayor hubiera otorgado anticipadamente un poder a favor de persona de confianza, la cual continuará ejerciéndolo (bajo la salvaguarda del Tribunal cuando se planteen problemas relacionados con las facultades mentales de la persona mayor). Aunque no se dice nada en relación con España, cabe señalar que la inserción del mayor en un núcleo familiar, generalmente integrado por los familiares más

(25) Las razones son variadas y éste no parece el lugar apropiado para exponerlas.

(26) Siguiendo, creo, el modelo inglés. Véase D. LESSING, *Diario de una buena vecina*, Edhasa, Barcelona, 1983.

(27) No se sabe muy bien si por la sociedad, los poderes públicos o las personas mayores.

(28) Cabe plantearse si esta vía no abre un amplio panorama de ideas; podrían solucionarse otros problemas como la falta de guarderías infantiles, implicando a miembros de la familia percibiendo un sueldo por ello, o el abono de una pensión a las amas de casa que se dedican al cuidado de sus hijos, tal y como ocurre en Francia ya desde la época de De Gaulle.

(29) Sobre estos aspectos, GARCÍA CANTERO, «Estudio comparado de la tutela», en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, Valencia, 2003, págs. 85-119.

directos, se ha planteado tradicionalmente como la solución natural al aislamiento o discapacidad de aquél, y no ha necesitado una específica atención por parte del Derecho, en la medida en que quedaba incardinado en ese ámbito de intimidad que caracteriza las relaciones personales establecidas en el seno familiar; por ello, las vías enumeradas a propósito del Derecho alemán para hacer frente a la problemática de asistencia a las personas mayores: 1) no existe, la 2) a veces no es posible o es rechazada expresamente, y la 3) se da por supuesto pero sin recibir un sueldo (30). Sin embargo hay una posibilidad alternativa prevista en algunas Comunidades Autónomas, es el denominado acogimiento familiar de mayores (31), que excluye precisamente las convivencias con parientes más próximos —obligados legalmente al pago de alimentos— para referirla a núcleos familiares de parientes más lejanos o de terceros (32).

El profesor GARCÍA CANTERO finaliza la ponencia general con unas conclusiones a modo de resumen que por su interés reproduzco básicamente a continuación:

Respecto a Japón, a pesar de la apertura al mundo jurídico occidental que supuso la promulgación de su Código Civil en 1898 (33), no resulta fructífero emplear el método que ofrece el Derecho Comparado, pues las diferencias con el Derecho de Familia occidental son bien visibles (34), y por lo tanto no resulta adecuado traer a colación en este lugar un planteamiento del estado de la cuestión, debido a las grandes diferencias sociológicas y culturales que se perciben. Sorprende al observador occidental la tenacidad con la que los japoneses conservan sus antiguas prácticas, pese a los cambios de las circunstancias de la vida.

En África del Sur ocurre de manera parecida, pero por otras razones, tales como la dificultad de reducir a la unidad el complejo mosaico de relaciones familiares que componen este país, y por la constatación de encontrarse el Derecho de Familia en fase de reforma. Es posible que en el futuro sirva de elemento unificador la Declaración de Derechos del Hombre de 1948, ya que ha sido asumida por la Constitución de dicho país.

En Escocia se reconoce la crisis del modelo de matrimonio como paradigma social de unión estable, por lo que se percibe una concepción algo distinta de instituciones básicas como la familia, parentesco, paternidad, filiación, etc., aunque sin optar como nuevo modelo la mera cohabitación ni ampliar el concepto de matrimonio al constituido por una pareja de homosexuales. Se percibe un refuerzo de los deberes de los padres en re-

(30) Es curioso observar cómo en nuestro país se da por sentado que todas las obligaciones dimanantes de las relaciones familiares son siempre gratuitas, no ocurre lo mismo en otros países, como se ve.

(31) Sobre este tema remito a ARCOS VIERA, M.^a L., «El acogimiento familiar de mayores. Análisis de la Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», en *RJCA de Navarra*, núm. 36, julio-diciembre de 2003, págs. 51-63. Por otra parte, se observa el nacimiento de diversas ONG que están poniendo en marcha mecanismos de ayuda mutua entre jóvenes necesitados de una vivienda (estudiantes) y personas mayores que necesitan compañía. En concreto, una ONG llamada *Solidaridad*, tal y como menciona un diario de fecha de 4 de junio de 2005 en nuestra Comunidad Autónoma.

(32) En concreto Cataluña (Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores) y Navarra (Ley Foral de Navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores).

lación con los hijos, así como mayor protección de los menores frente a los abusos.

En Suiza, en 1999, se ha reforzado la protección constitucional de la familia y aunque no se define la misma, para los autores de la ponencia la noción de la familia es algo flexible: miembros unidos por parentesco de sangre, así como a los cónyuges, pero puede incluir también a todas las personas que constituyen un hogar común o que están unidas por un vínculo duradero de afecto.

Venezuela reconoce el pluralismo de la familia como se desprende del artículo 75 de la Constitución: el Estado debe proteger a las familias en su cualidad de asociación natural y de ambiente esencial para el desarrollo integral de la persona. Este pluralismo parece incluir a la familia indígena y puesto que hay una treintena de pueblos indígenas instalados y arraigados en el país cabe entender que estamos ante un sistema plural. También se aceptan otras formas de familia: de origen, de sustitución y reconstruida. Todas ellas tienen el elemento común creador de la misma: la voluntad de constituirse como un núcleo, independientemente de cualquier acto formal. La vida en común, el reconocimiento de la sociedad y el vínculo biológico (pero éste no excluye otros supuestos, como en el caso de la adopción o en la familia de sustitución).

En España los principios constitucionales establecen un tipo único de matrimonio, el heterosexual. La ley garantiza la igualdad de derechos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, así como la posibilidad de investigar la paternidad. Sin embargo la familia protegida constitucionalmente es más amplia que la basada en el matrimonio, tal y como se observa en sentencias recientes, lo que permite al autor emitir el juicio del confusiónismo existente, e incluso la contradicción entre la Constitución y las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador en el Derecho de Familia. Seguramente no se harán esperar estudios doctrinales sobre la reciente reforma del Código Civil en materia matrimonial que da cabida al realizado entre personas del mismo sexo (35).

En cuanto a Italia, a pesar de que su Constitución de 1947 protege a la familia como sociedad natural basada en el matrimonio, la ponencia trata de demostrar que ello no impide que, partiendo de una concepción global de la familia, se llegue a una pluralidad de nociones sobre la misma. De ahí que las formaciones sociales en que se desarrolle armónica y equilibradamente la persona, sean cuales sean, si se inspiran en el personalismo, solidaridad y democracia, pueden considerarse familia de hecho y gozar de la misma protección que la legítima.

La ponencia austríaca se muestra muy crítica con los recientes cambios legislativos ocurridos en los países vecinos. El matrimonio sigue siendo la unión estable entre el hombre y la mujer, hay dificultades para reconocer efectos a los concubinatos heterosexuales y parece improbable que las relacio-

(33) Véase DOMINGO y HAYASHI, *Código Civil japonés (Estudio preliminar, traducción y notas)*, Madrid-Barcelona, 2000, págs. 19-48.

(34) Sobre el Derecho japonés, véase ZWEIGERT-KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, cit., págs. 313-319.

(35) Y cabría plantearse de qué sirve una Constitución o de qué es garante. Urge releer o leer si no se ha hecho todavía, *¿Qué es una Constitución?*, de FERDINAND LASSALLE, edic. Siglo XX, Buenos Aires, 1975.

nes homosexuales se reconozcan como tales. Sin embargo, la noción de familia viene determinada por la Ley y los Tribunales, de modo que la voluntad privada no interviene en ese terreno. Paradójicamente no son requisitos para constituir una familia de hecho el convivir o los vínculos biológicos que las unen, y por el contrario sí se están teniendo en cuenta los lazos sociales o los sentimientos personales a la hora de proceder a su inscripción una pareja de hecho.

En Grecia la reforma de 1982 ha introducido el matrimonio civil facultativo. En 1983 se ha visto aplicado el principio constitucional de igualdad entre los cónyuges y entre los hijos, se ha sustituido el divorcio-sanción por el divorcio-ruptura de la convivencia y se ha modificado el principio de autoridad parental por el de cuidado de los hijos. Últimamente se han reformado los Tribunales familiares, se han creado servicios sociales para ayudar a los Jueces de familia en la toma de decisiones sobre adopción. También se ha modificado el sistema de tutela de menores, se ha regulado lo relativo a las familias de acogida y la vigilancia judicial de los asuntos de otra persona. Resulta llamativo que por un lado se constata la privatización de las relaciones entre los cónyuges y por otra, que los derechos del menor siempre tienen una protección estatal. Por otra parte no se admite el matrimonio homosexual, el ponente alude a consideraciones tradicionales griegas que constituyen factores de la conciencia social del país. Esta postura puede parecer sorprendente si se tiene en cuenta la postura adoptada por parte de casi todos los ordenamientos donde cabría señalar la flexibilidad a la hora de considerar la necesidad de cambiar las legislaciones en torno al matrimonio en atención a determinados grupos sociales, que deben de ser respetados, pero que en mi opinión no deberían tener un poder que permita cambiar sustancialmente las instituciones. El ponente general sugiere que hay que examinar si estamos ante un esfuerzo del legislador para reconocer la realidad social, o más bien para echar sobre los hombros de los particulares el coste social de mantener en el momento actual a las personas que pertenecen a tales grupos. Estamos a un paso de modificar preceptos sin haber necesidad de tales cambios. Por ejemplo, parece que el concepto de familia se ha visto ensanchado, pero el matrimonio es lo que es, y no otra cosa. La postura del ponente griego resulta coherente con los principios de Derecho natural, lo que es de alabar en una época en la que predomina el relativismo en todos los órdenes, incluso en el jurídico.

En Australia la multiculturalidad es un fenómeno que hay que señalar a la hora de intentar datos sobre cualquier aspecto que se examine. Sin embargo no hay nada distinto de la familia, sea cual sea el modelo que se tome. El matrimonio sigue siendo la forma más frecuente para formalizar sus relaciones una pareja, aunque se percibe un aumento gradual en el número de las parejas de hecho.

En Nueva Zelanda prevalece la familia tradicional pero se observan algunos cambios debido a que se trata de una sociedad cada vez más tolerante. Ello viene reflejado en algunas leyes sobre las uniones de hecho y las relaciones homosexuales, y permite decir que nos encontramos ante un creciente movimiento a favor de considerar exigibles los derechos y deberes de la familia a supuestos distintos de los que hasta ahora se habían venido considerando.

La situación de Quebec, un islote del *Civil Law* en medio de un océano de *Common Law*, es siempre un referente para todos los comparatistas. Debido a la organización federal del país, algunas competencias legislativas se com-

parten; al ponente le resulta delicado tomar postura y se pregunta sobre si el Derecho debe responder a las nuevas realidades regulando o absteniéndose de hacerlo. Sin embargo habla de un modelo de familia plural atendiendo a las circunstancias sociales existentes desde hace tiempo, que incluyen diferentes formas de unión además del matrimonio (unión de hecho heterosexual y homosexual). Respecto a la filiación se ve ampliada con el concepto de parentalidad tripersonal o unilineal para el caso de la FIV (*Fecundación in Vitro*) o procreación asistida. El ponente general considera que para velar por la libertad y la pluralidad de las relaciones personales de tipo conyugal, la postura debiera ir encaminada a que el legislador intervenga al menos para garantizar y exigir una protección mínima ante esas situaciones.

El autor alemán no ofrece soluciones definitivas debido a que en el momento de la redacción de su ponencia se hallaba pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de relaciones homosexuales. Sin embargo reconoce que hasta los años setenta (siglo xx) el concepto de familia se encontraba basado en el matrimonio, y a partir de entonces fue ampliándose el concepto de familia a otras situaciones tales como al grupo formado por los padres divorciados con sus hijos, al progenitor no casado que ha reconocido a su hijo y a la pareja de hecho que convive con sus hijos comunes, a los padres adoptantes a los *steps-parents* que conviven con el hijo, así como a los *foster-parents*. Tras la Ley del 2000, también se incluye a la pareja homosexual. Coincide en señalar, al igual que la ponencia italiana, que se hace necesario repensar el concepto de familia para incluir en él todas las uniones de cohabitantes basadas en el amor recíproco y en la solidaridad. Siendo así, ya no dependería ni de un acto formal de constitución, ni de las relaciones biológicas entre sus miembros, ni del mero reconocimiento social. La familia tendería a ser algo flexible estando sometida a cambios rápidos. Tan rápidos que, en mi opinión, producen la impresión de haberla vaciado de contenido, siendo un no se sabe muy bien qué. Habrá entonces que cambiar el título de la ponencia general y titularla: *¿Qué no es familia en el siglo XXI?*, pues se corre el riesgo de haber dado tanta amplitud que no sabemos de qué hablamos. *¿Se admiten tres padres, uno, ninguno?...*

Al ponente general le parece que el movimiento de colectivismo hacia el individualismo parece hacer correr el riesgo de hacer desaparecer la familia. Sin embargo considera que esa idea debe desecharse, pues el matrimonio basado en la familia nuclear podrá estar declinando, pero no la familia en cuanto tal. La reflexión final que hace el ponente general es la de que si el modelo que puede considerarse tradicional de matrimonio y familia de los países occidentales debe ser sustituido, todavía no existen otros modelos aceptados unánimemente, ni es posible que lo haya, pues siempre encontrará oposición con las tradiciones y costumbres de cada país. Existen pluralidad de familias, eso es un hecho, pero ello no es solo un fenómeno de nuestros días como demuestra la Sociología (ni siquiera los modelos que se proponen para una misma sociedad son aceptados por todos los componentes de la misma que beben de la misma cultura, religión, historia, etc.). La privatización absoluta que se observa en torno a la regulación de algunas cuestiones de derecho de familia, tal y como aquí se ha visto, no parece conveniente ni para la sociedad ni para la familia. Más bien es un retroceso en la evolución del Derecho. Dar vía libre a que cualquier fenómeno pueda constituir Derecho resulta preocupante. Que desaparezca la distinción de sexos como elemento configurador del matrimonio llevaría al legislador a admitir la poligamia, o el

incesto, o el bestialismo, tal y como en su momento el Consejo General del Poder Judicial sostuvo (36). Ante la crisis actual, el profesor GARCÍA CANTERO propone que cada país se interrogue sobre los valores que ha de conservar o reformar en su concepción del matrimonio y de la familia, para que aquéllos se traduzcan en la legislación ordinaria. El Estado no puede ser neutral, una vez que ya existe un modelo a nivel constitucional. No parece posible, y cito textualmente, que en el siglo XXI un Estado pueda imponer a otro contra la voluntad de sus ciudadanos, un determinado modelo de convivencia sexual legalizada, y menos aún que lo disponga una autoridad supraestatal. Me atrevería a añadir: No debería ser posible tampoco que un Estado pudiera modificar el modelo de matrimonio constitucionalmente establecido en contra del sentir ciudadano a golpe de ley. Si se admitiera, nada estaría a salvo de ser modificado, produciéndose sorpresa y temor cuando no una gran dosis de inseguridad jurídica.

M.^a LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS
Profesora Ayudante
Doctor de Derecho Privado
Universidad de Zaragoza

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ, *El seguro de vida para caso de muerte: Cuestiones actuales de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2005, 252 págs.

I. Este libro de la profesora CALLEJO RODRÍGUEZ aborda el estudio de los aspectos civiles que plantea la regulación del seguro de vida para caso de muerte, aspectos de gran actualidad teniendo en cuenta el auge alcanzado por estos contratos y el elevado importe de las indemnizaciones, muchas veces incluso superior a lo que se percibe por sucesión *mortis causa*.

Destaca la obra por una sistemática adecuada y un estilo muy cuidado que reflejan la capacidad investigadora de la autora. Desde un punto de vista de riguroso análisis expone problemas, ajusta las soluciones planteadas por la Ley del contrato de seguro, haciendo hincapié en las carencias legales y proponiendo soluciones prácticas de conformidad con el sistema jurídico como todo buen interpretador del Derecho.

II. La autora ha dividido su obra en cuatro capítulos.

Dedica el primero a exponer brevemente ciertas consideraciones generales sobre este contrato, sin obviar el análisis de ciertas materias que hasta ahora no habían sido suficientemente tratadas, como el alcance de la prohibición de contratar un seguro sobre un incapacitado o la conmorriencia del asegurado y uno o varios beneficiarios.

En el capítulo segundo se analiza la problemática que plantea la designación del beneficiario examinando, en primer lugar, las distintas formas en que puede realizarse: en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento. El medio más usual es la póliza y sobre ello se destaca la importancia que tiene en la práctica aseguradora, fundamentalmente cuando se trata de seguros colectivos o de grupo, la inserción en las

(36) Véase el diario *Heraldo de Aragón* en su edición del miércoles 19 de enero de 2005.

condiciones generales del contrato de una cláusula en la que se establece un orden sucesivo de beneficiarios que el tomador acepta tácitamente si no designa expresamente otro beneficiario. Este tipo de cláusulas pueden ser abusivas si el asegurado o tomador, en su calidad de consumidor, las desconoce, lo que sucede cuando no se entregan las condiciones generales, siempre que la citada cláusula no se transcriba al dorso del certificado individual. Además se abordan los supuestos en que existe contradicción entre la designación contenida en una condición general de la póliza y la designación realizada en el certificado individual, e incluso la contenida en el impreso de solicitud.

La designación del beneficiario en testamento es objeto de un tratamiento pormenorizado, así como la revocación de la designación y la renuncia a la facultad de revocar. El estudio de estos temas plantea una interesante problemática que nace de la necesidad de conciliar la regulación del seguro de vida, que constituye un negocio *inter vivos*, con la del testamento, que es un negocio *mortis causa*. Todo ello lleva al análisis de muy diversas cuestiones, como la capacidad para testar y para realizar la designación del beneficiario, las consecuencias de la revocación y de la invalidez del testamento, la posibilidad de realizar una designación irrevocable del beneficiario en testamento, etc.

La designación del beneficiario puede hacerse nominalmente o estableciendo reglas precisas para su determinación, como sucede con las designaciones genéricas. Esta materia se aborda en el capítulo tercero, donde se examinan los diferentes tipos de designaciones y las reglas interpretativas de ciertas cláusulas en que se designa beneficiario de forma genérica.

El primer caso examinado es el de la designación a favor de los «hijos», que según la LCS comprende a aquellos descendientes que tiene derecho a herencia. Para determinar el alcance de esta regla, la autora parte de dos hipótesis, según la persona que se toma como referencia haya otorgado o no testamento. También dedica una especial atención al estudio del destino de la parte no adquirida por un beneficiario por premoriencia.

La regla interpretativa de la cláusula por la que designan a los «herederos» pone de manifiesto la disociación de la figura del heredero y la del legatario, pues la LCS establece que no es necesaria la aceptación de la herencia para la adquisición del beneficio del seguro, si bien también permite vislumbrar su proximidad al fenómeno sucesorio, pues sólo acudiendo a las normas que regulan la sucesión *mortis causa* puede fijarse el sentido de esta designación. Nuevamente, para determinar a quién corresponde la condición de beneficiario, se parte de la distinción entre la sucesión testada e intestada y se analizan los diferentes supuestos que pueden tener lugar. Debe destacarse la especial atención prestada al análisis de la situación del cónyuge cuando se han instituido genéricamente a los herederos, así como al estudio de la indignidad y desheredación del beneficiario designado.

Por lo que se refiere a la designación genérica del cónyuge, se analizan, entre otras cuestiones, si puede englobarse dentro de ella al conviviente *more uxorio*, qué sucede si en el momento de fallecimiento del asegurado existe separación legal o de hecho —cuestión en la que las Resoluciones de las Audiencias Provinciales ha solventado de forma diferente—, o una vez iniciado el proceso de divorcio o de nulidad matrimonial.

La designación de varios beneficiarios, ya sea en forma nominativa o genérica, exige el análisis, ya en el capítulo cuarto, de los diversos supuestos de distribución de la suma asegurada. En esta materia presenta un especial interés el análisis de la cuota que corresponde al cónyuge viudo cuando se le

designa genéricamente con los restantes herederos, así como el derecho de acrecimiento entre los cobeneficiarios sobre la parte no adquirida por un beneficiario.

Partiendo del reconocimiento del derecho propio del beneficiario a la prestación debida por asegurador, se estudian los derechos de los acreedores y herederos forzosos del tomador del seguro, no sobre la prestación del asegurador, sino sobre las primas pagadas por el tomador, lo que lleva a la autora a plantearse, en relación a los herederos forzosos, la aplicación de las normas sobre colación, cuando el beneficiario sea un legitimario, y de las normas sobre reducción de donaciones inoficiosas, cuando el beneficiario sea un tercero no legitimario.

Dada la frecuencia con que se produce la contratación por uno sólo de los cónyuges de un seguro de vida para caso de muerte a favor del otro cónyuge y de los hijos (comunes o no), o de unos en defecto de otros, o incluso a favor de un tercero, la obra concluye con el estudio de los derechos del cónyuge del tomador sobre las primas en caso de disolución del matrimonio.

III. En esencia, tal y como puede comprobarse, se trata de un completo y minucioso análisis del contrato de seguro de vida para caso de muerte, fundamental para cualquier jurista, tanto teórico como práctico, que deba enfrentarse a los conflictos que surgen del desconocimiento de esta figura jurídica, pues la autora con un excelente manejo de la doctrina y de la jurisprudencia, profundiza en las importantes y actuales cuestiones civiles que plantea.

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora UCM

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 219 (Julio-Agosto 2005)

«Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», por LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ, pág. 11.

SUMARIO: I. EL ARTÍCULO 350 DEL CÓDIGO CIVIL.—II. EL DERECHO URBANÍSTICO: 1. EN GENERAL. 2. ESPECIAL ALUSIÓN A ALGUNAS NORMAS AUTONÓMICAS. 3. USOS POSIBLES EN EL SUBSUELO INTEGRANTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA DEL SUELO ANTE EL SILENCIO DE LA NORMA AUTONÓMICA Y EL PLANEAMIENTO.—III. LA TRANSMISIÓN DE LOS USOS DEL SUBSUELO INTEGRANTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA DEL SUELO A PERSONAS DISTINTAS DEL PROPIETARIO: 1. LA SERVIDUMBRE COMO MOLDE JURÍDICO PARA LA ATRIBUCIÓN DE UTILIDADES LIMITADAS DEL SUBSUELO. 2. ¿DERECHO AL USO INOCUO DEL SUBSUELO AJENO? 3. LA ATRIBUCIÓN A TERCEROS DE FACULTADES DE EDIFICACIÓN EN EL SUBSUELO INTEGRANTE DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA DEL SUELO: 3.1. *El Derecho de Superficie*. 3.2. *Otros derechos reales limitados aplicables a la utilización del subsuelo*. 3.3. *El derecho de vuelo o subsuelo y su articulación con la Propiedad Horizontal*. 3.4. *La comunidad en relación con el suelo y la distribución entre los copropietarios de los espacios situados sobre y bajo el mismo*. 3.5. *La segregación del subsuelo*.—IV. EL SUBSUELO BAJO EL SUELO PÚBLICO: 1. CONSIDERACIÓN JURÍDICA. 2. DOMINIO PÚBLICO DEL SUELO Y PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO: 2.1. *La normal temporalidad de la concesión de uso privativo del dominio público*. 2.2. *La Resolución favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5-4-2002*. 2.3. *La necesidad de perfecta definición del objeto de derecho*. 3. INDEPENDENCIA DEL SUBSUELO Y CESIONES OBLIGATORIAS EN ACTUACIONES INTEGRADAS. 4. LAS «PERMUTAS DE SUBSUELO POR OBRA».

«Urbanismo y vivienda. La interrelación de las políticas de suelo y vivienda. Conferencia en el III Congreso Español de Derecho Urbanístico», por JUAN-CRUZ ALLÍ ARANGUREN, pág. 59 (sin sumario).

«De nuevo sobre los errores en materia de cesiones de suelo», por JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, pág. 125 (sin sumario).

Número 220 (Septiembre-Octubre 2005)

«Edificios e instalaciones fuera de ordenación: estudio de conjunto y aplicación práctica», por JAUME MUNAR FULLANA, pág. 11.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. IDEA GENERAL DE LA SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL SUPLETORIA.—III. CAUSAS DE LA APARICIÓN DE LA BALEAR.—IV. SUPUESTOS INCLUIDOS EN LA DEFINICIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA LEY 8/1988, DE EDIFICIOS E INSTALACIONES FUERA DE ORDENACIÓN: 1. SITUACIONES DE CALIFICACIÓN LEGAL DIRECTA. 2. SITUACIONES DE NECESARIA CONCRECIÓN MEDIANTE EL PLAN.—V. OBRAS PERMITIDAS EN LOS EDIFICIOS EN SITUACIÓN DE FUERA DE ORDENACIÓN DE «RÉGIMEN GENERAL».—VI. SOLAPAMIENTO DE LOS RÉGIMENES DE FUERA DE ORDENACIÓN Y DE INFRACCIÓN URBANÍSTICA: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. CARÁCTER DE DETERMINACIÓN DE APLICACIÓN DIRECTA. 3. LAS POSIBILIDADES DE LEGALIZACIÓN: 3.1. *La legalización en materia de usos y su carácter de infracción continuada.* 3.2. *Infracciones en materia de usos de la edificación e interacción con la expedición de cédulas de habitabilidad.* 3.3. *Inexistencia de legalización ope legis y necesidad de proyecto.* 3.4. *Legalización de edificaciones para su adecuación a otros parámetros:* a) Aspectos generales; b) El principio de «unidad predial». 4. ALGUNOS EJEMPLOS DE NEUTRALIZACIÓN TEMPORAL O PARCIAL DEL RÉGIMEN DE FUERA DE ORDENACIÓN POR ACTOS DE EDIFICACIÓN ILEGAL.—VII. LA SITUACIÓN DE INADECUACIÓN AL NUEVO PLANEAMIENTO Y SU REGULACIÓN.—VIII. CONCLUSIONES.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 256 (Abril-Junio 2005)

«Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado», por JOSÉ ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO, pág. 501.

SUMARIO: PRIMERA PARTE: PLANTEAMIENTO TEÓRICO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DEFINICIONES INICIALES: 1. CLÁUSULAS LESIVAS. 2. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO. 3. CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO ASEGURADO.—III. ¿PUEDEN SER LESIVAS LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO?: 1. SOBRE EL CONTROL DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO EN LA DIRECTIVA EUROPEA, EN LA LDCU Y EN LA LCGC. 2. DELIMITACIÓN DEL RIESGO Y CÁLCULO DE LA PRIMA COMO ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO. 3. VIABILIDAD DEL NEGOCIO ASEGURADOR Y CAUSA DEL CONTRATO DE SEGURO.—IV. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO: 1. ENTREGA Y SUSCRIPCIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES. 2. CLARIDAD Y PRECISIÓN EN LA REDACCIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES. 3. RESALTADO Y SUSCRIPCIÓN ESPECÍFICA DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS. 4. POR QUÉ NO SE CUMPLEN LOS REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO. 5. LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS LESIVAS Y CLÁUSULAS LIMITATIVAS.—V. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁU-

SULAS LIMITATIVAS Y DELIMITADORAS DEL RIESGO O DE LA INDEMNIZACIÓN.—SEGUNDA PARTE: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL: VI. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CASOS CONCRETOS: 1. EL CRITERIO DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2. EL CRITERIO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO: A) *Sentencias que exigen que se cumplan los requisitos del artículo 3 LCS*; B) *Sentencias que aceptan la validez de cláusulas delimitadoras no suscritas. Análisis*.—VII. CONCLUSIONES: LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL ASEGURADO.

«El giro norteamericano del derecho antitrust comunitario: el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 1 de la Sherman Act», por FERNANDO GARCÍA CACHAFEIRO, pág. 597.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA PROHIBICIÓN DE ACUERDOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. EL ARTÍCULO 81 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 2. OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA COMUNITARIO: 2.1. *Objetivos tradicionales del Derecho comunitario*. 2.2. *Primacía de la eficiencia sobre otras consideraciones*.—III. EL NUEVO SISTEMA DE APLICACIÓN: 1. ELIMINACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN PREVIA. 2. DESCENTRALIZACIÓN. 3. APLICACIÓN JUDICIAL.—IV. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS CONDUCTAS: 1. LA ANTERIOR INTERPRETACIÓN EXCESIVAMENTE FORMALISTA. 2. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES: 2.1. *Nuevas pautas de examen de los acuerdos restrictivos de la competencia*. 2.2. *Restricciones por objeto y por efecto*.—V. EL GIRO NORTEAMERICANO DEL DERECHO ANTITRUST EUROPEO: 1. SISTEMA DE EXCEPCIÓN LEGAL. 2. DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 3. APLICACIÓN JUDICIAL. 4. PAUTAS DE EXAMEN COMUNES. 5. *PER SE RULE* Y *RULE OF REASON*.—VI. CONCLUSIÓN.

«El Convenio arbitral y de Ley aplicable en los seguros marítimos y su eficacia frente a terceros en Derecho español e inglés», por ELISEO SIERRA NOGUERO, pág. 643.

SUMARIO: 1. EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS MARÍTIMOS.—2. EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE SEGURO MARÍTIMO: REFERENCIA AL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN CONTRATADO CON CLUBS P&I.—3. LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL DEL SEGURO MARÍTIMO FRENTE A UNA ACCIÓN DIRECTA EN LA STS DE 3 DE JULIO DE 2003.—4. LA LEY NACIONAL APLICABLE A LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE AL CLUB P&I.—5. CONDICIONES IMPUESTAS EN EL DERECHO INGLÉS PARA LA VIABILIDAD DE LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE A UN CLUB P&I.—6. LÍMITES DE ORDEN PÚBLICO A LA APLICACIÓN DE UN DERECHO EXTRANJERO.—7. CONCLUSIONES.

«Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia. A propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004», por JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE, pág. 675.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUPUESTO DE HECHO SOMETIDO AL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.—III. LA AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA Y LA COMPETENCIA MERCANTIL.—IV. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE 20 DE ENERO DE 2004: 1. LA FUNCIÓN DE CONSULTORIO Y LA FUNCIÓN AUTORREGULADORA. 2. LA OBLIGATORIA SUJECCIÓN AL DICTAMEN PREVIO VINCULANTE.

«La titulación como mecanismo de transmisión y redistribución de riesgos. Aproximación jurídica», por IGNACIO RAMOS VILLAR, pág. 697.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL CONCEPTO DE TITULIZACIÓN. LA TITULIZACIÓN TRADICIONAL Y LA TITULIZACIÓN SINTÉTICA.—II. LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS EN LA TITULIZACIÓN: 1. EL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN: LOS RIESGOS. 2. LOS SUJETOS DE LA TRANSMISIÓN: TRANSMISORES, FONDO DE TITULIZACIÓN Y RECEPTORES FINALES. 3. CAUCES DE TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS AL FONDO DE TITULIZACIÓN: 3.1. *La cesión de créditos*. 3.2. *La emisión de cédulas hipotecarias y territoriales*. 3.3. *La concertación de derivados de crédito*. 4. EL CONCURSO DEL TRANSMISOR: EFECTO SOBRE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN VIRTUD DE LOS CUALES SE TRANSMITEN LOS RIESGOS AL FONDO DE TITULIZACIÓN. 5. LOS CAUCES DE TRANSMISIÓN DE LOS RIESGOS A LOS RECEPTORES FINALES.—III. LA REDISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS: 1. LA RETENCIÓN Y ASUNCIÓN DE RIESGOS POR PARTE DEL TRANSMISOR. 2. LA ASUNCIÓN DE RIESGOS POR PARTE DE TERCEROS DISTINTOS DE LOS INVERSORES. 3. LA ASUNCIÓN DE RIESGOS POR PARTE DE LOS INVERSORES.—IV. LOS EFECTOS DE LA TRANSMISIÓN Y REDISTRIBUCIÓN DE RIESGOS SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO: 1. PARTICULAR CONSIDERACIÓN DEL RIESGO EN LAS ENTIDADES DE CRÉDITO. 2. EL IMPACTO DE LA TRANSMISIÓN DE RIESGOS SOBRE LA ESTABILIDAD FINANCIERA.—V. CONCLUSIÓN.

«La prueba de la preexistencia de los bienes asegurados en el seguro a primer riesgo (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2004)», por MARÍA LUISA MUÑOZ PAREDES, pág. 717.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. SENTENCIAS DE INSTANCIA.—3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 3.1. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—4. COMENTARIO: 4.1. SEGUROS A PRIMER RIESGO Y PÓLIZAS ESTIMADAS. 4.2. HIPOTÉTICA OSCURIDAD DE LA CLÁUSULA POR LA QUE SE CONVIENE LA COBERTURA ASEGURADORA A PRIMER RIESGO. 4.3. LA PRUEBA DE LA PREEXISTENCIA.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID Número 21 (Mayo-Julio 2005)

«Administración pública y saneamiento eviccionario» (2.^a parte), por RAMÓN DURÁN RIVACOPA, pág. 11.

SUMARIO: 4. EL SANEAMIENTO FRENTE AL PODER PÚBLICO (SUJETO PASIVO DEL SANEAMIENTO): 4.1. LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL: EL ORDEN

CIVIL. 4.2. ESQUEMA GENERAL DE LA LLAMADA EN GARANTÍA: FUNDAMENTO Y RÉGIMEN.
4.3. LA VÍA PREVIA DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO: VIGENCIA Y TRÁMITE.

«La jurisdicción contencioso-administrativa ante el urbanismo», por ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO, pág. 69.

SUMARIO: 1. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE PLANEAMIENTO.—2. CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO.—3. ESPECIALIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE URBANISMO: 3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y ACCIÓN PÚBLICA EN MATERIA URBANÍSTICA. 3.2. IMPUGNACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE LOS PLANES ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. 3.3. COMPETENCIAS PARA CONOCER DE LOS RECURSOS QUE SE INTERPONGAN EN MATERIA DE URBANISMO CONTRA LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO Y LICENCIAS. 3.4. MEDIDAS CAUTELARES: 3.4.1. *En relación con los planes urbanísticos, su naturaleza de disposición de carácter general.* 3.4.2. *En relación con los actos de edificación y uso del suelo.* 3.5. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS SOBRE MATERIA URBANÍSTICA. 3.6. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS QUE SE DICTAN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

«La extinción de la deuda tributaria. Regulación en la nueva Ley General Tributaria», por ROSA GALAPERO FLORES, pág. 93.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PAGO.—3. APLAZAMIENTO Y FRACCIÓNAMIENTO DEL PAGO.—4. PRESCRIPCIÓN.—5. OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA DEUDA TRIBUTARIA.

«Reflexiones en torno al estatus jurídico del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador», por CARLOS DOMÍNGUEZ LUIS, pág. 125.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—2. EL DENUNCIANTE EN LA NORMA. ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY 2/1998, DE 20 DE FEBRERO, DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO: 2.1. EL REAL DECRETO 1398/1993, DE 4 DE AGOSTO. 2.2. OTRAS NORMAS QUE TAMBIÉN CONTIENEN ALUSIONES A LA FIGURA DEL DENUNCIANTE. 2.3. LA LEY 2/1998, DE 20 DE FEBRERO, DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.—3. BREVE ALUSIÓN AL DENUNCIANTE EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO.—4. EL DENUNCIANTE EN LA JURISPRUDENCIA: 4.1. EL IMPUTADO COMO ÚNICO INTERESADO POSIBLE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. 4.2. DIFERENCIACIÓN ENTRE «DENUNCIANTE SIMPLE» Y «DENUNCIANTE CUALIFICADO». 4.3. EL INTERÉS POR LA LEGALIDAD DEL DENUNCIANTE.—5. LA CONDICIÓN JURÍDICA REAL DEL DENUNCIANTE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: 5.1. LA NECESARIA SUPERACIÓN DE LA POSTURA JURISPRUDENCIAL TRADICIONAL. 5.2. RAZONES QUE AVALAN LA POSIBLE CONDICIÓN DE INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL DENUNCIANTE. 5.3. EL INTERÉS MORAL COMO BASAMENTO DE LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE.—6. PROBLEMAS DE ORDEN PRÁCTICO VINCULADOS AL RECONOCIMIENTO DE

LA CONDICIÓN DE INTERESADO AL DENUNCIANTE.—7. CONSIDERACIÓN FINAL.

«Las competencias de la Comunidad de Madrid en materia de aeropuertos deportivos y actividades aeroportuarias», por EDUARDO PFLUEGER TEJERO, pág. 185.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE Y SU DELIMITACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—3. EL DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS QUE INCIDEN SOBRE LA ACTIVIDAD AEROPORTUARIA.—4. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID.—5. CONCLUSIONES.

«Regulación de vertidos en la Comunidad de Madrid», por VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, pág. 195.

SUMARIO: 1. LA CONTAMINACIÓN DEL AGUA Y SU REGULACIÓN.—2. LEGISLACIÓN SOBRE VERTIDOS.—3. CONOCIMIENTO Y RESPONSABILIDAD POR EL VERTIDO.—4. AUTORIZACIÓN DE VERTIDOS.—5. REGULACIÓN DE AUTORIZACIONES.—6. EMPRESAS DE VERTIDOS.—7. PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE AUTORIZACIONES DE VERTIDO: 7.1. AGUAS RESIDUALES URBANAS. 7.2. AGUAS RESIDUALES AGRÍCOLAS Y GANADERAS. 7.3. VERTIDOS LÍQUIDOS INDUSTRIALES.—8. EPÍLOGO.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 7 (Octubre 2005)

«Incidencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en la gestión de los Parques Nacionales», por JESÚS VOZMEDIANO Y GÓMEZ-FEU, pág. 13.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES SOBRE PARQUES NACIONALES.—2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 102/1995, DE 28 DE JUNIO: 2.1. ANTECEDENTES DE HECHO. 2.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2.3. CONCLUSIONES.—3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 194/2004, DE 10 DE NOVIEMBRE: 3.1. ANTECEDENTES DE HECHO. 3.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3.3. CONCLUSIONES.—4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 35/2005, DE 17 DE FEBRERO: 4.1. ANTECEDENTES DE HECHO. 4.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4.3. CONCLUSIONES.—5. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 36/2005, DE 17 DE MARZO: 5.1. ANTECEDENTES DE HECHO. 5.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 5.3. CONCLUSIONES.—6. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 81/2005, DE 6 DE ABRIL: 6.1. ANTECEDENTES DE HECHO. 6.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 6.3. CONCLUSIONES.—7. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 100/2005, DE 19 DE ABRIL: 7.1. ANTECEDENTES DE HECHO. 7.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 7.3. CONCLUSIONES.—8. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NÚMERO 101/2005, DE 19 DE ABRIL: 8.1. ANTECEDENTES

DE HECHO. 8.2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 8.3. CONCLUSIONES.—
9. CONCLUSIONES FINALES.—10. BREVE BIBLIOGRAFÍA.

«El Derecho Constitucional al nombre», por ANA MARÍA REDONDO GARCÍA,
pág. 63.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—2. UN CASO ILUSTRATIVO EN CASTILLA Y LEÓN.—3. LA SOLUCIÓN APORTADA POR LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA.—4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES IRRADIAN EL DERECHO CIVIL: PROPUESTAS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL NOMBRE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

«La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea», por
INMACULADA DE LA FUENTE CABERO, pág. 81.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PARTICIPACIÓN INTERNA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA PARTICIPACIÓN EN LA FASE ASCENDENTE: A) *Planteamiento*. B) *El mecanismo de las Conferencias Sectoriales. En especial, la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE)*: B.1. Definición de la CARCE. B.2. Órganos y composición. B.3. Funciones. B.4. Régimen de funcionamiento. B.5. El Acuerdo sobre la Participación Interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios a través de las Conferencias Sectoriales, de 30 de noviembre de 1994. B.6. Articulación concreta de la participación de las Comunidades Autónomas en la fase ascendente en las Conferencias Sectoriales. C) *El mecanismo de las Conferencias Bilaterales*. 3. LA PARTICIPACIÓN EN LA FASE DESCENDENTE: A) *La doctrina constitucional al respecto*. B) *Articulación concreta de la participación de las Comunidades Autónomas en la fase descendente*.—III. LA EUROPA DE LAS REGIONES: LA PARTICIPACIÓN EXTERNA DE LOS ENTES TERRITORIALES EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL COMITÉ DE LAS REGIONES: A) *Objetivos*. B) *Organización y funcionamiento*. C) *Atribuciones*. 3. LAS OFICINAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN BRUSELAS. 4. LA CONSEJERÍA PARA ASUNTOS AUTONÓMICOS EN LA REPRESENTACIÓN PERMANENTE DE ESPAÑA ANTE LA UNIÓN EUROPEA. 5. LA PARTICIPACIÓN AUTONÓMICA EN EL CONSEJO. 6. LA PRESENCIA AUTONÓMICA EN LA COMISIÓN. 7. LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA. 8. EL ESTABLECIMIENTO DE CONFERENCIAS DE LAS REGIONES EUROPEAS CON COMPETENCIAS LEGISLATIVAS.—IV. PROPUESTA *LEGE FERENDA* DEL PROFESOR GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ: HACIA UNA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA QUE ESTABLEZCA LOS MÁXIMOS Y MÍNIMOS COMPETENCIALES ASUMIBLES POR LAS REGIONES.

«Crisis constitucional y abuso del derecho a la tutela judicial efectiva», por
ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, pág. 129 (sin sumario).

«La Administración de Justicia ante las innovaciones tecnológicas. Del entusiasmo a la desconfianza, pasando por el olvido legal», por NICOLÁS CABEZUDO RODRÍGUEZ, pág. 155.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PERSPECTIVA INFRAESTRUCTURAL: EL ENTUSIASTA APROVECHAMIENTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO FACTOR DE PROGRESO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA: 2.1. LAS APLICACIONES INFORMÁTICAS DE GESTIÓN Y COMUNICACIÓN PROCESAL. 2.2. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO POSIBILIDAD O IMPERATIVO LEGAL: 2.2.1. *La documentación de las actuaciones civiles mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el marco del proceso civil.* 2.2.2. *El uso de dispositivos de vigilancia electrónica en la ejecución de las penas privativas de libertad.* 2.2.3. *La agenda electrónica judicial.* 2.2.4. *La videoconferencia.*—3. LA PERSPECTIVA FUNCIONAL: OMISIONES Y DESCONFIANZA: 3.1. LA DEFICIENTE REGLAMENTACIÓN DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL: 3.1.1. *La observación y/o intervención de las comunicaciones en tránsito efectuadas a través de redes telemáticas.* 3.1.2. *El secuestro de documentos electrónicos.* 3.1.3. *Las filmaciones mediante videocámaras.* 3.2. LA DESCONFIANZA HACIA EL MEDIO DE PRUEBA TECNOLÓGICO: 3.2.1. *El contradictorio tratamiento sustantivo y procesal del fenómeno tecnológico.* 3.2.2. *Una integradora visión jurisprudencial.* 3.2.3. *Los efectos de la falta de equiparación: el problema valorativo de la prueba tecnológica.* 3.2.4. *La construcción de un nuevo concepto de documento.*—4. A MODO DE CONCLUSIÓN.—5. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

«Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes», por JULIO PÉREZ GIL, pág. 211.

SUMARIO: 1. INVESTIGACIÓN DEL DELITO EN LA «SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN»: 1.1. PLANTEAMIENTO INICIAL. 1.2. UN APRESURADO INTENTO DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. 1.3. SENSIBILIZACIÓN NECESARIA.—2. INSUFICIENTE ENCAJE LEGAL: 2.1. LA NECESARIA HABILITACIÓN LEGISLATIVA. 2.2. CRIMINALIDAD INFORMÁTICA: ALGUNAS SUGERENCIAS. 2.3. INCLUSIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES ENTRE LAS GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL.—3. DE LOS INDICIOS A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: UN RECORRIDO MARCADO.—4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2005)

«Les relacions paterno-filials de fet (II)», por MARGARITA GARRIGA GORINA, pág. 981.

SUMARI: 1. PLANTEJAMENT.—2. DRET CIVIL: RESPONSABILITAT PER DANYS. ARRENDAMENTS URBANS: DRET A LA SUBROGACIÓ PER CAUSA DE MORT.—3. DRET SOCIAL.—4. DRET TRIBUTARI.—5. ESTRANGERIA.—6. DRET PENAL.

«Bibliotecas jurídicas y propiedad intelectual. El caso de la Gran Biblioteca del Colegio de Abogados de Ontario», por RAMÓN CASAS VALLES, pág. 999.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS TÉRMINOS DEL CONFLICTO.—III. CUESTIONES OBJETO DE DEBATE Y DECISIONES RECAÍDAS.—IV. LA EXIGENCIA DE ORIGINALIDAD Y SU APLICACIÓN AL MATERIAL JURÍDICO.—V. LAS MÁQUINAS EN RÉGIMEN DE AUTOSERVICIO.—VI. EL SERVICIO DE FOTOCOPIAS: 1. LA EXCEPCIÓN DE «USO LEAL O EQUITATIVO». 2. LA EXCEPCIÓN BIBLIOTECARIA.—VI. DOS CUESTIONES ADICIONALES.

«El albaceazgo: entre el Derecho Civil y el Tributario», por JOSÉ A. ROZAS VALDÉS y MIRIAM ANDERSON, pág. 1025.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. EL ALBACEAZGO: 2.1. MARCO NORMATIVO TRIBUTARIO. 2.2. MARCO NORMATIVO CIVIL: A) *Las percepciones del albacea en el Código Civil*. B) *Las percepciones del albacea en el Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña (Ley 40/1991)*.—3. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL ALBACEAZGO: 3.1. SUCESIÓN ABIERTA AL AMPARO DEL CÓDIGO CIVIL: A) *Los honorarios del albacea*. B) *Los gastos del albacea*. C) *La compensación del albacea*. 3.2. SUCESIÓN ABIERTA AL AMPARO DEL CS. 3.3. LO SATISFECHO AL ALBACEA COMO CARGA, DEUDA O GASTO DEDUCIBLE.—4. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA.

«Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho», por MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1057.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO: 1. ELEMENTOS DEFINITORIOS. UN CONCEPTO AMPLIO DE ADMINISTRADOR DE HECHO: CATEGORÍAS. 2. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO.—III. ANÁLISIS DE SUPUESTOS CONTROVERTIDOS: 1. DIRECTORES GENERALES Y APODERADOS GENERALES. 2. ACCIONISTAS DE CONTROL. 3. ENTIDADES DE CRÉDITO. 4. LA SOCIEDAD MATRIZ (Y SUS ADMINISTRADORES) COMO ADMINISTRADORES DE HECHO DE LA SOCIEDAD DOMINADA.—IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO Y DE DERECHO: 1. TRATAMIENTO DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE HECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 2. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR DE DERECHO Y EL ADMINISTRADOR DE HECHO.—V. CONCLUSIONES.

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY

Números 7 a 12 (Julio-Diciembre 2004)

«Derecho de persecución de los acreedores. Deudores bajo el régimen de sociedad conyugal», por ENRIQUE AREZO PÍRIZ, pág. 141.

- «La vocación hereditaria intestada de los hijos adoptivos luego de la sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia», por ENRIQUE AREZO PÍRIZ, pág. 155.
- «Circulación de documentos extranjeros», por MARÍA JOSÉ BENTOS, pág. 161.
- «Firma digital y sus efectos en el tráfico jurídico», por EUGENIO A. GAETE GONZÁLEZ, pág. 177.
- «Algunas consideraciones de interés notarial sobre el Código de la Niñez y la Adolescencia», por JORGE MACHADO GIACHERO, pág. 191.

REVUE DE DROIT UNIFORME

Número 3 (2005)

- «La réforme du droit de la responsabilité civile en Australie (Résumé)», por JOHN GOLDRING, pág. 447.
- «Les “dettes odieuses” libèrent-elles les Etats surendettés du piège de la dette? (Résumé)», por CHRISTOPH G. PAULUS, pág. 469.
- «Une obligation de sécurité est-elle concevable au sein des Principes d'UNIDROIT?», por VINCENT MAYR, pág. 485.
- «La nouvelle loi régissant le crédit-bail en Serbie (Résumé)», por JELENA PEROVIC, pág. 503.